

HAMBURGER RECHTSNOTIZEN

SCHWERPUNKT ■ JURISTENAUSBILDUNG

AUS DEM INHALT

AUFSÄTZE

Felix Hartmann
Krise der
Juristenausbildung

Mareike Schmidt
Constructive
Alignment

Olaf Gelhausen
Einheitspatent

STUDIUM

Moritz Wollring
Seminararbeit
Gesellschafter-
darlehen

1
2015



ESCHE
SCHÜMMANN
COMMICHAU

Neue Perspektiven

in Hamburgs HafenCity

ESCHE SCHÜMMANN COMMICHAU
Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater
Partnerschaftsgesellschaft mbB

Am Sandtorkai 44 | 20457 Hamburg
Tel +49 (0)40 36805-0 | Fax +49 (0)40 36805-333
esche@esche.de | www.esche.de

Inhaltsverzeichnis

Aufsätze

Stud. iur. Anna-Lia Tanduo / Stud. iur. Fynn Wenglarczyk Das Jurastudium in der Kritik – Einführung in eine aktuelle Debatte aus studentischer Sicht	1
Prof. Dr. Felix Hartmann, LL.M. (Harvard) Die Krise der universitären Juristenausbildung als Krise der Rechtswissenschaft.	4
Dr. Mareike Schmidt, LL.M. (Tsinghua) Constructive Alignment in der Juristenausbildung – Ein fachdidaktischer Blick auf die jüngste FAZ- Debatte	12
RA Olaf Gelhausen Einheitspatent und Einheitliches Patentgericht – Das neue EU-Patentsystem vor der Einführung.	17
Prof. Dr. Ulrich Karpen Legislation Plan to Strengthen Local Finance.	24

Klausuren

Stud. iur. Anna-Lia Tanduo Klausur BGB Allgemeiner Teil/Vertragsrecht	28
Stud. iur. Elisabeth Thies Klausur Verwaltungsrecht Allgemeiner Teil	31
Cand. iur. Ioannis Katsivelas Examensklausur Baurecht	36

Hausarbeiten

Stud. iur. Manuel Rueß Hausarbeit Strafrecht II	42
Stud. iur. Moritz Wollring Legitimation und Ziele des Rechts der Gesellschafterdarlehen Von der Finanzierungsfolgenverantwortung des/der Gesellschafter (s/in) zur Finanzierungsvorsorgeverantwortung des Gesetzgebers	56

Rechtsprechung

Jun.-Prof. Dr. Olaf Muthorst BGH vom 11.12.2014: Vertragsschluss auf eBay	67
Dr. Julia Geneuss, LL.M. (NYU) BGH vom 04.09.2014: Freiheitsberaubung durch Unterlassen	70

Jun.-Prof. Dr. Ulrike Lembke
BVerfG vom 24.02.2015: Zum Auskunftsanspruch des Scheinvaters über Sexualpartner der Mutter . . 72

Rezensionen

Wiss. Mit. Fuluk Liu
David Sörgel: Die Implementation der Grundlagenfächer in der Juristenausbildung 75

Wiss. Mit. Nathalie Olotu
Barbara Lange: Jurastudium erfolgreich
Christof Gramm/Heinrich Amadeus Wolff: Jura – erfolgreich studieren 76

Tagungsberichte

Wiss. Mit. Gero Thole
Tarifeinheit per Gesetz? 78

Wiss. Mit. Leonard Szabó
Recht sprechen lernen: Sprache im juristischen Studium 80

Hamburger Rechtsnotizen

Impressum 84

Wiss. Mit. Dennis Rasch
Soldan Moot Court – Spannende Einblicke in die Praxis deutscher Zivilrechtsanwälte III

Stud. iur. Jennifer Thiessen
Brown Bag Lectures – Mittagspause einmal anders IV

Anna-Lia Tanduo, Fynn Wenglarczyk*

Das Jurastudium in der Kritik – Einführung in eine aktuelle Debatte aus studentischer Sicht

Martin Luther sagte: »Denn ein Jurist, der nicht mehr denn ein Jurist ist, ist ein arm Ding«. Doch welche Anforderungen genau sollten an die Rechtswissenschaft und insbesondere an die juristische Ausbildung gestellt werden? Daran scheiden sich die Geister. Die Debatte hat es im letzten Jahr bis in die überregionale Tagespresse geschafft. Der folgende Beitrag befasst sich insbesondere mit den dort veröffentlichten Artikeln und soll einen Überblick über die Diskussion verschaffen, gefolgt von einer kurzen Stellungnahme der Autoren.

Die Debatte über die Struktur und Entwicklung des Jurastudiums ist keine Neuheit. Im letzten Jahr haben nun gleich mehrere Autoren die Diskussion über die universitären Kreise hinaus neu entfacht. Die Frankfurter Allgemeine Zeitung veröffentlichte gleich vier Artikel zu diesem Thema, gleichermaßen von Wissenschaftlern und Studierenden.¹

In seinem Beitrag „Das freie Denken kommt zu kurz“ stellt der Münsteraner Rechtshistoriker Peter Oestmann indirekt die Frage, ob die Universität dazu dienen sollte, Studenten effizient den Weg in den Arbeitsmarkt zu weisen, oder ob das klassische Ideal der universitären Persönlichkeitsbildung des 19. Jahrhunderts erhalten bleiben müsse.²

Er kritisiert den gegenwärtigen Zustand einer eher kompetenzorientierten Rechtswissenschaft und das utilitaristische Verhalten der Studierenden.³ Oestmann zeichnet ein Bild von überfüllten Hörsälen, hohen Durchfallquoten im Examen und einer Form des Lernens, welche wenig Zeit für anderes lasse, sei es Freizeit, Kultur oder Politik. Dabei stellt er die These auf, das Jurastudium schaffe keinen Raum für kritisches Denken,

Reflexion und die Auseinandersetzung mit den Grundlagen des Rechts.⁴

Seine Forderung ist deshalb die Aufspaltung der juristischen Ausbildung. Dabei sollen jene Studenten an Fachhochschulen verwiesen werden, welche ein berufsorientiertes und praxisnahes Studium anstreben und an der Universität studieren soll hingegen, wer im Sinne des humanistischen Bildungsideals die „Hintergründe von Recht, Gericht und Gerechtigkeit“ verstehen will.⁵ Als logische Konsequenz seines Modells müsse dann auch auf das Staatsexamen in seiner heutigen Form verzichtet beziehungsweise die Bedeutung desselben deutlich abgewertet werden, besonders solange es eben nicht nur von Professoren, sondern auch von Praktikern gestellt würde.⁶

Die Position Oestmanns ist deutlich: Er kritisiert die enorm hohe Anzahl von Jurastudenten und fordert eine Umstrukturierung der juristischen Ausbildung. Das Modell der Aufspaltung begründet er mit der Entlastung der Universitäten einerseits und – vor dem Hintergrund des Bologna-Prozesses – mit der Ausbildung juristischer Einheitsabsolventen für den globalisierten Arbeitsmarkt andererseits.⁷

Die auf den Artikel folgenden Beiträge der Autoren Hinnerk Wißmann und Nils Jansen beziehen sich vorwiegend auf diesen Lösungsvorschlag. Eine Gegenrede aus studentischer Sicht bietet dabei der Artikel „Herr Professor, wo bleibt die Selbstkritik?“ von drei Studenten der Rechtswissenschaft an der Universität Münster.

Hinnerk Wißmann, ein Kollege Oestmanns an der Universität Münster, kritisiert in seinem Beitrag zunächst dessen historische Ausgangsüberlegung und bezeichnet diese als „romantisierend-realtätsfremde Imagination“.⁸

* Autorin und Autor sind Studierende der Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg

¹ Die Autorin und der Autor waren bemüht, sich einer möglichst geschlechtsneutralen Sprache zu bedienen. Wurde in diesem Beitrag dennoch auf die geschlechtergerechte Formulierung verzichtet, geschah dies lediglich aus Gründen der Lesbarkeit.

² Oestmann, Das freie Denken kommt zu kurz, FAZ.NET vom 03.12.2014.

³ Oestmann, FAZ.NET vom 03.12.2014.

⁴ Oestmann, FAZ.NET vom 03.12.2014.

⁵ Oestmann, FAZ.NET vom 03.12.2014.

⁶ Oestmann, FAZ.NET vom 03.12.2014.

⁷ Oestmann, FAZ.NET vom 03.12.2014.

⁸ Wißmann, Hier geht es um Indianer, nicht um Häuptlinge, FAZ.NET vom 14.12.2014; zustimmend Janssen, Bildet Anwälte des Rechts, nicht Rechtstechniker, FAZ.NET vom 11.01.2015; vgl. ferner auch Poll-Wolbeck/Välkerding/Wagner, Herr Professor, wo bleibt die Selbstkritik?, FAZ.NET vom 21.12.2014.

Er verteidigt die aktuelle Entwicklung an den Universitäten, welche eben nicht nur Studenten mit Bildungseifer und wissenschaftlichem Bestreben begrüßen, sondern auch jene mit Interesse an einer anwendungsbezogenen Fachausbildung.⁹ Die Konsequenz der Forderung Oestmanns weist Wißmann zurück und fordert stattdessen die Abschaffung der Schwerpunktprüfung und die Rückkehr zum reinen Staatsexamen, „und zwar in einer dialektischen Gegenbewegung gerade um der Freiheit und der Wissenschaftlichkeit des Studiums willen“.¹⁰ Einig sind sich beide Autoren über die veränderungswürdige Situation der juristischen Ausbildung und die Kritik an der Generation ihrer Studenten.

Nils Jansen, ebenfalls Kollege seiner Vorredner, konkretisiert die Problemstellung der Debatte auf die Ausgangsfrage, wie Juristen auf die Anforderungen einer globalisierten Welt vorbereitet werden könnten und ob sie als bloße Rechtstechniker oder als verantwortungsbewusste Anwälte des Rechts geprägt werden sollten. Dabei stellt er seine eigene Diagnose, Position und Lösung dar.

Jansen stellt einen Vergleich mit den amerikanischen law schools auf, in welchen vorwiegend mit ökonomischen, politischen, soziologischen und literaturwissenschaftlichen Methoden gearbeitet werde.¹¹ Dogmatische Herangehensweisen findet man dort weniger. Für die so ausgebildeten Juristen sei das Recht lediglich ein Mittel gesellschaftlicher Steuerung und ein politisches Werkzeug. Sie seien gegenüber deutschen Juristen daher weniger befähigt, komplexe Rechtsfragen der Gerechtigkeit zu beantworten, weil ihnen das Handwerkszeug dazu fehle.¹² In diesem Vergleich liegt für Jansen zugleich die Begründung seiner Position, die dogmatische Ausbildung dürfe nicht in den Hintergrund gedrängt werden.

Er kritisiert daher in erster Linie die hohe Relevanz der Rechtsprechung für das Staatsexamen.¹³ Die bloße Rechtsprechungskennntnis sei kein sinnvolles Ausbildungsziel und ein Hindernis für eine freie Auseinandersetzung mit Recht und Gerechtigkeit. Studenten sollten begreifen, so seine Position, dass Rechtswissenschaft mehr ist als Rechtstechnik.¹⁴

Letztlich stimmt Jansen seinen beiden Kollegen zu, dass es umfassender Reformen bedürfe, macht jedoch seine Position zu deren Ausgestaltung sehr deutlich. Juristen in einer globalisierten Welt seien permanent mit neuen Normen und fremden juristischen Systemen konfrontiert. Das bloße Auswendiglernen heimischen Rechts müsse

daher durch eine höhere Konzentration auf Grundlagen und allgemeine universitäre Bildung ersetzt werden.¹⁵

Die drei Münsteraner Studenten lehnen in ihrer anfangs erwähnten Gegenrede die Vorschläge Oestmanns als eine Abspaltung in „Juristen zweiter Klasse“ ab.¹⁶ Sie sind der Ansicht, Wissenschaft und Anwendung seien an Universitäten in einer Symbiose möglich und nötig.¹⁷

Dass Studenten rein examensfixiert sind, weisen sie klar zurück und begründen dies mit Beispielen von gelungenen Veranstaltungsreihen, wie dem „JuraForum“¹⁸, den Moot Courts, der studentischen Rechtsberatung und weiteren Initiativen;¹⁹ allerdings handelt es sich dabei teilweise um Veranstaltungen, die es so nur in Münster gibt. Ein fakultätsvergleichender Blick auf eine solche Integration von interdisziplinären Veranstaltungen mit Bezug zu den Grundlagen im Recht wäre an dieser Stelle wünschenswert gewesen. Ihr Aufruf richtet sich jedoch vor allem an die Lehrenden selbst, welche sich den höheren Studentenzahlen und der Entwicklung der Wirtschaft stellen sollten, besonders da die Mehrzahl der Studenten an wissenschaftlicher Ausbildung und kritischem Umgang mit Bildung und Recht interessiert sei.²⁰ Das Staatsexamen selbst sei zudem nicht das Problem, sondern die durch Lehrpläne viel zu frühe Fixierung hierauf.²¹

Positiv an dieser regen Debatte ist, dass bereits in kurzer Zeit viele Lösungsansätze erarbeitet wurden. Der erste Schritt zur Veränderung ist bekanntlich die Erkenntnis. Was jedoch dann folgen muss, ist noch viel entscheidender, das Gespräch. Es bleibt fraglich, inwieweit diese Debatte Resonanz an anderen Universitäten findet.

Die These Oestmanns, die Mehrzahl der Jurastudenten sei zu examensorientiert, mag stimmen. Aber bedeutet dies gleichwohl, dass Jurastudierende nicht an Wissenschaft und Bildung interessiert sind? Dieses Problem ist vor allem ein gesellschaftliches. Wirtschaftlicher Druck produziert Karrierezwänge, neben denen Kultur und Freizeit auf der Strecke bleiben. So gesehen ist das Jurastudium kein so realitätsferner Spiegel unserer aktuellen Gesellschaftsentwicklung. Es sollte daher wohl differenziert und auch anhand der Bildungsreformen argumentiert werden. Bereits im Schulwesen findet durch den zweiten Bildungsweg eine Trennung zwischen Fach- und Praxisorientierung und humanistischer Bildung

9 Wißmann, FAZ.NET vom 14.12.2014.

10 Wißmann, FAZ.NET vom 14.12.2014.

11 Jansen, FAZ.NET vom 11.01.2015.

12 Jansen, FAZ.NET vom 11.01.2015.

13 Jansen, FAZ.NET vom 11.01.2015.

14 Jansen, FAZ.NET vom 11.01.2015.

15 Jansen, FAZ.NET vom 11.01.2015.

16 Poll-Wolbeck/Völkerding/Wagner, FAZ.NET vom 21.12.2014.

17 Poll-Wolbeck/Völkerding/Wagner, FAZ.NET vom 21.12.2014.

18 Beim JuraForum handelt es sich um thematische Fachversammlungen der juristischen Fakultät der Universität Münster, welche seit 1997 stattfinden und nahezu ausschließlich von Studenten organisiert werden.

19 Poll-Wolbeck/Völkerding/Wagner, FAZ.NET vom 21.12.2014.

20 Poll-Wolbeck/Völkerding/Wagner, FAZ.NET vom 21.12.2014.

21 Poll-Wolbeck/Völkerding/Wagner, FAZ.NET vom 21.12.2014.

statt. Im Vergleich zu früher werden so immer mehr junge Menschen zur Hochschulreife geführt, sodass der Wert und das Verständnis für die universitäre Bildung ebenso wenig an vergangenen Zeiten gemessen werden darf wie das Studium selbst.

Die Kritik an den Jurastudierenden mag also berechtigt sein, jedoch darf nicht lediglich an ihrem Verhalten angesetzt werden. Lehrende sollten weniger von sich aus denken, müssen sich intensiver mit der Lebenswelt ihrer Studierenden auseinandersetzen, welche sich so von ihrer eigenen Jugend unterscheidet. Das Heranwachsen in einer digitalisierten und übertechnisierten Umgebung hat großen Einfluss auf die eigenen Ansprüche an Bildung und die persönliche Entwicklung. Diesen Ansprüchen müssen Lehrende versuchen sich zu öffnen, denn nur wer sein Gegenüber begreift, erreicht es auch. Studierende hingegen müssen aufhören, sich an den Ergebnissen ihrer Kommilitoninnen und Kommilitonen zu orientieren und sich von Existenzängsten treiben zu lassen. Das bedeutet jedoch für beide Seiten, sich aus dem Strom seiner Generation zu befreien.

Wenn jedoch ein Kern des Problems in der Entwicklung und Arbeitsweise junger Menschen liegt, dann müssen diese auch einbezogen werden. Für Studierende bietet die Debatte jedoch wenig Raum zur Mitgestaltung und Veränderung. Vielen wird es durch den Leistungsdruck eher noch erschwert, die universitäre Freiheit auszunutzen und ihr Studium mitzugestalten. Studierende sollten gemeinhin, aber vor allem auch im Zuge dieser Debatte, dazu bewegt werden sich zu fragen, was der gesellschaftliche Sinn der juristischen Ausbildung ist. Welchen Beitrag kann das Studium für eine technisierte, moderne, aufgeklärte Gesellschaft leisten? Welchen wissenschaftlichen, gesellschaftlichen Wert soll die spätere Tätigkeit haben, die aus einer eigentlich fundierten wissenschaftlichen Ausbildung resultiert? Im Ergebnis bleibt hier oft allenfalls ein – rein pragmatisch betrachteter – Wert zum Erhalt der arbeitsteiligen Gesellschaft.

Der wirkliche Wert der universitären, juristischen Ausbildung kann sich folglich nur in der Beschäftigung mit dem Recht an sich, also den Grundlagen des Rechts finden, da nur diese Beschäftigung sich mit dem Wesen des Menschen, seiner Ethik und seinem Handeln auseinandersetzt.

Dabei fehlt den Studierenden womöglich auch das Interesse und das Verständnis von langfristiger juristischer Verantwortung. Die Beantwortung der Frage, welchen gesellschaftlichen Sinn die juristische Ausbildung hat, müsste sich damit befassen, wer die Grundpfeiler unseres politischen Zeitverständnisses mitgestaltet hat und warum die Rechtsgeschichte einen so immanenten Einfluss auf unser gegenwärtiges Rechtssystem hat. Ohne

ein solches Verständnis können Studierende die politische und gesellschaftliche Verantwortung ihrer Generation jedoch nicht verstehen.

Dieses Verständnis kann sich jedoch nur mit weniger Leistungsdruck entwickeln. Diesen Druck zu nehmen, müsste das erste Ziel einer Reform sein. Dazu müssen aber auch Reformtreiber selbst bereit sein. Die bisherige Debatte bietet wenig Lösungen, Ideen und Motivationen für eine geistige Umbildung der Studierenden. Zudem verliert der Diskurs dadurch an Bedeutung, dass er wenig repräsentativ ist.

Soll wirklich etwas verändert werden, braucht es Arbeitskreise aus Studierenden, Wissenschaftlern und Praktikern gleichermaßen. Ihrer aller Arbeit bedingt einander, sie alle sind Juristen. Bleibt die Diskussion in der Wissenschaft, droht sie zu einem typischen juristischen Problem, dem ewigen Meinungsstreit, zu werden. Das beste Beispiel hierfür liefern die Münsteraner Beiträge. Überregionale Beteiligung und mehr Kommunikation der Fakultäten untereinander, nur so kann ein Umstand, der offensichtlich für allgemeine Unzufriedenheit sorgt, auch gewinnbringend angegangen werden. Eine große öffentliche Debatte, an der verschiedene Universitäten Deutschlands teilnehmen, wäre womöglich ein Schritt in die richtige Richtung. An eben solch einer Diskussion könnten dann auch Studierende aktiv teilhaben. Die Diskussion auf einer größeren Plattform zu eröffnen, war bereits ein guter Anfang, dort bleiben darf der Austausch jedoch nicht. Denn bislang scheint es tatsächlich, als sei dies alles nur der „subjektive Eindruck aus den Höhen des Elfenbeinturms“ weniger Münsteraner Professoren.

Felix Hartmann*

Die Krise der universitären Juristenausbildung als Krise der Rechtswissenschaft

Der folgende Beitrag reagiert auf die aktuelle Debatte zur deutschen Juristenausbildung. Er zeigt auf, dass die bestehenden Defizite nicht nur das Jurastudium, sondern in ähnlicher Weise auch die rechtswissenschaftliche Forschung betreffen. Abgelehnt wird dabei die verbreitete These, dass nur eine Stärkung der „Grundlagen“ die Wissenschaftlichkeit von Forschung und Lehre gewährleisten könne.

I. Einführung

Wenn in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung gleich eine ganze Serie von Gastbeiträgen zum rechtswissenschaftlichen Studium erscheint,¹ ist dies Ausdruck eines fast allseits geteilten Befunds: Die Ausbildung der deutschen Jurastudenten² steckt in einer Krise. Einigkeit besteht allerdings über kaum mehr als die Tatsache, dass der Patient krank ist. Worunter er leidet, beurteilen die Experten bereits sehr unterschiedlich. Erst recht können sie sich nicht auf eine Therapie verständigen. Und selbst wenn mit Blick auf die Heilmethode übereinstimmende Begriffe genannt werden, ist damit keineswegs immer auch dasselbe gemeint.³

Ein Grund für diesen unbefriedigenden Diskussionsstand scheint darin zu liegen, dass sich die bisherigen Auseinandersetzungen nicht selten auf den organisatorischen Rahmen und die curriculare Ausgestaltung des Jurastudiums beschränken. Zu diesen zweifellos zentralen Fragen haben die Akteure der jüngsten Debatte wesentliche Gesichtspunkte beigetragen und dabei sogar manche Einigkeit erzielt: So besteht ein breiter Konsens darüber, dass paradoxerweise gerade das Staatsexamen universitäre Freiheitsräume sichert, die anderen Disziplinen infolge der Bologna-Reformen längst verloren gegangen sind.⁴ In curriculärer Hinsicht erscheint beifallswürdig und möglicherweise ebenfalls konsensfähig etwa die stu-

dentische Forderung nach Überblicksvorlesungen in der Anfangsphase der juristischen Ausbildung.⁵

Die Einigkeit über solche Teilaspekte kann aber nicht verdecken, dass die Probleme wesentlich tiefer reichen und auch nur ansatzweise mit reformierten Prüfungsordnungen und Studienverlaufsplänen zu bewältigen sein dürften. In der Krise der Juristenausbildung manifestiert sich eine Krise der Rechtswissenschaft. Eine sinnvolle Diskussion über erstere setzt deshalb ein Nachdenken über letztere voraus. Die folgenden Überlegungen sind von einer persönlichen Perspektive auf das Jurastudium und die Rechtswissenschaft geprägt. Sie spiegeln nicht zuletzt die eigenen Erfahrungen als Lernender und Lehrender wider. Deshalb sollten sie auch keinesfalls als Kollegen- oder Studentenschele missverstanden werden. Vielmehr trifft die geäußerte Kritik immer auch den Verfasser selbst.

II. Gemeinsame Probleme von Juristenausbildung und Rechtswissenschaft

1. „Papageienwissen“ im Jurastudium

Den Ausgangspunkt der aktuellen Debatte bildet der Vorwurf, es werde im Jurastudium zu viel „Papageienwissen“ gelehrt.⁶ Das ist nicht nur hübsch formuliert, sondern enthält auch einen wahren Kern. Dieser Kritik geht es freilich nicht nur um die Art der Vermittlung, sondern um die Inhalte als solche. Letztlich wendet sie sich gegen das nach gegenwärtigem Stand „examensrelevante Klausurwissen“.⁷ Darauf wird noch zurückzukommen sein.⁸ Die Beschränkung auf „Papageienwissen“ ist aber bereits dann ein Problem, wenn man im Grundsatz an den bisherigen Inhalten des Jurastudiums festhält. Es wäre allerdings verfehlt, die Ursache für solche Tendenzen in den Fallklausuren zu suchen, wie sie nicht nur an der Universität, sondern auch im Staatsexamen die Regel sind. Unverstandenes nachplappern zu können, führt gerade bei diesem Prüfungsformat ebenso wenig zum Erfolg wie bloßer Fleiß.⁹ Damit soll freilich nicht gesagt sein, dass ein umfangreiches positives Wissen wertlos wäre. Denn ohne eine solche Stoffaneignung fehlt die Grundlage, auf der sich Strukturwissen bilden

* Prof. Dr., LL.M. (Harvard), Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Arbeitsrecht, Handelsrecht und Rechtsvergleichung (Seminar für Arbeitsrecht), Universität Hamburg.

1 Dazu im Überblick der Beitrag von *Wenglarczyk/Tanduo*, Das Jurastudium in der Kritik, HRN 2015, 1 ff. (in diesem Heft).

2 Zur besseren Lesbarkeit wird in diesem Beitrag durchgängig das generische Maskulinum verwendet.

3 Dies betrifft insbesondere den schillernden Begriff der „Grundlagen“; dazu näher unten III.

4 *Wißmann*, Hier geht es um Indianer, nicht um Häuptlinge, FAZ.NET vom 14.12.2014; zustimmend *Jansen*, Bildet Anwälte des Rechts, nicht Rechtstechniker, FAZ.NET vom 11.01.2015; vgl. ferner auch *Poll-Wolbeck/Völkerding/Wagner*, Herr Professor, wo bleibt die Selbstkritik?, FAZ.NET vom 21.12.2014; anders wohl nur *Kötz*, Bologna als Chance, JZ 2006, 397 ff.

5 *Poll-Wolbeck/Völkerding/Wagner*, FAZ.NET vom 21.12.2014.

6 *Oestmann*, Das freie Denken kommt zu kurz, FAZ.NET vom 03.12.2014.

7 *Oestmann*, FAZ.NET vom 03.12.2014.

8 Unten III.

9 So aber *Oestmann*, FAZ.NET vom 03.12.2014; dagegen zu Recht *Mäsch*, Nur der Irrtum ist das Leben, Ad Legendum 2015, 86.

könnte.¹⁰ Gleichwohl ist es aber natürlich eine Fehlvorstellung, es komme darauf an, Prüfungsschemata auswendig zu lernen und isolierte „Streitstände“ wiedergeben zu können. Im Gegenteil ermöglicht die Fallklausur, was man an anderen Fakultäten wohl „Kompetenzorientierung“ nennen würde.¹¹ Wer Aufsichtsarbeiten aus der Ersten Juristischen Prüfung korrigiert, muss freilich feststellen, dass die hohe Misserfolgsquote und die niedrigen Notendurchschnitte durchaus nicht nur einer fachspezifischen Gepflogenheit geschuldet sind. Viele Bearbeitungen scheitern nicht erst an fehlenden Detailkenntnissen, sondern weisen Fehler auf, die bereits Zweifel am Verständnis grundlegender systematischer Zusammenhänge wecken. In der aktuellen Diskussion ist mitunter etwas despektierlich davon die Rede, das Jurastudium bisheriger Prägung produziere „professionelle Rechtstechniker“¹² oder „Rechtshandwerker“¹³. Es ist eine bittere Erkenntnis, dass selbst dies derzeit allenfalls teilweise gelingt.

Als Lehrender ist man geneigt, die Schuld für solche und andere Missstände zunächst einmal auf der anderen Seite des Hörsaals zu suchen. Mitunter entsteht tatsächlich der Eindruck, dass viele Jurastudenten ihre anfängliche Offenheit und Neugier schon nach wenigen Wochen einbüßen. Die Gründe hierfür dürften vielschichtig sein. Wahrscheinlich spielen vermeintlich wertvolle Ratschläge älterer Kommilitonen nicht die geringste Rolle. Ein gewisses Scheuklappendenken zeigt sich nicht nur im Desinteresse an angeblich nicht examensrelevanten Themenkomplexen, sondern auch in den Erwartungen an die Vermittlung des Pflichtstoffs. Wer als Lehrender jenseits des gängigen Skriptenwissens übergreifende Systembezüge herzustellen versucht, muss mit skeptischen Fragen nach der Verwertbarkeit solcher Erkenntnisse rechnen. Dies gilt noch mehr für historische Grundlagen, und mögen sie auch nur die Rechtslage vor der Schuldrechtsmodernisierung betreffen. Offenkundige Defizite weist auch die Auseinandersetzung mit dem Lernstoff im Selbststudium auf. Dies zeigt schon die unter Studenten verbreitete Erwartung, dass die Nacharbeit mit den Vorlesungsmaterialien die Lektüre eines Lehrbuchs entbehrlich machen sollte. Wenn Dozenten diese Erwartung, sicherlich nicht zuletzt vor dem Hintergrund eines gewissen Evaluationsdrucks, zunehmend erfüllen, hat dies gravierende Konsequenzen: So wird im Jurastudium vielfach nicht einmal mehr gelesen, was man in anderen Disziplinen als Sekundärliteratur bezeichnen würde.

Damit ist bereits angeklungen, dass es verfehlt wäre, die Hauptverantwortung für den gegenwärtigen Zustand der rechtswissenschaftlichen Ausbildung bei den Jurastudenten zu suchen. Vielmehr fällt es auf uns Lehrende zurück, wenn es jedenfalls in der Breite misslingt, dauerhaftes Interesse an dem zu wecken, was für uns die Rechtswissenschaft ausmacht. Ein solches Scheitern mag im Einzelfall ganz individuelle Gründe haben. Es liegt aber sicherlich nicht zuletzt daran, dass viele Professoren auf Gebieten unterrichten, die nicht Gegenstand ihres unmittelbaren Forschungsinteresses sind. Zwar ist dies kein neues und bei einem fakultätsübergreifend festgelegten Prüfungskanon letztlich auch ein unvermeidbares Phänomen. Jedoch hat sich die Lage durch die zunehmende Ausdifferenzierung der Rechtswissenschaft in zahlreiche Spezial- und Unterdisziplinen doch erheblich verschärft, zumal vor allem jüngere Professoren wie der Autor dieses Beitrags häufig nicht mehr die fachliche Breite ihrer Vorgänger aufweisen. Die Auflösung der früher häufig beschworenen Einheit aus Forschung und Lehre wird heute mitunter freilich noch nicht einmal mehr als Problem, sondern im Gegenteil sogar als wünschenswert angesehen. So empfiehlt der Wissenschaftsrat in seiner Stellungnahme aus dem Jahr 2012 zu „Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland“, dass „[b]ei Habilitationsverfahren [...] die Beurteilung der Lehrqualifikation und der Berufungsfähigkeit nicht davon abhängig gemacht werden [sollten], dass auch Publikationen zu Themen vorliegen, die Gegenstand der Pflichtveranstaltungen für die Studierenden sind“.¹⁴ Falls dies in der Zukunft noch stärker als ohnehin schon umgesetzt werden sollte, mag es mancher Lehrkraft sogar entgegenkommen, wenn im Hörsaal von vornherein nicht mehr als gehobenes Skriptenwissen erwünscht ist. Vor allem Nachwuchswissenschaftler sind ohnehin gut beraten, die entsprechenden Erwartungen zu erfüllen, weil Evaluationen in Berufungsverfahren, was an sich freilich zu begrüßen ist, eine immer größere Rolle spielen.

Eine ähnliche Komplizenschaft zwischen Lehrkräften und Studenten ist strukturell in den vorlesungsbezogenen Abschlussklausuren angelegt. Diese Klausuren haben in neueren Prüfungsordnungen vielfach die Scheine aus den traditionellen Anfänger- und Fortgeschrittenübungen ersetzt, so auch an der Universität Hamburg¹⁵. Es ist nachvollziehbar und verständlich, wenn es Vorlesungsteilnehmern in einem solchen System nicht auf intellektuelle Stimulation oder produktive Verunsicherung ankommt und noch nicht einmal auf die Examensrelevanz der behandelten Inhalte, sondern fast ausschließlich auf die Berechenbarkeit der unmittelbar

¹⁰ Zutreffend *Lobinger*, Verleiht Flügel – Über die Notwendigkeit eines wissenschaftlichen Geistes für das Studium des Rechts, *StudZR* 2015, 141 (149 f.), der von den „Mühen der Ebene“ spricht.

¹¹ Vgl. dazu auch *Dauner-Lieb*, „Gute juristische Lehre“ – Ist das überhaupt ein Thema?, *ZDRW* 2014, 1 (2).

¹² *Jansen*, *FAZ.NET* vom 11.01.2015.

¹³ *Oestmann*, *FAZ.NET* vom 03.12.2014.

¹⁴ Wissenschaftsrat, *Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland*, Drucks. 2558–12, S. 46.

¹⁵ Vgl. § 7 IV 1 der Studien- und Prüfungsordnung der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg für den Studiengang Rechtswissenschaft vom 19.06.2013.

drohenden Semesterabschlussprüfung.¹⁶ Dass sich der Trend zu kurzlebigen „Papageienwissen“ dadurch tendenziell noch verstärkt, liegt auf der Hand.

2. Parallelererscheinungen in der Rechtswissenschaft

Weil sich die jüngste Debatte auf die Juristenausbildung konzentriert, könnte der Eindruck entstehen, dass die Probleme nur die akademische Lehre, nicht aber die Forschung betreffen. Bei näherem Hinsehen sind aber auch in der Rechtswissenschaft Defizite erkennbar, die überraschende Parallelen zum Phänomen des „Papageienwissens“ aufweisen. Es handelt sich dabei um Fehlentwicklungen, die schon unabhängig von der Frage bestehen, wie die weitgehende Beschränkung auf die sog. Dogmatik der Rechtswissenschaft zu bewerten ist.¹⁷

Der Wissenschaftsrat empfiehlt in seiner bereits erwähnten Stellungnahme, „rein deskriptive Aufsätze zur neuen Rechtslage in einem Rechtsgebiet, Berichte zum Stand der Rechtsprechung zu einem bestimmten Thema“ und vergleichbare Beiträge im Rahmen von Berufungsverfahren weniger stark zu gewichten als „originäre Forschungsleistungen“.¹⁸ Was auch immer man als „originär“ ansehen mag¹⁹ – ein Blick in die gängigen Fachzeitschriften belegt, dass viele Rechtswissenschaftler die Herausbildung von Thesen offenbar nicht als Voraussetzung für eine Veröffentlichung ansehen. Weit verbreitet ist ein kurzatmiger Rechtsprechungspositivismus, der wenig Raum für kritische Reflexion und übergreifende Systembildung lässt. Beiträge dieser Art enden typischerweise mit der nichtssagenden Wendung, dass die weitere Entwicklung mit Spannung abzuwarten bleibe. Eine solche Thesenfreiheit lässt sich auch nicht unter Hinweis auf den in der Tat wünschenswerten und in Deutschland vergleichsweise intensiv gepflegten Austausch zwischen Wissenschaft und Praxis rechtfertigen. Denn zum einen lebt dieser Dialog von wechselseitiger Kritik. Zum anderen ist er nur unter der Voraussetzung fruchtbringend, dass die Wissenschaft ihre spezifische Aufgabe wahrnimmt, über den konkreten Einzelfall hinaus durch reflektierte Systembildung zu einem größeren Maß an Klarheit beizutragen.

Die bereits erwähnte Tendenz zu immer größerer wissenschaftlicher Spezialisierung des juristischen Lehr- und Forschungspersonals hat Folgen nicht nur für den akademischen Unterricht, sondern auch für die Rechtswissenschaft als solche. Wenn den Diskursen in Teildisziplinen nur noch wenige Eingeweihte folgen können, ist

dies nicht zwingend als Fortschritt zu werten. Denn in solchen abgeschotteten Zirkeln bilden sich allzu leicht Sonderdogmatiken heraus. Deren Berechtigung kann nur beurteilen, wer übergreifende Zusammenhänge erkennt.²⁰ Dazu genügt es aber nicht, den Forschungsstand in den sog. Kernfächern im Sinne einer „Papageienwissenschaft“ unreflektiert zu rezipieren. Das Abdriften von Teildisziplinen kann nur verhindern, wer aktiv auch an den allgemeinen Diskursen teilnimmt.

Weit verbreitet ist allerdings die Fehlvorstellung, dass diejenigen Fächer, die keineswegs zufällig den Kern des Jurastudiums bilden, für die Forschung weitgehend uninteressant seien. Der Wissenschaftsrat begründet seine Position, dass Nachwuchswissenschaftlern auf diesen Feldern keine Publikationen abverlangt werden sollten, allen Ernstes wie folgt: Dies würde „Kräfte für Forschung freisetzen, die sonst in zwar ausbildungsrelevanten, in der Forschung allerdings ausgereizten (!) Gebieten eingesetzt würden.“²¹ Wer glaubt, es gebe in den Kernfächern nichts zu forschen, lässt bereits außer Acht, dass es auch insoweit ständig neuen Rechtsstoff zu bewältigen gilt.²² Vor allem aber bestehen, soweit man dies als Einzelner überblicken kann, auch und gerade in den Pflichtfächern des Jurastudiums geradezu erschütternd wenige Gewissheiten. Zu einer gegenteiligen Auffassung kann nur gelangen, wer den einschlägigen Vorlesungsstoff als Ansammlung atomisierter „Streitstände“ wahrnimmt und folglich verkennt, dass die jeweiligen Rechtsfragen nahezu durchgängig die mangelnde Klärung dogmatischer Grundlagenprobleme widerspiegeln. So können sich, um nur ein Beispiel zu nennen, Zivilrechtswissenschaftler kaum zufrieden zurücklehnen, solange unter ihnen noch nicht einmal über Grundbegriffe wie „Forderung“ und „Anspruch“ auch nur ansatzweise Klarheit besteht.²³

3. Zweifel an der Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz

Nach alledem besteht kein Anlass zu der Annahme, mit der Rechtswissenschaft sei alles in Ordnung, lediglich bei der Vermittlung im Jurastudium hapere es. Vielmehr lassen die Probleme in Forschung und Lehre so deutliche Strukturparallelen erkennen, dass sich die Frage nach einer gemeinsamen Ursache geradezu aufdrängt. Mit Blick auf die Juristenausbildung wird viel darüber diskutiert, wie sich das rechtswissenschaftliche Studium trotz des traditionellen Praxisbezugs forschungsorientierter und

¹⁶ Dazu auch *Jansen*, FAZ.NET vom 11.01.2015.

¹⁷ Dazu näher unten III.

¹⁸ Wissenschaftsrat, Drucks. 2558–12, S. 47.

¹⁹ Zu Recht kritisiert *M.-Ph. Weller*, Internationalisierung und Grundlagenorientierung – Zu den Kernempfehlungen des Wissenschaftsrats an die Rechtswissenschaft, ZEuP 2014, 463 (466), dass der Wissenschaftsrat nähere Erläuterungen hierzu schuldig bleibt.

²⁰ Vgl. auch *Ernst*, in: Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 3 (21).

²¹ Wissenschaftsrat, Drucks. 2558–12, S. 46.

²² Insoweit auch *St. Lorenz*, Forschung, Praxis und Lehre im Bericht des Wissenschaftsrats „Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland“, JZ 2013, 704 (707).

²³ Eingehend dazu aus jüngerer Zeit *Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 95 ff.

damit wissenschaftlicher gestalten lasse.²⁴ Zugleich sehen sich Juristen vergleichsweise häufig der Frage ausgesetzt, ob sie überhaupt eine Wissenschaft betreiben.²⁵

Auf den ersten Blick liegt es nahe, die geschilderten Defizite in der juristischen Forschung und Lehre als Folge mangelnder Wissenschaftlichkeit der Disziplin als solcher zu erklären. Die immer neu gestellte Grundfrage nach der Wissenschaftlichkeit betrifft das Selbstverständnis der Juristen in seinem Kern. Dies erhellt schon die Tatsache, dass ein wenig stringenter Beitrag über „Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft“²⁶ auch 167 Jahre nach seinem Erscheinen noch Beachtung findet, und dies wohl nicht nur einiger berühmter Zitate²⁷ wegen. Aus heutiger Sicht führt zu einer gewissen Verunsicherung vor allem die Tatsache, dass die Jurisprudenz wegen einiger fachspezifischer Besonderheiten aus Sicht der allgemeinen Wissenschaftstheorie gewissermaßen durch das Raster fällt.²⁸

Ob die Debatte um die Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz überhaupt nennenswerte Erträge verspricht, erscheint allerdings bereits angesichts der Relativität der Wissenschaftsbegriffe zweifelhaft.²⁹ Entscheidender noch ist, dass sich die Rechtswissenschaft in ihrem Erkenntnisinteresse zwangsläufig bereits dadurch von anderen Disziplinen unterscheidet, dass sie sich mit Entscheidungen befasst, die auf sehr konkrete Weise in die Lebensrealität anderer Menschen eingreifen.³⁰ Ob die Jurisprudenz deshalb gewissermaßen nicht selbstzweckhaft genug ist, um noch als Wissenschaft durchzugehen, bedarf im vorliegenden Zusammenhang aber ohnehin keiner näheren Erörterung. Denn die geschilderten Defizite in der rechtswissenschaftlichen Forschung und der juristischen Ausbildung bestehen unabhängig von dieser Debatte, die letztlich nur ein Streit um Worte ist.³¹

24 Dazu demnächst näher und mit umfassenden Nachweisen *Pilniok*, Die Rechtswissenschaft sichtbar machen: das juristische Studium zwischen Forschungsorientierung und Praxisbezug, in: Tremp (Hrsg.), Forschungsorientierung und Berufsbezug, 2015 (im Erscheinen).

25 Selbst diese Diskussion hat vor einigen Jahren ihren Weg in die Frankfurter Allgemeine Zeitung gefunden. Anlass war freilich die Guttenberg-Debatte; vgl. dazu die Beiträge von *Heinig/Möllers*, Kultur der Kumpanei, FAZ.NET vom 23.03.2011; *Canaris/R. Schmidt*, Hohe Kultur, FAZ.NET vom 06.04.2011 sowie *Heinig/Möllers*, Kultur der Wissenschaftlichkeit, FAZ.NET vom 20.04.2011.

26 v. *Kirchmann*, Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1848; kritische Auseinandersetzung etwa bei *Larenz*, Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1966.

27 Am bekanntesten ist wohl: „[...] drei berichtigende Worten des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur.“ (v. *Kirchmann*, Werthlosigkeit, S. 23)

28 Zum „Fremdeln“ von Rechtswissenschaft und allgemeiner Wissenschaftstheorie *Jestaedt*, JZ 2014, 1 (3).

29 Berechtigte Zweifel bei *Ernst*, Gelehrtes Recht, in: Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 3 (22).

30 Treffend *Ernst*, in: Engel/Schön (Hrsg.), Proprium, S. 3 (22f.), der noch weitere Sonderbedingungen der Rechtswissenschaft nennt.

31 Zu Recht bemerkt *Ernst*, in: Engel/Schön (Hrsg.), Proprium, S. 3 (23), dass man nur „zu einem anderen Sprachgebrauch, aber nicht zu anderen Sachverhältnissen“ käme, wenn man „die Jurisprudenz nicht

III. Der Ruf nach einer „Grundlagenorientierung“ und die Suche nach dem Eigenwert der Rechtswissenschaft

Hängen die Probleme in Forschung und Lehre der Rechtswissenschaft zusammen, liegt es nahe, nach einem übergreifenden Lösungsansatz zu suchen. Als solcher versteht sich der Ruf nach einer stärkeren Orientierung an den „Grundlagen“ der Rechtswissenschaft. Auch der Wissenschaftsrat hat sich dieses Postulat zu eigen gemacht.³²

1. Die Rechtswissenschaft als Wissenschaft ohne eigene „Grundlagen“?

In der Formulierung des Wissenschaftsrats sind „namentlich die historischen, philosophischen, soziologischen, politologischen, psychologischen, ökonomischen oder kriminologischen Grundlagen“ und folglich die sog. Grundlagenfächer angesprochen.³³ Eine unscheinbare Fußnote in dem Papier zu den „Perspektiven der Rechtswissenschaft“ offenbart freilich das Dilemma, in dem die Rechtswissenschaft steckt. Die wohl jedenfalls zum Teil in anderen Disziplinen geschulten Verfasser³⁴ sehen sich zu folgender Erläuterung veranlasst: „Die Unterscheidung zwischen Grundlagen- und dogmatischen Fächern in der Rechtswissenschaft entspricht nicht der Verwendungsweise der Begriffe ‚Grundlagen‘- versus ‚Anwendungsforschung‘.“³⁵ Dahinter verbirgt sich nichts anderes als die keineswegs selbstverständliche Tatsache, dass die so verstandenen „Grundlagen“ keine innerjuristischen Gesichtspunkte, sondern Randgebiete benachbarter Disziplinen betreffen. Man mag einwenden, dass bereits diese Abgrenzung ein Vorverständnis voraussetzt, womit sich die Rechtswissenschaft zu befassen habe, und man mag mit guten Gründen wie der Wissenschaftsrat überhaupt schon die Trennung zwischen Grundlagen- und dogmatischen Fächern als „dysfunktional“ verwerfen.³⁶ So wird vor allem im Öffentlichen Recht seit längerem erwogen, Methoden und Ergebnisse aus anderen Wissenschaftszweigen als integrale Bestandteile rechtswissenschaftlichen Forschens zu begreifen, anstatt die herkömmliche Dogmatik lediglich um einen außerjuristischen Blickwinkel zu ergänzen.³⁷ Den-

als Wissenschaft, sondern als gelehrte Kunsttechnik“ bezeichnen würde.

32 Wissenschaftsrat, Drucks. 2558–12, S. 36 f. (mit Blick auf die Wissenschaft), S. 58 ff. (mit Blick auf das Jurastudium); dazu etwa *M.-Ph. Weller*, ZEuP 2014, 463 (465); *Chr. Wolf*, Perspektiven der Rechtswissenschaft und der Juristenausbildung, ZRP 2013, 20 f.

33 Wissenschaftsrat, Drucks. 2558–12, S. 30.

34 Der Wissenschaftsrat teilt nicht mit, wer die Stellungnahme verfasst hat. Wie *Rixen*, Juristische Bildung, nicht leicht gemacht: „Perspektiven der Rechtswissenschaft“, JZ 2013, 708 (712) treffend bemerkt, wird der Wissenschaftsrat der von ihm selbst an einigen Stellen des Dokuments eingeforderten Transparenz nicht gerecht.

35 Wissenschaftsrat, Drucks. 2558–12, S. 30 Fn. 23.

36 Wissenschaftsrat, Drucks. 2558–12, S. 40.

37 Zum Schlagwort der „Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft“ näher *Vofßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Vofßkuhle

noch bleibt festzuhalten, dass die Rechtswissenschaft offenbar überwiegend als Disziplin ohne eigene „Grundlagen“ aufgefasst wird.

Die geforderte Umorientierung der Rechtswissenschaft wäre damit freilich ohnehin noch nicht hinreichend begründet. Mag Interdisziplinarität auch noch so sehr dem Zeitgeist entsprechen,³⁸ ist sie jedenfalls nicht ohne schmerzhaftes Verlorene an anderer Stelle zu verwirklichen. Aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang der Vergleich mit der Rechtswissenschaft in den Vereinigten Staaten. Dass die dortigen Diskurse von den Methoden mehr oder weniger benachbarter Disziplinen geprägt sind, ist Ergebnis einer längeren und komplexen Entwicklungsgeschichte,³⁹ erklärt sich aus heutiger Sicht aber zwanglos auch bereits aus dem typischen Werdegang der Professoren an US-amerikanischen Law Schools. Sofern sie eine Dissertation verfasst haben, handelt es sich dabei zumeist um einen Ph.D.-Abschluss in einer anderen Wissenschaft.⁴⁰ Obwohl Juraprofessoren in den Vereinigten Staaten also geradezu prädestiniert für die interdisziplinäre Forschungsarbeit scheinen, sieht mancher Beobachter die Gefahr des Dilettantismus.⁴¹ Hierzulande müsste dies umso mehr gelten, weil nur wenige deutsche Rechtswissenschaftler über eine entsprechende Doppelqualifikation verfügen.

Gravierender noch ist freilich die Gefahr von Struktur- und Orientierungsverlusten, mit der die angestrebte Horizonsweiterung erkauf werden müsste.⁴² Zwar ist die Diskussion, wie außerrechtliche Gesichtspunkte in den juristischen Anwendungskontext integriert werden können, in vollem Gange, wobei wiederum das Öffentliche Recht führend ist.⁴³ Solange sich die erforderlichen „binnenjuristische[n] Metaregeln“⁴⁴ für den Umgang mit fachfremden Erkenntnissen noch nicht herausgebildet haben, wird aber kaum zu verhindern sein, dass die juristische Entscheidungsfindung beliebiger wird und allein dadurch an Autorität verliert. Das amerikanische Beispiel zeigt zudem, dass es eine trügerische Hoffnung

wäre, die Rechtswissenschaft durch Anleihen bei anderen Fächern in den Kreis der „richtigen“ Wissenschaften zurückzuführen. Im Gegenteil hat die Tatsache, dass sich amerikanische Rechtswissenschaftler vor allem von außerjuristischen Fragestellungen und Methoden anregen lassen, schon vor Jahrzehnten die Frage aufkommen lassen, ob der Rechtswissenschaft überhaupt noch der Rang einer eigenständigen Disziplin zukomme.⁴⁵

2. Zerrbilder „dogmatischer“ Rechtswissenschaft

Bei einem Blick auf die aktuellen Debatten in Deutschland fällt auf, dass der Ruf nach den „Grundlagen“ nicht selten auf einem problematischen Verständnis, teilweise sogar auf einem Zerrbild von dogmatischer Rechtswissenschaft beruht. Nun wird seit jeher sehr unterschiedlich beurteilt, was Rechtsdogmatik ist und was sie leisten kann und soll.⁴⁶ Nach mancher Auffassung besteht ihre Rolle darin, eine gemeinsame Sprache für Wissenschaftler und Praktiker des Rechts zur Verfügung zu stellen.⁴⁷ Gerade die Praxisbezogenheit der Dogmatik wird in doppelter Weise gegen sie in Stellung gebracht: Zum einen befürchtet man, Rechtswissenschaftler könnten mit dogmatischen Aussagen einen nicht hinreichend legitimierte Normativitätsanspruch erheben.⁴⁸ Zum anderen wird beargwöhnt, dass dogmatische Forschung vielfach in Kooperation mit juristischen Praktikern erfolgt. So definiere sich die (dogmatische) Rechtswissenschaft „über ein Format, für welches sie weder einen Alleinstellungsanspruch geltend machen noch die volle Wissenschaftlichkeit vindizieren kann“⁴⁹.

Was zunächst den Vorwurf der Kompetenzanmaßung angeht, gilt es zu differenzieren, und zwar nicht unfällig etwa entlang der heute vielfach für irrelevant gehaltenen Grenzen zwischen dem Zivilrecht, dem Öffentlichen Recht und dem Strafrecht.⁵⁰ Bestimmte Teile des geltenden Rechts sind unverändert als wissenschaftlich hervorgebrachtes Recht einzuordnen. Dass es sich hierbei ungeachtet der langen Tradition entsprechender Konzepte⁵¹ nicht um eine antiquierte Vorstellung han-

(Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 1 Rn. 16 ff.; aus methodischer Sicht Möllers, daselbst, § 3 Rn. 42 ff.

38 Vgl. nur die Forderung des Wissenschaftsrats, Drucks. 2558–12, S. 29.

39 Auf die Nachwirkungen des *legal realism* weist Dedek, Recht an der Universität: „Wissenschaftlichkeit“ der Juristenausbildung in Nordamerika, JZ 2009, 540 (545 ff.) hin.

40 Näher dazu Dedek, JZ 2009, 540 (546 f.).

41 Vgl. Reimann, Die Propria der Rechtswissenschaft, in: Engel/Schön (Hrsg.), Proprium, S. 87 (97): Die interdisziplinäre Forschungsarbeit sei „mitunter [...] erschreckend amateurhaft“.

42 Dazu auch Ernst, in: Engel/Schön (Hrsg.), Proprium, S. 3 (18); Reimann, daselbst, S. 87 (97).

43 Vgl. nur die Beiträge in I. Augsberg (Hrsg.), Extrajuridisches Wissen im Verwaltungsrecht, 2013 sowie Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, 2013, S. 21 ff.

44 So die Formulierung von I. Augsberg, Multi-, inter-, transdisziplinär? Zum Erfordernis binnenjuristischer Metaregeln für den Umgang mit extrajuridischem Wissen im Verwaltungsrecht, in: ders. (Hrsg.), Extrajuridisches Wissen, S. 3 (24).

45 Posner, The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962–1987, 100 Harvard Law Review 761 (1987).

46 Vgl. aus dieser Diskussion nur Diederichsen, Auf dem Weg zur Rechtsdogmatik, in: Zimmermann/Knütel/Meincke (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, 1999, S. 65 (66 ff.); Jestaedt, Wissenschaft im Recht, JZ 2014, 1 (4 f.).

47 Vgl. Jestaedt, JZ 2014, 1 (3 f., 9).

48 Jestaedt, JZ 2014, 1 (8).

49 Jestaedt, JZ 2014, 1 (6).

50 Vgl. auch Rixen, JZ 2013, 708 (710), der zutreffend betont, dass „je nach Teildisziplin die intra- und interdisziplinären Bezüge ganz unterschiedlich ausfallen können“; vgl. für die Skepsis gegenüber der herkömmlichen „Dreiteilung der juristischen Welt“ nur etwa Jestaedt, JZ 2014, 1 (4, 7); relativierend selbst aus rechtsdogmatischer Perspektive St. Lorenz, JZ 2013, 704 (706).

51 Vgl. für den Gedanken der „Wissenschaftlichkeit des Rechts“ Savigny, System des heutigen Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1840, S. 83 ff.; für eine umfassende historische Darstellung J. Schröder, Recht als Wissenschaft, 2001.

delt, belegt schon der äußere Umstand, dass der Gesetzgeber die eigentliche Normsetzungsarbeit nicht selten in die Hände von Rechtswissenschaftlern legt.⁵² Besondere Bedeutung hat die wissenschaftliche Hervorbringung im Bürgerlichen Recht, dessen Aufgabe es ist, die Rahmenbedingungen für die privatautonome Regelung der eigenen Angelegenheiten zur Verfügung zu stellen. Aus der Eigenlogik der Grundentscheidung für einen solchen Rechtsrahmen folgt, dass freie gestalterische Willkür nur den privatautonom agierenden Subjekten, nicht aber dem Gesetzgeber zukommen kann. Der Gesetzgeber ist jedenfalls „in dem für das Zivilrecht reservierten Bereich im Zweifel selbst immer ‚nur Wissenschaftler‘“.⁵³ Das Schlagwort von der Wissenschaftlichkeit des Rechts darf aber nicht zu dem Missverständnis führen, die dogmatische Rechtswissenschaft sei zur Rechtsfortbildung im Sinne einer willkürlichen Prägung beliebiger Rechtssätze berufen.⁵⁴ Denn der Dogmatiker erzeugt Recht nicht, sondern erkennt es vielmehr nur.⁵⁵ Nicht bestreiten lässt sich freilich, dass die Dogmatik bereits über die juristische Lehre entscheidenden Einfluss auf die von früheren Studenten geprägte Rechtswirklichkeit nimmt.⁵⁶

Fragwürdig an den gegenwärtigen Diskussionen über den Stellenwert der juristischen Dogmatik ist weiterhin, dass als „dogmatisch“ regelmäßig alles bezeichnet wird, was einen „*strictly legal point of view*“⁵⁷ einnimmt. Wer den wissenschaftlichen Wert juristischer Dogmatik beurteilen will, wird sich aber kaum an der vollen Breite dessen orientieren können, was Monat für Monat an juristischer Gebrauchsliteratur erscheint. Fragwürdig erscheint es bereits, die Kommentierung als „das für die Rechtsdogmatik eigentümlichste Publikationsformat“ zu bezeichnen.⁵⁸ Nun existieren zwar „große“ Kommentierungen, die eigene Thesen herausbilden. Man mag schon zweifeln, ob darin überhaupt die Aufgabe einer Kommentierung liegt.⁵⁹ Jedenfalls aber eignet sich etwa der „Palandt“ kaum für die Exemplifizierung von Problemen der Rechtsdogmatik.⁶⁰ Offenbar bedarf es in

zwischen des Hinweises, dass die Monographie immer noch als die angemessenste Form erscheint, um nach rechtsdogmatischen Erkenntnissen zu suchen. Allerdings steckt, wie hier nur anzudeuten ist, insbesondere die juristische Dissertation, vielleicht aber weitergehend überhaupt das Buch als Forschungsformat in der Krise. Allzu häufig begegnet dem Leser „unnütze Hamster- und Schreibearbeit“.⁶¹ Dass Monographien, die als rechtsdogmatisch bezeichnet werden, dieses Prädikat nicht durchgängig verdienen, spricht aber freilich nicht gegen rechtsdogmatische Forschung als solche.

3. Selbstreflexive und theoretisch informierte Rechtsdogmatik als Zielvorstellung für Forschung und Lehre

Der Ruf nach einer Stärkung der „Grundlagen“ in der rechtswissenschaftlichen Forschung und Lehre zwingt zur Klärung des Verhältnisses zwischen Rechtsdogmatik und Interdisziplinarität. In der heutigen Rechtswissenschaftstheorie stehen die jeweils verschiedenen Blickwinkel im Mittelpunkt: So sieht man in der Dogmatik „die praxisorientierte Reflexion des Rechtssystems, eine Reflexion erster Ordnung, aus der Perspektive nicht des Beobachters, sondern des Teilnehmers“.⁶² Damit wird zugleich insinuiert, dass die Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz gewissermaßen nur durch eine Reflexion zweiter Ordnung gewährleistet sei.⁶³ Ihren Eigenwert als Disziplin bezieht die Rechtswissenschaft aber gerade daraus, dass sie die dogmatische Binnenperspektive mit dem selbstreflexiven Blick von außen in sich vereint.⁶⁴

Wenn auch die heutige Diskussion über Rechtsdogmatik vielfach auf Missverständnissen und Zerrbildern beruht, kann es für die rechtsdogmatische Forschung, wie sie derzeit überwiegend praktiziert wird, freilich schon angesichts der bereits angedeuteten Defizite⁶⁵ kein einfaches „Weiter so“ geben. Um allenfalls schlechte Dogmatik handelt es sich, wenn „historische oder gesellschaftliche Zusammenhänge weitgehend ausgeblendet“ und „Gerichtsurteile [...] entkontextualisiert [werden], um eine Einfügung in die dogmatische Systematik zu ermöglichen“⁶⁶. Fundierte Erkenntnisse können nur „[e]ine historisch belehrte Gegenwartsdogmatik und eine

52 Dazu am Beispiel der Schuldrechtsmodernisierung *Lobinger*, Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, 2004, S. 355.

53 Siehe dazu *Lobinger*, Grenzen, S. 355 ff. sowie für das Zitat S. 359. Präzisierend ist darauf hinzuweisen, dass dies nur für das Zivilrecht „im engeren Sinne“ gilt und damit insbesondere nicht für zwingende Vorschriften, die zwar formal dem Zivilrecht zugeordnet werden, aber nicht der Verwirklichung privatautonomer Gestaltungsfreiheit dienen, sondern vielmehr deren Begrenzung mit Blick auf öffentliche Interessen oder den Schutz der (vermeintlich) schwächeren Partei. Zum anderen bedarf es etwa bei Verjährungsregelungen einer dezisionistischen Festlegung, die nur der Gesetzgeber treffen kann; s. zu diesem letzten Gesichtspunkt auch *Lobinger*, Grenzen, S. 359.

54 Zutreffend *Ernst*, in: Engel/Schön (Hrsg.), *Proprium*, S. 3 (11).

55 *Lobinger*, *StudZR* 2015, 141 (145).

56 *Ernst*, in: Engel/Schön (Hrsg.), *Proprium*, S. 3 (7).

57 Vgl. dazu näher *Ernst*, in: Engel/Schön (Hrsg.), *Proprium*, S. 3 (15 ff.).

58 So aber *Jestaedt*, *JZ* 2014, 1 (6).

59 Näher dazu *Flume*, Die Problematik der Änderung des Charakters der großen Kommentare, *JZ* 1985, 470 ff.

60 Vgl. aber *Jestaedt*, *JZ* 2014, 1 (6).

61 So treffend *Jansen*, Rezension zu Philipp Ugan, Sicherheiten durch Angehörige (2012), *AcP* 213 (2013), 604 (606) in der Besprechung einer rechtsvergleichenden Dissertation, die es bei aller berechtigten Kritik freilich nicht verdient, in dieser Weise herausgehoben zu werden.

62 *Gutmann*, Der Holzkopf des Phädrus – Perspektiven der Grundlagenfächer, *JZ* 2013, 697; ähnlich *Jestaedt*, Das mag in der Theorie richtig sein..., 2006, S. 17 f.

63 Vgl. auch die Aufgabenzuschreibung, die *Jestaedt*, *JZ* 2014, 1 (12) vornimmt, wenn er „Dogmatizität als Gradmesser der Praxisorientierung und Intradisziplinarität als Gradmesser der Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz“ beruft.

64 In diese Richtung auch *St. Lorenz*, *JZ* 2013, 704 (706 f.).

65 Siehe oben II. 2.

66 *Pilniok*, in *Tremp* (Hrsg.), *Forschungsorientierung*, sub 2.1.

gegenwartsdogmatisch instruierte Historik⁶⁷ in ihrem Zusammenwirken hervorbringen. Dass Recht zudem nicht nur zeit-, sondern auch gesellschaftsgebunden ist, erweist etwa die Rechtsvergleichung, die allein deshalb noch längst keine „ihrer Natur nach [...] antidogmatische Methode“ ist⁶⁸. Genannt sei vor allem noch die Rechtslehre, deren Bedeutung für die Rechtsdogmatik nur selten in den Blick gerät. Rechtsdogmatische und rechtstheoretische Fragen sind aber gar nicht zu trennen, wenn die auch rechtsdogmatisch hochbedeutsame Frage nach dem Geltungsgrund von Normen gestellt wird. Bereits diese keineswegs abschließende Aufzählung macht deutlich, wie berechtigt die Forderung nach einer „theoretisch informierte[n], grundlagensensible[n] Dogmatik“⁶⁹ ist.

Dieses Postulat verlangt einzelnen Rechtswissenschaftlern kein Universalgelehrtentum ab. Einzulösen ist die Zielvorstellung einer solchermaßen verbesserten Rechtsdogmatik von vornherein nur im arbeitsteiligen Zusammenwirken. Dies gilt für den interdisziplinären Dialog schon aus dem Grund, dass sich der Jurist nicht amateurlastig in anderen Disziplinen betätigen sollte.⁷⁰ Die wechselseitige Zusammenarbeit ist aber vor allem auch innerhalb der Rechtswissenschaft erforderlich. Diese intradisziplinäre Kooperation könnte noch fruchtbringender sein, wenn dogmatisch arbeitende und grundlagenorientierte Rechtswissenschaftler ihre jeweiligen Forschungsthemen stärker auf eine gemeinsame Mitte hin ausrichten würden. Dies würde freilich die Erkenntnis voraussetzen, dass sich bereits die jeweiligen Fragestellungen mitunter gegenseitig bedingen. Besonders deutlich zeigt sich diese wechselseitige Abhängigkeit im Verhältnis von Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik. Weil Vergangenheit und Gegenwart ihre Relevanz erst mit Blick auf die jeweils andere zeitliche Dimension entfalten, sind Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik eine „Verstehensbedingung“ bereits für die Forschungsfragen der anderen Teildisziplin.⁷¹ Jedenfalls insoweit trifft deshalb auch nicht zu, dass gerade nur den Vertretern der Grundlagenfächer abverlangt werde, „auf zwei Hochzeiten zu tanzen“.⁷²

IV. Einige konkrete Folgerungen für die künftige Entwicklung juristischer Forschung und Lehre

Kaum noch der Erläuterung bedarf nach dem bisher Gesagten, dass eine weitgehende Verlagerung der juris-

tisch-dogmatischen Ausbildung an die Fachhochschulen, wie dies jüngst ein Rechtshistoriker vorgeschlagen hat,⁷³ fatale Auswirkungen auf die Rechtswissenschaft als Ganzes hätte. Mit der institutionellen Abtrennung der „dogmatischen“ Forschung und Lehre käme nicht zuletzt auch den „Grundlagen“ das nötige Substrat abhanden. Als Weckruf hat der genannte Vorschlag in seiner Radikalität aber auch etwas Gutes. Denn er verdeutlicht, dass der Verbleib an der Universität für die Rechtswissenschaft jedenfalls in ihrer bisherigen Gestalt nicht selbstverständlich ist. Selbst wenn es nicht schon die Sache selbst geböte, bestünde also Anlass genug, die „papageienhaften“ Erscheinungsformen der universitären Forschung und Lehre auf den Prüfstand zu stellen.

Es ist grundsätzlich erfreulich, dass heute bei der Neuausschreibung von Professuren verstärkt auf einen Grundlagenbezug geachtet wird. Jedoch sollte bei der Besetzung eine Präsenz in den „dogmatischen“ Fächern unabdingbare Voraussetzung sein.⁷⁴ Um es wiederum am Beispiel des Zusammenwirkens von Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte zu verdeutlichen: Es bedarf der Kooperation dogmatisch fragender Rechtshistoriker und geschichtlich denkender Rechtsdogmatiker, um Vergangenheit und Gegenwart in ihrer gegenseitigen Bedingtheit erfassen zu können.⁷⁵ Gewissermaßen als Nebenprodukt einer solchen Forschungshaltung ließe sich nicht nur die drohende Spaltung juristischer Fakultäten in dogmatische und grundlagenorientierte Wissenschaftler verhindern, sondern auch die damit verbundene Tendenz zur Differenzierung zwischen Forschungs- und Lehrprofessuren abmildern.⁷⁶

Mit Blick auf die juristische Ausbildung ist vor übertriebenem Aktionismus zu warnen. Die hier aufgezeigten Defizite des Jurastudiums sind keine zwingende Folge des Staatsexamens oder der üblichen Fallklausuren. Bei der Aufgabenstellung wird derzeit aber ein zu großes Augenmerk auf die Kenntnis aktueller Rechtsprechungsentwicklungen gelegt. Von vornherein auf die Judikatur der letzten fünf Jahre zu verzichten,⁷⁷ kann freilich auch nicht die Lösung sein, weil veraltete Detailkenntnisse noch weniger Nutzen versprechen. Sinnvoller erscheint es, im Sachverhalt mögliche Argumentationsansätze aufzuzeigen, wenn etwa Ausführungen zu einem Problem ohne Kenntnis eines bestimmten Urteils kaum zu erwarten sind. Im Gegenzug käme es dann aber bei der Bewertung umso mehr darauf an, dass die Kandidaten in der Lage sind, Argumente weiterzuentwickeln und in einen größeren systematischen Kontext einzubetten.

⁶⁷ Picker, Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte, AcP 201 (2001), 763 (859), ohne die Hervorh. des Originals.

⁶⁸ So aber die vielzitierte Äußerung von Zweigert, Rechtsvergleichung, System und Dogmatik, Festschrift Eduard Böttcher, 1969, S. 443 (448); s. zu den heftigen Kontroversen über diese Einschätzung etwa Stoll, Zur Legitimität und Relevanz rechtsvergleichender Argumente im Zivilrecht, Festschrift Bydlinki, 2002, S. 429 (437 f.).

⁶⁹ Rixen, JZ 2013, 708 (710).

⁷⁰ So auch Ernst, in: Engel/Schön (Hrsg.), Proprium, S. 3 (19 f.).

⁷¹ S. näher Picker, AcP 201 (2001), 763 (854 f.).

⁷² So aber Gutmann, JZ 2013, 697 (699).

⁷³ Oestmann, FAZ.NET vom 03.12.2014; ähnlich bereits Stolleis, Stärkung der Grundlagenfächer, JZ 2013, 712 (714).

⁷⁴ Zutreffend St. Lorenz, JZ 2013, 704 (707).

⁷⁵ Picker, AcP 201 (2001), 763 (848 ff.).

⁷⁶ Vgl. St. Lorenz, JZ 2013, 704 (707); zum letzteren Aspekt auch Rixen, JZ 2013, 708 (710).

⁷⁷ So der Vorschlag von Jansen, FAZ.NET vom 11.01.2015.

Ein Abschied vom Staatsexamen und selbst eine Modifikation der bestehenden Regelungen sind übrigens nicht einmal dann erforderlich, wenn man dem Ruf nach einer Stärkung der rechtswissenschaftlichen „Grundlagen“ folgen wollte. Bereits jetzt gehören nach § 5a II 3 DRiG zum Pflichtstoff des Jurastudiums auch die „rechtswissenschaftlichen Methoden“ und die „philosophischen, geschichtlichen und gesellschaftlichen Grundlagen“. In der Examensrealität ist davon freilich wenig zu spüren. Dies hängt nicht zuletzt damit zusammen, dass die Erste Juristische Prüfung je nach Bundesland mehr oder weniger stark von den Erwartungen der eingesetzten Praktiker geprägt ist. In der mangelnden Beteiligung der Professoren am Staatsexamen mag man in der Tat „eines der Grundübel des ganzen Jurastudiums“ sehen.⁷⁸ Allerdings ist angesichts der erheblichen Prüfungsbelastung durch das universitäre Schwerpunktbereichsstudium unter den gegebenen Bedingungen nicht zu erwarten, dass sich dieser Missstand ohne Weiteres beheben lässt.

Dieser letzte Gesichtspunkt zeigt bereits, dass die Einführung des Schwerpunkstudiums mehr geschadet als genützt hat. Zwar eröffnet der schon aus Kapazitätsgründen unausweichliche Einsatz von Lehrkräften aus der Praxis sicherlich wertvolle Einblicke in spätere Berufsfelder. Zugewinne an Wissenschaftlichkeit sind insgesamt aber nicht zu verzeichnen. Dies hängt insbesondere damit zusammen, dass anstelle regulärer Seminararbeiten häufig nur noch die stark reglementierte Schwerpunktbereichshausarbeit geschrieben wird.⁷⁹ Dies hat die in der Rechtswissenschaft ohnehin vergleichsweise gering ausgeprägte Seminarkultur noch einmal zusätzlich geschwächt. Weil die Schwerpunktbereiche in der Praxis der Länder inhaltlich über den Pflichtstoff hinausgehen müssen und mit 16 Semesterwochenstunden einen beträchtlichen Umfang einnehmen, führen sie zudem in der Tendenz nur zu einer Verbreiterung, aber nicht zu einer Vertiefung des Wissens.⁸⁰ Die Forderung nach einer Abschaffung der Schwerpunktbereiche⁸¹ ist deshalb durchaus bedenkenswert. Die Rückkehr zum früheren Wahlfachsystem würde Freiräume schaffen, die etwa zur Aufwertung des Seminars als dem mit Abstand wissenschaftlichsten Lehrveranstaltungsformat genutzt werden könnten.⁸²

⁷⁸ So *Oestmann*, FAZ.NET vom 03.12.2014; vgl. auch *Wißmann*, FAZ.NET vom 14.12.2014.

⁷⁹ § 5d II 2 DRiG sieht für den Schwerpunktbereich freilich nur eine schriftliche Prüfungsleistung vor, ohne diese näher zu spezifizieren.

⁸⁰ *Chr. Wolf*, ZRP 2013, 20 (23).

⁸¹ *Chr. Wolf*, ZRP 2013, 20 (23); vgl. außerdem die bei *Körner*, „Die Schwerpunktbereiche gehören abgeschafft“, Legal Tribune Online vom 27.06.2013 wiedergegebenen Interviewäußerungen von *Mager* und *Piekenbrock*. Einen Ausbau der Schwerpunktbereiche fordert hingegen *Hommelhoff*, Die Schwerpunktbereiche: eine Chance für die Fakultäten, ZDRW 2014, 62 (67 f.).

⁸² Vgl. für die berechtigte Forderung nach der Aufnahme zweier Seminare in das Curriculum Wissenschaftsrat, Drucks. 2558–12, S. 55 ff.

V. Zusammenfassung

In der aktuellen Diskussion um die Juristenausbildung spiegeln sich einige gravierende Defizite des rechtswissenschaftlichen Studiums wider. Obwohl sich die Staatsexamina mit unverdaulichem Einzelwissen kaum erfolgreich absolvieren lassen, liegt der Fokus auch universitärer Lehrveranstaltungen allzu häufig auf der Vermittlung isolierter „Streitstände“, während übergreifende Systemzusammenhänge im Dunkeln bleiben. Die genannten Probleme betreffen allerdings nicht nur das Jurastudium, sondern in ähnlicher Weise auch die rechtswissenschaftliche Forschung. Diese ist in weiten Teilen geprägt von überspezialisierten Fachdebatten, die durch einen kurzatmigen Rechtsprechungspositivismus und den Mangel an Systembildung gekennzeichnet sind.

Die verbreitet geforderte Stärkung der „Grundlagen“ scheint auf den ersten Blick geeignet, die Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz in Forschung und Lehre zu gewährleisten. Dabei gerät jedoch die Suche nach dem Eigenwert der Rechtswissenschaft leicht ins Hintertreffen. Deshalb bedarf es einer selbstreflexiven und theoretisch informierten Rechtsdogmatik, die nur entstehen kann, wenn Rechtsdogmatik und die „Grundlagen“ als Einheit verstanden werden und nicht zuletzt auch in institutioneller wie personeller Hinsicht verzahnt bleiben.

Was die juristische Ausbildung anbelangt, ist vor übereilten Reformen zur Stärkung der „Grundlagen“ zu warnen. Bereits die derzeitigen Ausbildungsvorschriften ermöglichen die Aufwertung kontextualen Wissens. Mit Leben füllen lässt sich dies aber nur, wenn zum einen während des Studiums mehr Freiräume für wissenschaftlich orientierte Lehrformen wie das Seminar entstehen und sich zum anderen das akademische Lehrpersonal stärker als bisher in die Prüfungspraxis des Staatsexamens einbringt. Um die hierfür erforderlichen Kapazitäten zu schaffen, sollte das Schwerpunkstudium zur Disposition gestellt und die Rückkehr zum früheren Wahlfachsystem erwogen werden.

Mareike Schmidt*

Constructive Alignment in der Juristenausbildung – Ein fachdidaktischer Blick auf die jüngste FAZ-Debatte

Die Verfasserin betrachtet die aktuelle Diskussion über die Juristenausbildung aus der Perspektive des didaktischen Konzepts des *Constructive Alignment*. Danach bedarf es einer durchgängigen Abstimmung zwischen den einzelnen Lehrveranstaltungen, dem Studium als Ganzen und der ersten juristischen Prüfung auf der Basis der angestrebten Lernergebnisse. Anhand derer sind jeweils Lehr-/Lernaktivitäten und Prüfungsaufgaben zu formulieren. Die Verfasserin zeigt auf, wie eine solche Gestaltung des rechtswissenschaftlichen Studiums gelingen könnte. Ihrer Ansicht nach ließe sich dadurch insbesondere das Problem des – jedenfalls von Studierendenseite wahrgenommenen – Bruches zwischen universitärer Lehre und staatlicher Pflichtfachprüfung beheben.

I. Einleitung

In der Diskussion von Oestmann,¹ Wißmann,² Poll-Wolbeck, Völkerding und Wagner³ und Jansen⁴ klingen zahlreiche Themen an, die alte Bekannte aus der langandauernden Debatte um die deutsche Juristenausbildung sind: die Wissenschaftlichkeit des Studiums, die Examensfixierung der Studierenden, das Repetitorenwesen sowie Sinn und Unsinn des Staatsexamens.

Zur Betrachtung aus didaktischer Sicht möchte ich für diesen Beitrag den Punkt herausgreifen, der in meinen Augen für die Diskussion zentral ist und über den sich offenbar auch alle Diskutanten einig sind: Die universitäre Lehre befindet sich im Spagat zwischen Wissenschaft und Examensvorbereitung mit dem Effekt, dass ihr häufig weder das eine noch das andere zur vollen Zufriedenheit der Beteiligten gelingt. Die Kritik an dieser mangelnden Passung zwischen Lehre, Studienzielen und Staatsexamen äußern die Diskussionsteilnehmer allerdings aus unterschiedlichen Richtungen. Die Studierenden Poll-Wolbeck, Völkerding und Wagner haben das Gefühl, die Lehre bereite sie nicht auf das Staatsexamen vor; gegen die Form der Prüfung selbst erheben

sie hingegen keine Einwände. Professor Oestmann dagegen ist der Ansicht, im Rahmen des Universitätsstudiums würden die falschen Ziele verfolgt und das Staatsexamen werde zumindest den wissenschaftlich und Bildungs-Interessierten nicht gerecht. Professor Jansen schließlich stellt zwar das Staatsexamen als Abschluss des Universitätsstudiums nicht in Frage, möchte dort aber zumindest auch anderes geprüft wissen, als dies jetzt der Fall ist. Einzig Professor Wißmann sieht keine Passungsprobleme – aus dem schlichten Grund, dass er das Staatsexamen als vom Studium vollständig abgeköpelt betrachtet, was es in seinen Augen zum Garanten der studentischen Freiheit macht.

In der Hochschuldidaktik wird das Verhältnis von Lehre, Prüfungen und Lehr-/Lernzielen derzeit in erster Linie unter dem Stichwort *Constructive Alignment* diskutiert. Deswegen nutze ich dieses Konzept im Folgenden als Rahmen für einen kritischen Blick auf viele der Aspekte, die in der FAZ-Debatte anklingen. Dafür stelle ich es zunächst kurz vor (II.), um dann eine skizzenartige Übertragung auf das rechtswissenschaftliche Studium vorzunehmen (III.). Abschließend werde ich eine thesenartige Antwort auf die Diskussion aus fachdidaktischer Perspektive formulieren (IV.).

II. Constructive Alignment als hochschuldidaktisches Konzept für besseres Lernen

Die Grundidee des von John Biggs entwickelten Konzepts mit dem Namen *Constructive Alignment*⁵ besteht darin, dass Studierende das üben sollten, was sie am Ende des Studiums können sollen und das auch genau dies Inhalt der Prüfung zu sein hat. Dieser Gedanke besticht auf den ersten Blick durch seine Einfachheit und Eingängigkeit, beinahe möchte man sagen: seine Selbstverständlichkeit. Gleichzeitig – und das wird im Folgenden zu diskutieren sein – stellt er vieles in Frage, was häufig anzutreffende Realität für angehende Jurist/innen ist.

An den Anfang jeder Lehrplanung – sei es die Konzeptionierung eines Studiengangs oder einer einzelnen Lehr-

* Dr. iur., LL.M. (Tsinghua); Referendarin am Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg, bis Februar 2015 Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Zentrum für rechtswissenschaftliche Fachdidaktik der Universität Hamburg.

1 Oestmann, Das freie Denken kommt zu kurz, FAZ.NET vom 03.12.2014.

2 Wißmann, Hier geht es um Indianer, nicht um Häuptlinge, FAZ.NET vom 14.12.2014.

3 Poll-Wolbeck/Völkerding/Wagner, Herr Professor, wo bleibt die Selbstkritik?, FAZ.NET vom 21.12.2014.

4 Jansen, Bildet Anwälte des Rechts, nicht Rechtstechniker, FAZ.NET vom 11.01.2015.

5 Zuerst Biggs, *Enhancing teaching through constructive alignment*, Higher Education 32 (1996), 347 ff.; ausführlich Biggs/Tang, *Teaching for Quality Learning at University*, 4. Aufl. 2011. Eine empfehlenswerte Einführung bietet auch das Video „Teaching Teaching & Understanding Understanding“, <http://www.daimi.au.dk/~brabrand/short-film/09.04.2015>.

veranstaltung – stellt Biggs die Frage nach den angestrebten Lernergebnissen (*intended learning outcomes*): Was sollen die Studierenden lernen? Diese Ziele sind möglichst präzise anzugeben. Das heißt, es reicht nicht aus, zu formulieren, die Studierenden müssten ein bestimmtes Thema beherrschen. Vielmehr ist es erforderlich, die erwartete Verständnisstufe (*level of understanding*) festzulegen.⁶ Die verschiedenen Stufen können beispielsweise vom schlichten Identifizieren eines Konzepts, über dessen Beschreibung und dessen Vergleich mit anderen Konzepten bis hin zur Generalisierung der entsprechenden Idee verbunden mit ihrer Übertragung auf unbekannte Domänen reichen.

In einem zweiten Schritt sind nach Biggs die Lehr-/Lernaktivitäten (*teaching/learning activities*) festzulegen, anhand derer die Studierenden die angestrebten Ziele erlernen. An dieser Stelle kommt der auch im Namen des Konzepts („*constructive*“) erkennbare konstruktivistische Ansatz zum Ausdruck, den Biggs seinen Überlegungen zugrunde legt. Vereinfacht gesprochen versteht man darunter die Annahme, dass Lernen dadurch stattfindet, dass die Lernenden sich ein eigenes Bild, ein eigenes Verständnis aufbauen. Das bedeutet, dass sich Wissen nicht einfach von den Lehrenden auf die Lernenden übertragen („vermitteln“) lässt, sondern dass letztere durch ihre Lernaktivitäten die Konstruktion des zu Lernenden eigenständig vornehmen. Die Wahrscheinlichkeit, dass die Studierenden eine möglichst hohe Verständnisstufe erreichen, wird demnach erhöht, wenn sie zu Lernaktivitäten auf entsprechendem Niveau angehalten werden.

Der dritte Schritt der Lehrkonzeption nach dem *Constructive Alignment* besteht schließlich darin, adäquate Prüfungsaufgaben (*assessment tasks*) zu erstellen. Den Prüfungen kommt eine zentrale Rolle im Rahmen der Lehrplanung zu, da sie das Lernen maßgeblich steuern. Bei guter Konzeptionierung können sie daher einen wesentlichen Beitrag dazu leisten, dass die Studierenden die erwünschten Lernaktivitäten durchführen.⁷ Damit dies gelingt, müssen die Prüfungsaufgaben so gestaltet sein, dass sie eine Aussage darüber ermöglichen, ob die Studierenden die angestrebten Lernergebnisse erreicht haben, ob sie also tatsächlich in der Lage sind, die gewünschte Performanz zu zeigen.

⁶ Biggs, What the Student Does: teaching for enhanced learning, Higher Education Research and Development 18 (1999), 57 (64): „[O]bjectives [must] state the level of understanding required rather than simply listing the topics to be covered.“

⁷ Die von Oestmann, FAZ.NET vom 03.12.2014, an den Anfang seiner Überlegungen gestellte Fixierung der Studierenden auf das Examen gilt es aus diesem Blickwinkel also nicht zu beklagen, sondern schlicht zu nutzen; siehe dazu Biggs/Tang, Teaching for Quality Learning, 4. Aufl. 2011, S. 197 f.

Im Ergebnis hat ein konsequentes *Constructive Alignment* zur Folge, dass die Studierenden vermehrt kritisches Denken und eine tiefgehende Bearbeitung von Aufgabenstellungen zeigen, Prüfungen fairer und transparenter und die Studierenden insgesamt zufriedener sind.⁸

III. Übertragung auf das Studium der Rechtswissenschaft

Diese Überlegungen zu angestrebten Lernergebnissen (1.), Lehr-/Lernaktivitäten (2.) und Prüfungsaufgaben (3.) werde ich im Folgenden auf das Studium der Rechtswissenschaft übertragen, bevor ich abschließend einen Blick auf die Systemfrage werfe, was die Überlegungen zum *Constructive Alignment* für das Verhältnis zwischen Jurastudium und staatlicher Pflichtfachprüfung bedeuten (4.).

1. Was sollen Studierende lernen?

Eine wesentliche Voraussetzung für gute Lehre ist auch im Jurastudium das Festlegen von Zielen. Die angestrebten Lernergebnisse müssen auf verschiedenen Stufen definiert werden. Dafür wird zunächst auf der höchsten Ebene – der des Studiums als Ganzem – mit verhältnismäßig abstrakt formulierten Zielen begonnen, um diese dann auf die einzelnen Lehrveranstaltungen herunterzubrechen und zu konkretisieren. Für die einzelnen Lehreinheiten kann der Prozess schließlich ein weiteres Mal durchgeführt werden.

Jurist/innen verweisen im Zusammenhang mit der Frage nach Studienzielen gerne auf die umfangreichen Stoffkataloge, wie sie in Hamburg beispielsweise in der Prüfungsgegenständeverordnung niedergelegt sind. Allerdings enthalten diese Kataloge zwar relativ detaillierte Angaben dazu, welche Inhalte geprüft werden können. Sie definieren jedoch nicht, was die Kandidat/innen mit diesen Inhalten zu tun in der Lage sein müssen, legen also keine Verständnisstufe fest. Ebenso wenig tut dies die Forderung, „das Recht mit Verständnis erfassen und anwenden [zu können] und über die hierzu erforderlichen Kenntnisse in den Prüfungsfächern [zu verfügen]“, wie sie in § 6 S. 2 des Hamburgischen Juristenausbildungsgesetzes aufgestellt wird. Denn auch Verständnis und Anwendung von Recht können auf sehr unterschiedlichen Niveaus angesiedelt werden. Im Haftungsrecht könnte beispielsweise verlangt sein, dass Studierende die Voraussetzungen für die Haftung des Produzenten nach § 823 I BGB sowie nach § 1 ProdHaftG jeweils benennen und ihr Vorliegen in einem Fall prüfen können. Alternativ könnte der Anspruch aber auch da-

⁸ Überblick über Studien zu den Effekten des *Constructive Alignment* mit zahlreichen Nachweisen bei Biggs, Constructive alignment in university teaching, HERDSA Review of Higher Education 1 (2014), 5 (12 ff.).

hin gehen, dass sie die Anforderungen der verschiedenen Anspruchsgrundlagen miteinander kontrastieren, sie in ihrer historischen Entwicklung und im jeweiligen politischen und gesellschaftlichen Kontext diskutieren und eine These zur zukünftigen praktischen Relevanz beider Haftungsregime formulieren.⁹

Auch aus diesem Beispiel wird klar, dass die Frage, welche Ziele für das Jurastudium festzulegen sind, jedenfalls in weiten Teilen ein genuin fachspezifisches Thema ist. Die Diskussion darüber ist daher in erster Linie in der Fachgemeinschaft zu führen. Auf einem höheren Abstraktionsniveau – so beispielsweise mit Blick auf Fragen nach Bildung, Wissenschaftlichkeit, Professions- vs. Forschungsorientierung – kann auch ein gesellschaftlicher Diskurs, wie er in der FAZ angestoßen wurde, hilfreich sein. Einen wertvollen Beitrag zu der Diskussion vermag auch die Hochschuldidaktik zu leisten. Zwar kann sie die Studienziele nicht aus sich heraus vorgeben. Sie kann aber ein Instrumentarium dafür anbieten, die Diskussion zu strukturieren und zu differenzieren, um sie so handhabbar und ergebnisorientiert zu machen.¹⁰

2. Wie lernen Studierende das, was sie lernen sollen?

Sofern der nötige Verständigungsprozess über die angestrebten Lernergebnisse tatsächlich stattfindet, bin ich davon überzeugt, dass die Fachgemeinschaft sich jedenfalls dahingehend einigen würde, dass die Absolventen mehr können sollen als nur bekannte Problemstellungen zu erkennen, auswendig gelernte Prüfungsschritte darauf schemagerecht anzuwenden und an den üblichen Stellen die wichtigsten „Meinungsstreitigkeiten“ zu reproduzieren.¹¹ Sofern diese Annahme korrekt ist, stehen Fakultäten und Dozent/innen vor der Herausforderung, Lehr-/Lernaktivitäten zu entwickeln, die die Studierenden zum Erreichen der gewünschten Ziele anregen und anleiten.

Der konstruktivistische Ansatz von Biggs' Konzept stellt dabei in erster Linie die prominente Rolle von Vorlesungen in ihrer klassischen Ausgestaltung in Frage. Derartige Veranstaltungsformen sind nach Biggs nicht als Lehr-/Lernaktivitäten, sondern lediglich als Lehr-/Lernsituati-

onen anzusehen, in denen die gewünschten Lernaktivitäten zwar stattfinden können, jedoch bei weitem nicht müssen.¹² Vorzugswürdig ist es demgegenüber, die Studierenden in der Lehrveranstaltung zumindest zeitweise direkt zu den entsprechenden Lernaktivitäten anzuhelfen. Im Rahmen einer Veranstaltung in Vorlesungsgröße kann dies durch interaktive Elemente z. B. in Form von sogenannten Murmelgruppen, *Minute Papers* oder während der Lehrveranstaltung zu bearbeitende und zu besprechende Aufgaben geschehen.¹³

Nimmt man die juristische Lehre auch über die Vorlesungen hinaus in den Blick, liegt die Frage nahe, ob denn nicht die „Falllösungen“, wie sie insbesondere in den Arbeitsgemeinschaften üblicherweise durchgeführt werden, die perfekte Lehr-/Lernaktivität für den juristischen Bereich darstellen. Ohne eine vorherige Festlegung der angestrebten Lernergebnisse lässt sich darauf zwar keine abschließende Antwort geben. In jedem Fall erscheint es in diesem Kontext aber sinnvoll – wie auch von Jansen vorgeschlagen¹⁴ –, die Auswahl der Fälle und die damit verbundenen Erwartungen näher zu beleuchten. Außerdem wird eine Ausdifferenzierung der angestrebten Lernergebnisse meines Erachtens zwangsläufig auch zu einer Erweiterung des Spektrums an (Übungs-) Aufgaben führen. Insofern würde dann zumindest die unangefochtene Vorrangstellung des Fallgutachtens in Frage gestellt.¹⁵ So könnte beispielsweise zur Stärkung von Reflexionskompetenz, wie sie unter anderem der Wissenschaftsrat fordert,¹⁶ die Arbeit mit Lernportfolios eingeführt werden, für die Studierende ausgewählte eigene Arbeiten zusammenstellen und dazu Reflexionsbeiträge verfassen.¹⁷ Diesem und weiteren möglichen Zielen können etwa auch eine bessere Einbindung und Begleitung der praktischen Studienzeiten, die Teilnahme Studierender an Forschungsprozessen, das Verfassen von Urteilsanmerkungen,¹⁸ Tagungsberichten und anderen

12 Biggs/Tang, *Teaching for Quality Learning*, 4. Aufl. 2011, S. 135.

13 Dazu Biggs/Tang, *Teaching for Quality Learning*, 4. Aufl. 2011, S. 141 ff. und S. 165 ff.; einen Überblick über Gestaltungsmöglichkeiten für Vorlesungen bietet auch Weblert, *Die Vorlesung – eine ausbaufähige Lernveranstaltung* (II), HSW 2013, 129 ff.

14 Jansen, FAZ.NET vom 11.01.2015, schlägt vor, Klausuren nicht an veröffentlichten Entscheidungen auszurichten; ähnlich Stadler/Broemel, *Schwierigkeiten, Lerntechniken und Lernstrategien im Jurastudium*, in: Brockmann/Pilniok (Hg.), *Studieneingangsphase in der Rechtswissenschaft*, 2014, S. 37 (70).

15 Eine gänzliche Abschaffung der „Falllösungen“ erscheint jedoch nicht wünschenswert. Siehe dazu auch Trute, *Prüfungen in den Rechtswissenschaften – die Praxis*, in: Bork (Hg.), *Prüfungsforschung*, 2015, S. 44 (48), der der Ansicht ist, ohne die Einübung in dieser Form werde auch das systematische Verständnis erschwert.

16 Wissenschaftsrat, *Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland*, Drs. 2558-12, S. 56 ff.

17 So auch Stadler/Broemel, in: Brockmann/Pilniok (Hg.), *Studieneingangsphase in der Rechtswissenschaft*, 2014, S. 37 (70); einfürend zu Lernportfolios und ähnlichen Formaten Fendler/Reinhardt, *Lernportfolio, Lerntagebuch und Peer-Review als kompetenzorientierte und diversitätsgerechte Prüfungsformate*, in: *Neues Handbuch Hochschullehre*, H 6.2.

18 So der bedenkenwerte Vorschlag von Jansen, FAZ.NET vom

9 Näher zur Formulierung von angestrebten Lernergebnissen siehe Reis, *Hochschuldidaktische Herausforderungen an die Rechtswissenschaft*, ZDRW 2013, 21 (32 f.).

10 Zu den verschiedenen Aushandlungsprozessen und den dafür auf den verschiedenen Ebenen jeweils relevanten Akteuren Merkt, *Prüfungsforschung in der Rechtswissenschaft – Überlegungen zu methodischen Möglichkeiten*, in: Bork (Hg.), *Prüfungsforschung*, 2015, S. 93 (95 f.).

11 Ich behaupte nicht, mit dieser Umschreibung das Können durchschnittlicher Juraabsolvent/innen adäquat wiederzugeben. (Tatsächlich hoffe ich, dass dies nicht der Fall ist.) Allerdings scheint es mir aufgrund der derzeitigen Ausgestaltung der Prüfungen zumindest möglich, das Examen mit dem entsprechenden Fleiß und diesen Fähigkeiten zu bestehen. Durch die Implementierung des *Constructive Alignment* ließe sich dem effektiv entgegenwirken.

wissenschaftlichen Publikationsformen sowie die Herausgabe einer Fakultätszeitschrift wie der Hamburger Rechtsnotizen zuträglich sein.¹⁹ Insbesondere sofern die angestrebten Lernergebnisse eine stärkere berufspraktische Vorbereitung vorsehen, ist auch der gezielte Einsatz von Legal Clinic- und Moot Court-Formaten denkbar.

Ebenso wichtig erscheint es mir allerdings, das volle Potential des rechtswissenschaftlichen Gutachtens insbesondere als Lernform für eine dogmatische Forschungskompetenz zu nutzen, etwa indem im Zusammenhang mit dem Verfassen eines solchen Gutachtens Methoden- und Argumentationskompetenz verstärkt eingeübt werden.²⁰ Einen geeigneten Rahmen dafür können etwa Arbeitsgemeinschaften mit entsprechend ausgerichteten Übungen,²¹ schreibintensive Seminare und begleitete Hausarbeiten²² bieten, aber auch ein spezifisches Angebot, wie es an der Hamburger Fakultät mit den Grund- und Vertiefungskursen zur „Einführung in das rechtswissenschaftliche Arbeiten“²³ existiert.

3. Wie prüfen wir das, was die Studierenden lernen sollen?

Die Bedeutung des *Constructive Alignment* für die juristischen Prüfungen ist in den letzten Jahren bereits verschiedentlich Gegenstand der fachdidaktischen Diskussion gewesen. Deshalb sollen an dieser Stelle ein paar wenige Hinweise ausreichen, im Übrigen verweise ich auf die einschlägige Literatur.²⁴

Auf der Hand liegen dürfte, dass neue Prüfungsformate erforderlich werden, wenn – wie zu hoffen ist – angestrebte Lernergebnisse festgelegt werden, die über das hinausgehen, was im Rahmen der Rechtsanwendung im Fall abgebildet werden kann.²⁵ Dafür kommen beispiels-

weise auch die soeben als Lehr-/Lernaktivitäten²⁶ genannten Tätigkeiten in Betracht.²⁷ Nicht weniger wichtig ist es, im Rahmen dieser neuen Formate sowie hinsichtlich der vertrauten Falllösungsklausuren klare Anforderungen mit Kriterien für die Erreichung bestimmter Niveaustufen zu definieren, die wiederum mit den angestrebten Lernergebnissen korrelieren und die erwarteten Handlungsqualitäten transparent machen.²⁸ Dieses Postulat gilt bereits allgemein mit Blick auf reliable, valide und objektive Prüfungen,²⁹ hat aber im Bereich der staatlichen Pflichtfachprüfung einen umso höheren Stellenwert, als die Anzahl der prüfenden Personen hoch ist und die Prüfer/innen eine große Bandbreite an Erfahrungen aus ihrem jeweiligen Berufsleben mitbringen, die leicht zu unterschiedlichen Erwartungen an die Prüfungsleistungen führen können. Für die Prüfungen im Studium sind entsprechend klar definierte Kriterien wiederum auf Grund des Systems der Korrekturassistent/innen besonders wichtig.

Mit der Wahl geeigneter Prüfungsaufgaben und der Festlegung der wünschenswerten Kriterien lässt sich auch dem durchaus berechtigten Wunsch Oestmanns nachkommen, Studierende nicht dafür abzustrafen, dass sie nicht jede einzelne Ansicht zu nicht zentralen „Meinungsstreitigkeiten“ wiedergeben können, sondern sie für Offenheit und Neugier zu belohnen³⁰ – sofern eine Einigung auf entsprechende angestrebte Lernergebnisse stattfindet.

4. Constructive Alignment zwischen Studium und staatlicher Pflichtfachprüfung?

Aus didaktischer Sicht ist nach dem Gesagten in erster Linie ein durchgängiges *Constructive Alignment* wünschenswert, welches das gesamte Studium und die erste juristische Prüfung (in ihrem universitären und ihrem staatlichen Teil) umfasst. Derzeit ist es jedoch eine offene Frage, inwiefern es überhaupt eine Kongruenz zwischen dem Studium und der staatlichen Pflichtfachprüfung gibt: Während die einen gar einen Bruch zwischen universitärer Lehre und der staatlichen Pflicht-

11.01.2015.

¹⁹ Zu diesen und weiteren Vorschlägen *Pilniok*, Die Rechtswissenschaft sichtbar machen, in: Tremp (Hg.), Forschungsorientierung und Berufsbezug im Studium, 2015 (in Vorbereitung), Ziffer 4.2.

²⁰ Hierzu ausführlich *Schmidt/Musumeci*, Die Kompetenz, ein rechtswissenschaftliches Gutachten zu verfassen, ZDRW 2015 (erscheint demnächst).

²¹ Vorschläge zur alternativen Gestaltung von Arbeitsgemeinschaften finden sich bei *Kemme*, Führt eine Lehre, die sich an den in den Prüfungen geforderten Kompetenzen ausrichtet, zu besseren Leistungen?, in: Brockmann/Pilniok (Hg.), Prüfen in der Rechtswissenschaft, 2013, S. 120 ff. und *Winter*, Strukturierte Einführung problembasierter Lernens in die juristische Pflichtfachlehre am Beispiel der Arbeitsgemeinschaften, in: Brockmann u. a. (Hg.), Methoden des Lernens in der Rechtswissenschaft, 2012, S. 137 ff.

²² Zu schreibintensiven Formaten siehe *Schmidt/Musumeci*, ZDRW 2015 (erscheint demnächst).

²³ Für einen Überblick zum Angebot siehe <http://www.jura.uni-hamburg.de/eidra> (09.04.2015) sowie den dort abrufbaren Projektbericht 2014 von *Schmidt/Dziggel*.

²⁴ Siehe dazu insbesondere die Beiträge in *Brockmann/Pilniok* (Hg.), Prüfen in der Rechtswissenschaft, 2013, aber auch diejenigen in *Bork* (Hg.), Prüfungsforschung, 2015.

²⁵ Kritisch zur Einseitigkeit der Falllösungen als Prüfungsformat auch *Scholkmann*, Problembasiertes Lernen und (rechtswissenschaftliche) Fallmethode, ZDRW 2014, 28 (39 f.) sowie *Trute*, in: Bork (Hg.), Prüfungsforschung, 2015, S. 44 (64 f.).

²⁶ Dass die Übergänge zwischen Übungs- und Prüfungsformaten fließend sind, ist eine notwendige Konsequenz des *Alignment*, vgl. *Biggs*, Higher Education Research and Development 18 (1999), 57 (73).

²⁷ In der Zeit der einstufigen Juristenausbildung wurden eine ganze Reihe derartiger Prüfungsformate auch tatsächlich eingesetzt; siehe dazu den Überblick bei *Brockmann/Pilniok*, Prüfen in der Rechtswissenschaft: Stand und Perspektiven der disziplinären Forschung, in: Bork (Hg.), Prüfungsforschung, 2015, S. 71 (73).

²⁸ Daher besteht ein dringender Bedarf nach der Entwicklung sogenannter Niveaustufenmodelle, vgl. *Reis*, Prüfen aus Sicht der Hochschuldidaktik, in: Brockmann/Pilniok (Hg.), Prüfen in der Rechtswissenschaft, 2013, S. 29 (33 ff., 38 ff.).

²⁹ Zu diesen aus der Testtheorie stammenden Anforderungen an Prüfungen und zu den dafür notwendigen Voraussetzungen siehe z. B. *Reis*, in: Brockmann/Pilniok (Hg.), Prüfen in der Rechtswissenschaft, 2013, S. 29 (32 ff.).

³⁰ *Oestmann*, FAZ.NET vom 03.12.2014.

fachprüfung konstatieren,³¹ sehen die anderen gerade in der starken Betonung der Falllösungsklausurformate im Studium eine (vielleicht sogar zu³²) große Abstimmung zwischen den beiden Abschnitten.³³ Empirische Untersuchungen dazu gibt es bisher nicht.

In meinen Augen liegt der relevante Punkt jedenfalls in der didaktischen Praxis weniger in der Frage nach dem tatsächlichen *Constructive Alignment*, sondern vielmehr in der Wahrnehmung der Studierenden. Denn solange die Studierenden den Eindruck haben, dass das Studium sie weder adäquat auf die staatliche Pflichtfachprüfung vorbereitet noch ihnen hilfreiche Maßstäbe dafür an die Hand gibt, was in der staatlichen Pflichtfachprüfung von ihnen verlangt wird – dass also kein (ausreichendes) *Alignment* besteht –, werden viele von ihnen zur Examensvorbereitung den Repetitor besuchen.³⁴ Darüber hinaus erscheint es naheliegend, dass eine solche Wahrnehmung auf Seiten der Studierenden in Verbindung mit der Tatsache, dass die Qualität der während des Studiums erbrachten Leistungen (mit Ausnahme des Schwerpunktbereiches) für die Examensnote keinerlei Relevanz hat, auch auf das Studierverhalten vor dem Repetitorbesuch Auswirkungen hat: Der Anreiz, mehr zu lernen, als zum Bestehen der jeweiligen Prüfungen erforderlich ist, ist denkbar gering. Dies dürfte umso mehr gelten, je weiter ein Prüfungsformat in der Wahrnehmung der Studierenden von demjenigen entfernt ist, was in der staatlichen Pflichtfachprüfung (mutmaßlich) verlangt wird. Umgekehrt müsste die Motivation der Studierenden stei-

gen, sobald sie den Eindruck haben, was sie lernten sei examensrelevant.³⁵

Vor dem Hintergrund dieser Anreizstrukturen ließe sich zumindest in Teilen auch der Unmut erklären, der Dozierenden leicht entgegenschlägt, wenn in den „klassischen“ Vorlesungen und Arbeitsgemeinschaften nicht nur die üblichen Falllösungsformate eingeübt werden, sondern auch auf andere Kompetenzen Wert gelegt wird. Selbst die Zusage, dass die Übungen in der Veranstaltung die ideale Vorbereitung auf die Abschlussklausur seien, scheint Studierende nur beschränkt zu beruhigen. Angesichts der staatlichen Pflichtfachprüfung als (maßgeblichem) Fernziel ist eine solche Versicherung aus Studierendensicht in der Tat ein schwacher Trost. Desgleichen sind „alternative“ Lehrveranstaltungen (einschließlich der entsprechenden Abschlussprüfung) aus dieser Perspektive insofern unbefriedigend, als sie zumindest scheinbar ein *Constructive Alignment* mit dem Examen vermissen lassen.³⁶

Ein Minus zu einem umfassenden *Constructive Alignment* zwischen Studium und staatlicher Pflichtfachprüfung kann eine Umsetzung des Konzepts innerhalb des Studiums selbst darstellen. Diese reduzierte Implementierung lässt sich kurzfristiger vornehmen und kann möglicherweise zumindest einigen der beobachteten Herausforderungen begegnen. Mit klaren Qualitätskriterien gerade für rechtswissenschaftliche Gutachten (sei es in Form von Klausuren oder von Hausarbeiten)³⁷ und entsprechenden Lehr-/Lernaktivitäten könnten Lernstrategien gefördert werden, die zu einer höheren Verständnisstufe führen. Damit ließe sich die Wahrscheinlichkeit verringern, dass Studierende in der Prüfungsvorbereitung das Auswendiglernen von Schemata und Fällen in den Vordergrund rücken. Außerdem erhielten die Studierenden dadurch nachvollziehbarere Rückmeldungen von Seiten der Dozierenden, könnten mehr Vertrauen in die Bewertung ihrer Leistungen aufbauen und so auch ihre Kompetenz zur Selbsteinschätzung stärken. Die Kombination dieser Effekte könnte die Verunsicherung der Studierenden mit Blick auf die Examensvorbereitung verringern und es bestünden größere Chancen, dass sie die im Studium als wünschenswert eingeübten Lernstrategien dann auch weiterhin anwenden.

31 Martin, Juristische Repetitorien und staatliches Ausbildungsmopol in der Bundesrepublik Deutschland, 1993, S. 216 f. (noch zum damaligen Staatsexamen); Reis, in: Brockmann/Pilniok (Hg.), Prüfen in der Rechtswissenschaft, 2013, S. 29 (44); Wissenschaftsrat, Empfehlungen zur Reform der staatlichen Abschlüsse, Drs. 5460/02, S. 73; implizit klingt dies auch bei Poll-Wolbeck u. a., FAZ.NET vom 21.12.2014, an in der Forderung, die Lehre müsse die effektive Examensvorbereitung „mit dem wissenschaftlichen Anspruch einer Universität [...] verbinden“ können.

32 Brockmann u. a., Stand und Perspektiven der rechtswissenschaftlichen Fachdidaktik, in: Brockmann u. a. (Hg.), Methoden des Lernens in der Rechtswissenschaft, 2012, S. 276 (283) fragen, ob es überhaupt durchweg sinnvoll ist, das Prüfungsformat während des Studiums am Staatsexamensformat zu orientieren.

33 So Ausschuss der Justizministerkonferenz zur Koordinierung der Juristenausbildung, Der Bologna-Prozess und seine möglichen Auswirkungen auf die Juristenausbildung, 15.10.2005, S. 43; in dieselbe Richtung Kemme, in: Brockmann/Pilniok (Hg.), Prüfen in der Rechtswissenschaft, 2013, S. 120 (120), die den sicheren Umgang mit Falllösungen als „Herzstück der Vorbereitung auf das Erste Juristische Staatsexamen“ ansieht.

34 In diese Richtung auch Poll-Wolbeck u. a., FAZ.NET vom 21.12.2014; Reis, in: Brockmann/Pilniok (Hg.), Prüfen in der Rechtswissenschaft, 2013, S. 29 (44), spricht gar von den Repetitorien als dem „Ort, um den systemnotwendigen externalisierten Zwischenschritt auf das Learning-Outcome der staatlichen Pflichtfachprüfung hin zu vollziehen“ (Hervorhebung im Original). Insofern erscheint auch die Aussage Wißmanns, FAZ.NET vom 14.12.2014, die Studierenden profitierten „davon, dass ihre Leistungen nicht Tag für Tag in eine Endnote eingerechnet werden, sondern sie selbstverantwortlich mit ihrem Studium umgehen müssen“ zumindest zweifelhaft.

35 Selbstverständlich handelt es sich bei diesen Überlegungen um Generalisierungen, die niemals sämtlichen Studierenden gerecht zu werden vermögen. Diejenigen Studierenden, die bereits aus sich heraus motiviert sind und gleichsam intuitiv auf einer höheren Verständnisstufe lernen, sind jedoch nicht die, für die eine gute Lehre besonders wichtig ist. Siehe dazu Biggs/Tang, Teaching for Quality Learning, 4. Aufl. 2011, S. 4 ff.

36 Auf entsprechende Akzeptanzprobleme und die daraus resultierenden Einschränkungen hinsichtlich der Prüfungsformate weisen auch Stadler/Broemel, in: Brockmann/Pilniok (Hg.), Studieneingangsphase in der Rechtswissenschaft, 2014, S. 37 (70 f.), hin.

37 Siehe dazu auch Schmidt/Musumeci, ZDRW 2015 (erscheint demnächst).

IV. Schlussfolgerungen

Abschließend möchte ich auf der Basis des vorgestellten Konzepts meine fachdidaktische Antwort auf die FAZ-Debatte in drei Thesen formulieren:

1. Zwischen der staatlichen Pflichtfachprüfung und dem Studium der Rechtswissenschaft sollte ein *Constructive Alignment* hergestellt werden. Voraussetzung dafür sind eine offene Diskussion in der Fachgemeinschaft über die angestrebten Lernergebnisse, die didaktisch geleitete Gestaltung korrespondierender Lehr-/Lernaktivitäten und Prüfungsaufgaben sowie die Entwicklung entsprechender Bewertungskriterien.

2. Soweit ein *Constructive Alignment* bereits besteht oder entsteht, ist dieses für die Studierenden sichtbar zu machen.

3. Auch wenn sich ein *Constructive Alignment* mit der staatlichen Pflichtfachprüfung (vorerst) nicht herstellen lassen sollte, ist es zumindest auf Lehrveranstaltungs- und Fakultätsebene, insbesondere auch in den Schwerpunktbereichen,³⁸ anzustreben.

³⁸ So auch *Stadler/Broemel*, in: Brockmann/Pilniok (Hg.), Studienangangsphase in der Rechtswissenschaft, 2014, S. 37 (71); *Reis*, in: Brockmann/Pilniok (Hg.), Prüfen in der Rechtswissenschaft, 2013, S. 29 (41).

Olaf Gelhausen*

Einheitspatent und Einheitliches Patentgericht – Das neue EU-Patentsystem vor der Einführung

Im folgenden Beitrag wird das neue EU-Patentsystem erläutert. Dabei geht der Autor insbesondere auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzgebungspakets, die Eigenschaften des Einheitspatents, das Einheitliche Patentgericht, das Patentstreitverfahren und Übergangsregelungen ein. Abschließend werden die Vor- und Nachteile der Durchsetzung eines Patents vor den nationalen Gerichten und den Einheitlichen Patentgerichten verglichen.

Die Europäische Union hat mit dem sog. Patentpaket ein neues Patentsystem geschaffen, das neben die nationalen und die herkömmlichen europäischen Patente tritt und Patentanmeldern eine zusätzliche Option für den Schutz von technischen Erfindungen bietet. Erstmals wird damit auch für Patente ein einheitlicher, EU-weiter Schutz in Aussicht gestellt. Ferner wird eine neue europäische Gerichtsbarkeit geschaffen, bei welcher dieser Patentschutz mit einheitlicher Wirkung für alle teilnehmenden Mitgliedstaaten durchgesetzt werden kann. Das Einheitspatentsystem steht kurz vor seiner Einführung. Derzeit werden die administrativen, organisatorischen und personellen Vorbereitungen dafür getroffen, dass Einheitspatente¹ erteilt werden und die neue Gerichtsbarkeit ihre Arbeit aufnehmen kann. Das hat besondere Bedeutung auch für Hamburg: Hamburg ist als einer

von vier deutschen Standorten einer Lokalkammer des Einheitlichen Patentgerichts vorgesehen. Schon vor der Einführung sind Patentinhaber und -anmelder gehalten, einen Systemvergleich vornehmen und sich zu überlegen, ob sie von der Möglichkeit Gebrauch machen, künftig Einheitspatentschutz anzumelden und Patentansprüche vor dem Einheitlichen Patentgericht durchzusetzen. Das gilt nicht nur für Ansprüche aus künftigen Einheitspatenten. Um von Anfang an möglichst viele Patente in das neue Einheitspatentsystem fallen zu lassen, wird das Einheitliche Patentgericht auch zuständig sein für alle zu diesem Zeitpunkt bestehenden und angemeldeten europäischen Patente. Der Patentinhaber kann lediglich während einer Übergangszeit durch Registrierung einer entsprechenden Erklärung die Zuständigkeit des Einheitlichen Patentgerichts ausschließen. Die Einführung des Einheitspatentsystems hat dementsprechend weitreichende Bedeutung für europäische Patentinhaber.

Das EU-Patentpaket

Das Patentpaket von Ende 2012/Anfang 2013 umfasst drei Gesetzgebungsakte: zwei EU-Verordnungen und einen Staatsvertrag, der ausschließlich EU-Mitgliedstaaten vorbehalten ist: die Verordnungen 1257/2012² (Einheitspatentverordnung, kurz EPV) und 1260/2012³

* Rechtsanwalt, Esche Schümann Commichau Partnerschaftsgesellschaft mbB, Hamburg.

¹ Gebräuchlich ist auch die Bezeichnung „EU-Patent“, die jedoch insoweit irreführend ist, als der Patentschutz nicht von einer EU-Institution erteilt und nicht in allen EU-Staaten gelten wird.

² Verordnung 1257/2012 über die Umsetzung der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes, ABl. L 361 vom 31.12.2012, S. 1.

³ Verordnung 1260/2012 über die Umsetzung der Verstärkten Zu-

(Übersetzungsverordnung) sowie das „Übereinkommen über ein Einheitliches Patentgericht“⁴ (kurz EPGÜ). Die EPV schafft ein vom Europäischen Patentamt zu erteilendes „europäisches Patent mit einheitlicher Wirkung“ (kurz Einheitspatent). Die Übersetzungsverordnung regelt Fragen, in welcher Sprache ein Einheitspatent angemeldet und in welche Sprachen übersetzt werden muss. Kern des Einheitspatentsystems ist jedoch das EPGÜ. Es errichtet eine eigene Gerichtsbarkeit, bei welcher in einem einheitlichen Verfahren Patente mit Wirkung in allen teilnehmenden Vertragsmitgliedstaaten durchgesetzt oder vernichtet werden können. Darüber hinaus regelt das EPGÜ das anzuwendende Verfahrensrecht sowie materielles Patentrecht. Es gilt auch für alle Rechtsstreitigkeiten über erteilte und angemeldete europäische Patente sowie ergänzende Schutzzertifikate mit Bezug auf patentgeschützte Produkte (Art. 1). Gesetzgebungszweck des Patentpakets ist es, die Rahmenbedingungen für den technisch-wissenschaftlichen Fortschritt zu verbessern und den europäischen Binnenmarkt zu fördern. Dies soll erreicht werden durch einen leichteren, weniger kostspieligen und rechtssicheren Zugang zum Patentsystem und durch Erleichterung der Durchsetzung von Patenten, der Verteidigung gegen unbegründete Klagen und der Nichtigerklärung von Patenten mit einheitlicher Wirkung vor einem einzigen Gericht, insbesondere für kleine und mittelständische Unternehmen.⁵

Das Einheitspatent unterscheidet sich grundlegend von anderen gewerblichen Schutzrechten der EU wie der Gemeinschaftsmarke oder dem Gemeinschaftsgeschmacksmuster. Es wird erteilt von einer Institution, die außerhalb des Einflussgebiets der EU steht, nämlich dem Europäischen Patentamt⁶. Einzigartig ist das Einheitspatentsystem zudem insofern, als dessen Kern, das EPGÜ, ein Staatsvertrag ist, dem die EU selbst nicht beigetreten ist und der von den teilnehmenden Mitgliedstaaten in jeweils gleichlautendes nationales Recht umgesetzt werden muss. Das EPGÜ ist daher - anders als die Einheitspatent- und die Übersetzungsverordnung - kein Europarecht, sondern wird durch die jeweiligen nationalen Beitritts- und Umsetzungsgesetze zu nationalem Recht. Das Einheitliche Patentgericht ist dementsprechend kein EU-Gericht, sondern ein gemeinsames Gericht der teilnehmenden Mitgliedstaaten. Die Gründe für diese komplizierte Konstruktion liegen in den jahrzehntelangen erfolglosen Versuchen, ein Gemeinschaftspatent und Regeln für dessen Durchsetzung zu schaffen. Erste Europäisierungsiniciativen gab es im Patentrecht schon sehr früh, nämlich 1959. Sie führten zur Errich-

tung einer Europäischen Patentorganisation und des Europäischen Patentamts. Das Übereinkommen über die Erteilung europäischer Patente, kurz EPÜ, wurde am 5. Oktober 1973 in München unterzeichnet und gilt heute in einer revidierten Fassung (EPÜ 2000). Beigetreten sind auch Nicht-EU-Staaten wie die Türkei, Schweiz oder Norwegen. Mit dem EPÜ wurde ein „gemeinsames Recht für die Erteilung von Erfindungspatenten geschaffen“ (Art. 1 EPÜ). Europäische Patente werden vom Europäischen Patentamt in einem einheitlichen Verfahren erteilt. Gleichwohl stellen sie keine Einheitstitel dar. Mit ihrer Erteilung entsteht vielmehr ein Bündel nationaler Patente der vom Anmelder benannten Bestimmungsländer (Art. 64 Abs. 1 EPÜ, daher auch „Bündelpatente“ genannt⁷). Der Patentinhaber muss sie nach der Erteilung bei den nationalen Patentämtern der Bestimmungsländer validieren und dort Jahresgebühren zahlen. Fragen der Verletzung eines europäischen Patents werden nach dem jeweiligen nationalen Recht behandelt (Art. 64 Abs. 3 EPÜ). Die Anmeldung europäischer Patente ist in der Praxis der Unternehmen seit langem fest etabliert.⁸

Ein zweites Vorhaben aus jener Zeit, im Rahmen der Europäischen Gemeinschaften durch die Einführung eines Schutztitels für den Gemeinsamen Markt zu einer Vereinheitlichung des Patentrechts in der Phase nach der Patenterteilung beizutragen und eine gemeinsame Patentgerichtsbarkeit zu schaffen, scheiterte jedoch. Das Gemeinschaftspatentübereinkommen von 1975 ist nie in Kraft getreten. Auch für die hierauf aufbauende Gemeinschaftspatentvereinbarung von 1989 erfolgte nicht die erforderliche Ratifizierung durch alle Mitgliedstaaten. Uneinigkeit zwischen den Mitgliedstaaten gab es in Bezug auf die Sprachenregelung und Fragen der Aufteilung von Jahresgebühren und Kosten für die Errichtung eines gemeinsamen Berufungsgerichts. An der erforderlichen Einstimmigkeit scheiterten schließlich auch mehrere Vorhaben der Europäischen Kommission, im Verordnungsweg ein Gemeinschaftspatent und eine neue Gerichtsbarkeit einzuführen.

Der Durchbruch gelang erst im Dezember 2010, nachdem sich die Mehrheit der Mitgliedstaaten dafür ausgesprochen hatte, ein Verfahren der Verstärkten Zusammenarbeit nach Art. 20 EU-Vertrag und Art. 326 ff. AEUV einzuleiten. Hierfür erteilte der Rat am 10. März 2011 die erforderliche Ermächtigung. Spanien und Italien wollten sich nicht beteiligen und waren sogar strikt gegen die Anwendung dieses durch den Amsterdamer Vertrag eingeführten Instruments, das nicht teilnehmende

sammenarbeit im Bereich der Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes im Hinblick auf die anzuwendenden Übersetzungsregelungen, ABl. L 361 vom 31.12.2012, S. 89.

⁴ ABl. C 175/1 vom 20.06.2013, abrufbar unter: <http://www.upc.documents.eu.com>.

⁵ 1. und 2. Erwägungsgrund.

⁶ Luginbühl, GRUR Int. 2013, 305 (306).

⁷ Zur Bezeichnung: *Kolle* in Benkard-Jestaedt, EPÜ, 2. Aufl. 2012, Art. 2 Rn. 2; Singer/Stauder, EPÜ, 6. Aufl. 2012, Art. 2 Rn. 2f.

⁸ Das Europäische Patentamt verzeichnet Jahr für Jahr neue Höchststände bei Patentanmeldungen, vgl. Pressemitteilung vom 26.02.2015, abrufbar unter: http://www.epo.org/news-issues/news/2015/20150226_de.html.

Mitgliedstaaten vom künftigen Gesetzgebungsverfahren ausschließt. Eine Klage Spaniens beim Gerichtshof gegen die Ermächtigung zu einem Verfahren der verstärkten Zusammenarbeit konnte das Vorhaben jedoch nicht blockieren.⁹ Zwischen 2011 und 2012 gelang es, die Gesetzgebungsakte auszuarbeiten und in politischen Verhandlungen zahlreiche kontroverse Fragen im Zusammenhang mit dem Patentgerichtssystem zu lösen. Nach dem gefundenen politischen Kompromiss errichten die EU-Mitgliedstaaten ein gemeinsames Gericht, das eingebettet ist in die Rechtsordnung der EU und Drittstaaten nicht offensteht. Das Gericht hat EU-Recht in seiner Gesamtheit anzuwenden und dessen Vorrang zu beachten. Der EuGH wird keine übergeordnete Rechtsinstanz, das Gericht hat jedoch die Möglichkeit, eine Vorabentscheidung beim EuGH zu beantragen.¹⁰

Inkrafttreten und territorialer Geltungsbereich

Von den EU-Mitgliedstaaten haben 25 das EPGÜ unterzeichnet, d. h. alle bis auf Spanien, Polen und das 2013 neu in die EU aufgenommene Kroatien. Spanien lehnt das neue Patentsystem wegen des Sprachenstreits nach wie vor ab und hat 2013 zwei weitere Klagen beim EuGH eingereicht, mit welcher die EPV und die Übersetzungsverordnung angegriffen werden.¹¹ Dieses Verfahren wird von Kritikern des Einheitspatentsystems von wissenschaftlicher Seite unterstützt.¹² Auch Polen hat das Übereinkommen, entgegen der Ankündigung in den Regierungsverhandlungen, nicht unterzeichnet. Polen ist der Ansicht, dass durch das EPGÜ vornehmlich ausländische Patentinhaber begünstigt werden, für die Patentschutz in Polen bisher selten zur Verfügung steht. Italien hat zwar nicht an der Schaffung des Einheitspatents mitgewirkt, jedoch das EPGÜ unterzeichnet. Sollte das EPGÜ ratifiziert werden, gilt das Einheitspatentgerichtssystem daher auch in Italien.

Die Einheitspatent- und die Übersetzungsverordnung sind bereits am 20. Januar 2013 formell in Kraft getreten. Das bedeutet jedoch nicht, dass Einheitspatente bereits jetzt angemeldet werden könnten. Die Verordnungen werden vielmehr erst dann anwendbar, wenn das EPGÜ in Kraft tritt. Das EPGÜ wird in Kraft treten vier Mona-

te, nachdem es durch 13 Mitgliedstaaten, darunter zwingend Deutschland, Frankreich und das Vereinigte Königreich, ratifiziert worden ist (Art. 89). Es gilt zunächst in diesen 13 Mitgliedstaaten und erst nach erfolgter Ratifikation sukzessive auch in den anderen teilnehmenden Mitgliedstaaten. Für die Ratifizierung in den Mitgliedstaaten ist jeweils ein nationales Gesetzgebungsverfahren erforderlich (mit Ausnahme Tschechiens), welches bisher in sieben Mitgliedstaaten durchgeführt worden ist. Ratifiziert haben Österreich, Schweden, Dänemark, Frankreich, Malta, Belgien und Luxemburg.¹³

Tatsächlich laufen die Vorbereitungen für den Start des Einheitspatentsystems bereits auf Hochtouren. Derzeit werden durch das Europäische Patentamt, durch den Vorbereitungsausschuss und durch die teilnehmenden Mitgliedstaaten die Voraussetzungen dafür geschaffen, dass ab dem Tag des Inkrafttretens des EPGÜ Einheitspatente angemeldet werden können und das Einheitliche Patentgericht seine Arbeit aufnimmt. Das Europäische Patentamt schafft derzeit die administrativen Grundlagen für die Registrierung und entwirft eine Gebührenordnung. Eine Strukturreform soll zudem dazu führen, dass die Beschwerdekammern aus der Organisationsstruktur des Amts herausgelöst werden und wie ein unabhängiges Gericht operieren.¹⁴ Mit der Errichtung des Einheitlichen Patentgerichts ist der Vorbereitungsausschuss beauftragt. Dieser Ausschuss hat Arbeitsgruppen gebildet, die sich mit den Themen Rechtlicher Rahmen, Finanzen, IT, Gebäude und Personal beschäftigen. Ein sog. Fahrplan enthält Meilensteine und ein Zieldatum, bis zu welchem die notwendigen Vorbereitungsarbeiten abgeschlossen sein sollen¹⁵ - gegenwärtig ist dies Ende 2015. Eine wesentliche Aufgabe des Vorbereitungsausschusses ist die Ausarbeitung eines detaillierten Verfahrensrechts für das Einheitliche Patentgericht, der Verfahrensordnung (kurz VerFO). Nach umfangreichen Konsultationen der interessierten Kreise liegt hierzu gegenwärtig der 17. Entwurf vor. Der 18. und vermutlich letzte Entwurf ist für Mai 2015 angekündigt. Nach Annahme durch den Verwaltungsausschuss (Art. 41 Abs. 2 S. 1) wird eine eigenständige europäische Zivilprozessordnung vorliegen. Für weitere Rechtssetzungsakte liegen noch keine Entwürfe vor, insbesondere nicht zu den Gerichtsgebühren und den zu erstattenden Kosten, die für die Attraktivität des Einheitlichen Patentgerichts von großer Bedeutung sein werden. Ein Ausbildungszentrum für Richter Kandidaten in Budapest hat bereits

⁹ EuGH vom 16.04.2013, Rs. C-274/11 und C-295/11, ABl EU 2013, Nr. C 164, 3–4 = NJW 2013, 2009.

¹⁰ Die Rolle des EuGH im Einheitspatentsystem ist umstritten, vgl. *Hüttermann/Kupka*, Zur Rolle des Europäischen Gerichtshofs beim zukünftigen Einheitspatent, Mitt. d. dt. Patanw. 2015, 6.

¹¹ EuGH Rs. C-146/13 und C-147/13. Der Generalanwalt hat am 18.11.2014 seine Schlussanträge gestellt und sich für die Abweisung der Klagen ausgesprochen, Mitt. d. dt. Patanw. 2015, 18; Presseerklärung 152/14, abrufbar unter <http://curia.europa.eu>.

¹² Sog. Professorenpapier „The Union cannot be stripped by its powers by the Member States: The dangerous precedent of the patent package.“ in englischer und französischer Sprache, abrufbar unter: <https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbm9jdGJjYXNlc3xneDo1OGE3NWUxYzRhNjE2MwQz>.

¹³ Stand 1.05.2015. Einen aktuellen Überblick gibt die Website der Europäischen Kommission unter: http://ec.europa.eu/growth/industry/intellectual-property/industrial-property/patent/ratification/index_de.htm.

¹⁴ Orientierungspapier des Präsidenten des Europäischen Patentamts. Eine Zusammenfassung ist abrufbar unter: http://www.epo.org/about-us/organisation/communiqués_de.html.

¹⁵ Vorbereitungsausschuss, Fahrplan vom September 2014, abrufbar unter <http://www.unified-patent-court.org>.

erste Schulungen durchgeführt. In den Mitgliedstaaten wird parallel an den Gesetzgebungsverfahren gearbeitet, mit welchen das EPGÜ in nationales Recht umgesetzt werden soll. Darüber hinaus müssen die Mitgliedstaaten Gebäude und Personal für die Unterbringung von Kammern des Einheitlichen Patentgerichts bereitstellen und die Kosten hierfür tragen. Das deutsche Gesetzgebungsverfahren befindet sich noch in einem frühen Stadium. Deutschland weist die erforderliche Mindestzahl von Patentstreiten auf, um bis zu vier Lokalkammern zu bilden. Hiervon wird Deutschland Gebrauch machen und hat als Standorte Hamburg, Düsseldorf, Mannheim und München vorgesehen.¹⁶

Das Einheitspatent

Im Gegensatz zu herkömmlichen europäischen Patenten schafft das Einheitspatent ein Schutzrecht, das nach der Erteilung in allen teilnehmenden Mitgliedstaaten in gleichem Umfang Gültigkeit hat. Es ermöglicht dem Inhaber, verletzende Handlungen durch Dritte in allen teilnehmenden Mitgliedstaaten einheitlich zu unterbinden (Art. 3 Abs. 1 EPV). Aufgrund dieser einheitlichen Wirkung kann ein Einheitspatent nur im Hinblick auf alle teilnehmenden Mitgliedstaaten beschränkt, übertragen, für nichtig erklärt werden oder erlöschen (Art. 3 Abs. 2 EPV). Auch die Erschöpfung der Rechte aus dem Einheitspatent erfolgt einheitlich: Der Inhaber eines Einheitspatents kann seine Rechte aus dem Patent gegen Erzeugnisse, die von ihm oder mit seiner Zustimmung in der Europäischen Union in Verkehr gebracht wurden, in keinem der teilnehmenden Mitgliedstaaten mehr geltend machen.

Das Einheitspatent ist ein europäisches Patent und wird durch das Europäische Patentamt auf der Grundlage des EPÜ erteilt. Das Erteilungsverfahren ist daher dasselbe wie für andere europäische Patente: Der Anmelder muss ein europäisches Patent für alle am Einheitspatent teilnehmenden Mitgliedstaaten mit identischen Ansprüchen anmelden. Wird das europäische Patent unverändert erteilt, kann der Inhaber anschließend einen Antrag auf Eintragung der einheitlichen Wirkung des Patents in dem vom Europäischen Patentamt geführten Register für den einheitlichen Patentschutz stellen.¹⁷ Wirksam wird das Einheitspatent in den teilnehmenden Mitgliedstaaten am Tag des Hinweises auf die Patenterteilung im Europäischen Amtsblatt durch das Europäische Patentamt (Art. 5 Abs. 1 EPV). Da die Möglichkeit besteht, dass auch zu einem späteren Zeitpunkt weitere Staaten das EPGÜ unterzeichnen, wird die Öffentlichkeit die Möglichkeit haben, Bestehen und territoriale Geltung

¹⁶ Presseerklärung des Ministers für Justiz und Verbraucherschutz vom 18.03.2014.

¹⁷ Luginbühl, GRUR 2013, Das Europäische Patent mit einheitlicher Wirkung (Einheitspatent), 305 (307 f).

im „Register für den einheitlichen Patentschutz“, das das Europäische Patentamt führen wird, einzusehen¹⁸. Wird der Antrag auf Eintragung der einheitlichen Wirkung des Patents nicht gestellt, bleibt es beim europäischen Patent.

Wenn das Einheitspatent in einer der Amtssprachen des Europäischen Patentamts (Deutsch, Englisch, Französisch) mit Übersetzung der Ansprüche in die beiden anderen Amtssprachen veröffentlicht wird, müssen für die Gültigkeit des Einheitspatents in den teilnehmenden Mitgliedstaaten keine weiteren Übersetzungen eingereicht werden. Während einer Übergangszeit, die spätestens zwölf Jahre nach Geltungsbeginn der Übersetzungsverordnung endet, muss bei deutschen und französischen Patentanmeldungen jedoch zusätzlich eine komplette englische Übersetzung, bei englischen Patentanmeldungen eine deutsche oder französische Übersetzung eingereicht werden.

Das Einheitliche Patentgericht

Das Einheitliche Patentgericht umfasst ein Gericht erster Instanz, ein Berufungsgericht und eine Kanzlei. Das Gericht erster Instanz besteht aus einer Zentralkammer (mit Sitz in Paris und zwei Außenstellen in London und München), Lokalkammern und Regionalkammern, die von mehreren Mitgliedstaaten gebildet werden. Jeder Vertragsmitgliedstaat kann wenigstens eine Lokalkammer bilden, sich mit anderen Mitgliedstaaten zur Bildung einer Regionalkammer zusammenschließen (eine entsprechende Ankündigung gibt es bislang nur für eine Regionalkammer von Schweden, Estland, Lettland und Litauen) oder auf eine eigene Kammer verzichten (Art. 6f.).

Lokalkammern und Regionalkammern werden zuständig sein für Verletzungsklagen, sofern der Beklagte seinen Sitz in dem Mitgliedstaat hat oder ein deliktischer Gerichtsstand gegeben ist. Die Lokalkammer ist auch für Nichtigkeitswiderklagen und Nichtigkeitsklagen zuständig, wenn bereits ein Verletzungsverfahren anhängig ist. Bei einer Regionalkammer kann der Beklagte allerdings die Verweisung an die Zentralkammer verlangen, wenn die Verletzung im Gebiet von mindestens drei Regionalkammern erfolgt - eine Ausnahme, die nicht für Lokalkammern gilt und auch für Regionalkammern nur zum Zuge kommen wird, wenn tatsächlich mindestens drei Regionalkammern gebildet werden. Die Zentralkammer schließlich ist zuständig für isolierte Nichtigkeitsklagen, negative Feststellungsklagen und im Falle der Verweisung einer Nichtigkeitswiderklage aufgrund einer Ermessensentscheidung der Lokalkammer (Art. 33). Die verschiedenen Kammern des Einheitlichen Patentgerichts werden multinational zusammengesetzt

¹⁸ Luginbühl, GRUR 2013, 305 (308).

sein. Eine Lokalkammer ist mit drei rechtlich qualifizierten Richtern besetzt, von denen grundsätzlich nur einer ein Staatsangehöriger des betreffenden Mitgliedsstaats ist. In Deutschland werden zwei der drei rechtlich qualifizierten Richter einer Lokalkammer aus Deutschland stammen. Ein technisch qualifizierter Richter kann auf Antrag und nach Ermessen des Gerichts hinzugezogen werden (Art. 8 Abs. 5).

Verfahrenssprache vor einer Lokalkammer ist die Amtssprache des Vertragsmitgliedstaats und gegebenenfalls eine für diese Lokalkammer bestimmte Amtssprache des Europäischen Patentamts, voraussichtlich also Englisch (Art. 49 Abs. 1 und 2). Für Verfahren vor Regionalkammern wird eine Sprache bestimmt. Zwischen der Amtssprache und der bestimmten Sprache hat der Kläger ein Wahlrecht (Regel 14.2 VerfO). Mehrere Mitgliedsländer haben bereits die Bestimmung von Verfahrenssprachen für die in ihrem Land einzurichtenden Lokal- oder Regionalkammern angekündigt: So wird die Verfahrenssprache der schwedisch-baltischen Regionalkammer englisch sein. Belgien und Dänemark werden als Verfahrenssprachen ihre Landessprachen und englisch anbieten. Auch bei deutschen Lokalkammern wird es sehr wahrscheinlich Verfahren in englischer Sprache geben. Sofern Englisch zugelassen ist, kann der Kläger also zwischen Deutsch und Englisch wählen. Möglich ist es daneben, dass die Sprache des Patents Verfahrenssprache wird, entweder aufgrund Vereinbarung der Parteien oder durch Beschluss des Präsidenten des Gerichts erster Instanz. Vor der Zentralkammer ist die Verfahrenssprache stets die Sprache, in der das Patent erteilt wurde.

Das Patentstreitverfahren

Dem Patentinhaber wird durch das EPGÜ die Möglichkeit eröffnet, gegen verletzende Handlungen beim Einheitlichen Patentgericht in einem einheitlichen Verfahren vorzugehen. Das EPGÜ sieht einen Katalog von Verfahrensarten (Art. 32) vor, neben der Patentverletzungsklage auch eine Klage auf Erlass von einstweiligen Maßnahmen, Sicherungsmaßnahmen und einstweiligen Verfügungen sowie eine Klage auf Schadensersatz oder Entschädigung. Es besteht daneben die Möglichkeit, ein Mediations- und Schiedsverfahren durchzuführen (Art. 35). Auch dem Verletzer werden durch das EPGÜ verschiedene Klagemöglichkeiten eröffnet. Wenn ein Verletzungsverfahren nicht anhängig ist, kann der Verletzer eine Klage auf Nichtigerklärung des Patents (Nichtigkeitsklage) erheben - auch wenn noch ein Einspruchsverfahren beim Europäischen Patentamt anhängig ist - oder die Feststellung der Nichtverletzung beantragen (Art. 32 b) und d)). Im Rahmen eines Verletzungsverfahrens kann der Verletzer Nichtigkeitswiderklage oder isolierte Nichtigkeitsklage erheben. Zuständig ist die Lokal- oder Regionalkammer, bei welchem bereits das Ver-

letzungsverfahren anhängig ist (Art 33 Abs. 4). Die Lokal- oder Regionalkammer darf über den Rechtsbestand des Patents selbst entscheiden. Dies ist eine grundsätzliche Abweichung vom nationalen deutschen Patentrecht, welches zwischen Verletzungs- und Rechtsbeständigkeitsfragen trennt: Die Prüfung des Rechtsbestands eines Patents obliegt in Deutschland dem Bundespatentgericht bzw. im Einspruchsverfahren dem Europäischen Patentamt. Der Verletzer kann im Verletzungsverfahren lediglich beantragen, den Rechtsstreit nach § 148 ZPO im Hinblick auf das anhängige Nichtigkeitsverfahren auszusetzen. Nach ständiger Rechtsprechung haben die Gerichte insoweit Zurückhaltung zu üben und nur bei hoher Erfolgswahrscheinlichkeit auszusetzen.¹⁹

Voraussetzung für eine erfolgreiche gerichtliche Durchsetzung des Patents beim Einheitlichen Patentgericht ist zunächst ein materiell-rechtlicher Anspruch des Patentinhabers. Das materielle Patentrecht ist nicht in der Einheitspatent-Verordnung geregelt. Vielmehr verweist die Verordnung auf die Rechtsvorschriften, die in dem teilnehmenden Mitgliedstaat gelten, dessen nationales Recht auf das Einheitspatent anwendbar ist (Art. 5 Abs. 3 EPV). Diese Rechtsvorschriften sind diejenigen des in nationales Recht transformierten EPGÜ. Der Patentinhaber kann jedem Dritten unter anderem verbieten, ohne seine Zustimmung Erzeugnisse, die Gegenstand des Patents sind, herzustellen, anzubieten oder in Verkehr zu bringen oder ein Verfahren, das Gegenstand des Patents ist, anzuwenden (Art. 25). Der Patentinhaber kann auch die mittelbare Benutzung der Erfindung verbieten (Art. 26). Hierzu gibt es verschiedene Verbotsausnahmen (Art. 27). Die Formulierungen stimmen mit den nationalen Patentgesetzen weitgehend überein. Das ändert jedoch nichts daran, dass sie autonom ausgelegt werden müssen und nationale Rechtsprechung hierfür nicht unmittelbar herangezogen werden darf.²⁰

Die Rechtsfolgen einer festgestellten Patentverletzung sind nicht ausdrücklich geregelt. Das EPGÜ enthält stattdessen Befugnisse zu gerichtlichen Anordnungen (Art. 56 ff.).²¹ Das Einheitliche Patentgericht kann

¹⁹ Kühnen, Handbuch der Patentverletzung, 7. Aufl. 2014, Rn. 1844; Busse, PatG, 7. Aufl. 2013, § 140 Rn. 9; Mes, PatG, 3. Aufl. 2011, § 139 Rn. 322 f.; Voß, in Fitzner/Lutz/Bodewig, PatG, 4. Aufl. 2012, Vor §§ 139 ff. Rn. 165.

²⁰ Eck, Europäisches Einheitspatent und Einheitspatentgericht – ein Grund zum Feiern?, GRUR Int. 2014, 114; anders Haedicke, Rechtsfindung, Rechtsfortbildung und Rechtskontrolle im Einheitlichen Patentsystem, GRUR Int. 2013, 609 (614), der eine Beachtung der Rechtsprechung in Deutschland und den anderen EU-Mitgliedstaaten fordert.

²¹ Nach deutscher Vorstellung handelt es sich insoweit um materiell-rechtliche Ansprüche. Teilweise werden diese aus Art. 25 f. selbst hergeleitet, insbesondere der Unterlassungsanspruch, Schröder, Einheitspatentgericht – Überlegungen zum Forum-Shopping im Rahmen der alternativen Zuständigkeit nach Art. 83 Absatz 1 EPGÜ, GRUR Int. 2013, 1102 (1108); teilweise werden die Art. 63, 64, 67, 68, 72 nicht als Ausdruck richterlicher Gestaltungsmacht angesehen, sondern als Ausformungen der aus dem Patent folgenden Ansprüche, Nieder, Ma-

eine Unterlassungsverfügung erlassen (Art. 63). Anders als nach deutschem Patentgesetz, welches in § 139 den Unterlassungsanspruch als zwingende Rechtsfolge vorsieht, wird dem Gericht (pflichtgemäßes) Ermessen eingeräumt. Dies entspricht einer verbreiteten Forderung der Industrie, welche erhebliches Missbrauchspotenzial darin sieht, dass der Vertrieb eines (Hochtechnologie-) Produkts, zum Beispiel eines Smartphones, auch dann untersagt werden kann, wenn das Klagepatent nur eines von Tausenden anderen Patenten darstellt, die das Produkt verwirklicht, oder wenn das Patent nur ein Bauteil betrifft, das selbst nur einen geringen Wert hat. Das Gericht kann daneben den Rückruf der Erzeugnisse aus den Vertriebswegen, die Beseitigung der verletzenden Eigenschaft des Erzeugnisses, die endgültige Entfernung der Erzeugnisse aus den Vertriebswegen, die Vernichtung der Erzeugnisse und der betreffenden Materialien und Geräte sowie Auskunftserteilung und Schadenersatzleistung anordnen (Art. 64, 67f.).

Das Verletzungsfahren, das in Art. 52–54 EPGÜ in Grundzügen geregelt sowie in der Verfahrensordnung im Einzelnen ausgeformt sein wird, unterscheidet sich teilweise deutlich vom deutschen Zivilprozessrecht. Es umfasst ein schriftliches Verfahren, ein Zwischenverfahren und ein mündliches Verfahren (Art. 52). Während das schriftliche Verfahren mit dem Austausch von Klageschrift, Klageerwiderung, Replik und Duplik dem schriftlichen Vorverfahren gemäß § 276 ZPO ähnelt, wird das Zwischenverfahren einen dem deutschen Zivilprozessrecht unbekanntem eigenen Abschnitt bilden (Regel 101–110 VerFO). Im Zwischenverfahren bereitet ein Richter der Kammer, der Berichterstatter, die mündliche Verhandlung vor, indem er um schriftsätzliche Klärstellungen und Beantwortung spezifischer Fragen bittet oder zur Vorlage von Beweisen oder weiteren Dokumenten auffordert. Er prüft im Rahmen einer Zwischenanhörung, die als Telefon- oder Videokonferenz stattfindet, zusammen mit den Parteien insbesondere die Möglichkeit eines Vergleichs, auch im Wege der Mediation. Das Zwischenverfahren endet, nachdem der Berichterstatter das Verfahren soweit befördert hat, dass es in einem umfassenden Termin zur mündlichen Verhandlung, dem mündlichen Verfahren, abgeschlossen werden kann (Regel 110 VerFO). Im Rahmen des mündlichen Verfahrens erhalten die Parteien Gelegenheit zur Darlegung ihrer Argumente; es können Zeugen und Sachverständige gehört werden. Das mündliche Verfahren soll an einem Tag abgeschlossen werden (Regel 113 VerFO).

Die Entscheidungen und Anordnungen des Einheitlichen Patentgerichts sind in allen teilnehmenden Mitgliedstaaten vollstreckbar (Art. 82). Das Vollstreckungs-

verfahren unterliegt dabei dem Recht des Mitgliedstaates, in dem die Vollstreckung erfolgt. Bei einem Verstoß gegen eine Unterlassungsverfügung in Deutschland wird der Gläubiger daher ein Ordnungsmittelverfahren nach § 890 ZPO einleiten können.

Wahlmöglichkeit und Opt-out in der Übergangszeit

Die Zuständigkeit des Einheitlichen Patentgerichts umfasst auch die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des EPGÜ bestehenden und angemeldeten europäischen Patente sowie ergänzende Schutzzertifikate für Produkte, die durch europäische Patente geschützt sind. Es gibt jedoch eine Übergangszeit von zunächst sieben Jahren, während der Klagen wegen Verletzung und Nichtigerklärung eines europäischen Patents weiterhin auch bei nationalen Gerichten eingereicht werden können (Art. 83 Abs. 1). Aufgrund der parallelen Zuständigkeit besteht ein Wahlrecht des Klägers. Dies lässt Raum für taktische Überlegungen: Die Wahl des Gerichts entscheidet zugleich auch über das anzuwendende Prozessrecht sowie über das auf den Fall anzuwendende materielle Patentrecht.

Allerdings kann der Inhaber eines europäischen Patents die Zuständigkeit des Einheitlichen Patentgerichts durch eine Ausnahmeerklärung ausschließen („Opt-out“), sofern nicht bereits ein Rechtsstreit beim Einheitlichen Patentgericht anhängig ist (Art. 83 Abs. 3). Der Ausschluss wird erst mit der Eintragung in das Register des Einheitlichen Patentgerichts wirksam. Hierfür ist eine Gebühr zu zahlen, deren Höhe noch nicht feststeht. Gegenwärtig ist noch unklar und Gegenstand kontroverser Auseinandersetzungen, ob die Gebühr eine abschreckende Höhe haben wird, um von Beginn an möglichst viele Patente im Einheitspatentsystem zu haben, oder doch nur die Verwaltungskosten abdecken soll. Die Ausnahmeerklärung kann widerrufen werden - allerdings nur, wenn nicht bereits eine Klage vor einem nationalen Gericht anhängig ist (Art. 83 Abs. 4). In diesem Fall bleibt der Weg zum Einheitlichen Patentgericht auch später versperrt (Regel 5.9 VerFO). Entsprechend ist ein Opt-out auch versperrt, wenn einmal eine Klage beim Einheitlichen Patentgericht anhängig war, auch wenn das Verfahren beendet ist (Regel 5.7 VerFO). Das Patent kann in diesem Fall nur noch beim Einheitlichen Patentgericht prozessiert werden. Vermieden werden soll damit, dass der Patentinhaber im jeweils anderen Gerichtssystem versucht, eine für ihn günstigere Entscheidung zu erwirken, sodass die Gefahr sich widersprechender Entscheidungen entsteht. Für einen Patentinhaber, der beabsichtigt, das Einheitspatentgerichtssystem zunächst zu meiden und erst später dort zu prozessieren, kann dies zur Falle werden.

terielles Verletzungsrecht für europäische Bündelpatente in nationalen Verfahren nach Art. 83 EPGÜ, GRUR 2014, 627 (633).

Die Regelung zur Übergangszeit in Art. 83 wirft allerdings eine Fülle von Fragen auf, die gegenwärtig für Unsicherheit sorgen. Umstritten ist insbesondere, ob mit einem Opt-out die Anwendbarkeit des EPGÜ insgesamt ausgeschlossen wird. Mehrere Autoren vertreten, dass mit dem Opt-out nur die ausschließliche Zuständigkeit ausgeschlossen wird, nicht jedoch das Verfahrens- und materielle Recht.²² Wäre dies richtig, hätten auch die nationalen Gerichte auf europäische Patente das EPGÜ anzuwenden. Der Vorbereitungsausschuss hat bereits 2014 zu dieser Frage einen Auslegungshinweis veröffentlicht.²³ Darin vertritt er die Ansicht, dass die nationalen Gerichte das EPGÜ nicht anzuwenden haben, weil dies dem Sinn der Übergangsregelung, Inhabern europäischer Patente Vertrauensschutz zu gewähren, widerspricht. Bindend ist diese Rechtsansicht jedoch nicht. Es sind gerade die nationalen Gerichte, die darüber befinden müssen, ob sie das EPGÜ anzuwenden haben. Hierfür spräche immerhin, dass bei Anwendung des EPGÜ das anzuwendende Recht nicht auseinanderfallen kann je nachdem, bei welchem Gericht Klage erhoben wird.

Systemvergleich: Nationale oder einheitliche Durchsetzung?

Jeder Patentinhaber und -anmelder ist gehalten, die Vor- und Nachteile des neuen Patentsystems zu bedenken und zu entscheiden, ob zukünftig Einheitspatentschutz beantragt wird. Damit hängt auch zusammen, ob Patente zukünftig vor dem Einheitlichen Patentgericht statt vor nationalen Gerichten durchgesetzt werden. Unmittelbar bei Inkrafttreten des EPGÜ sollte schließlich jeder Patentinhaber entscheiden, ob für bestehende europäische Patente und Patentanmeldungen ein Opt-out ausgeübt werden sollte und, wenn ja, ob für das gesamte Portfolio oder im Rahmen einer strategischen Portfolio-Pflege nur für bestimmte, besonders wertvolle Patente. Hierbei gibt es für Patentinhaber eine Fülle von Gesichtspunkten zu beachten.

Der Vorteil des Einheitspatentsystems besteht darin, dass eine Unterlassungsverfügung mit einheitlicher Wirkung für alle teilnehmenden Mitgliedstaaten erwirkt werden kann, also auch in Ländern, in denen effektiver Rechtsschutz bislang kaum erlangt werden konnte. Deutsche Patentinhaber können eine Verletzungsklage in Deutschland vor einer überwiegend mit erfahrenen heimischen Richtern besetzten Lokalkammer mit Deutsch als Verfahrenssprache erheben. Eine Verweisung an die Zentralkammer und damit ein Wechsel

der Verfahrenssprache ist ausgeschlossen. In demselben Rechtsstreit kann zugleich über Nichtigkeitsangriffe gegen das Patent entschieden werden. Daran können auch deutsche Patentinhaber ein Interesse haben, für die diese Möglichkeit nach deutschem Patentrecht nicht besteht. Vorteilhaft erscheint zudem die vorgesehene zügige Durchführung des Verfahrens, welches in erster Instanz möglichst innerhalb eines Jahres abgeschlossen sein soll. Das ist kurz, insbesondere wenn man sich die gegenwärtige Dauer von Nichtigkeitsverfahren beim Bundespatentgericht von bis zu drei Jahren vergegenwärtigt.

Nachteilig wirkt sich die gegenwärtige Unsicherheit in Bezug auf die Qualität und Vorhersehbarkeit der Entscheidungen des Einheitlichen Patentgerichts aus. Sowohl das Verfahrensrecht als auch das materielle Recht sind völlig neu. Auf Rechtsprechung kann nicht zurückgegriffen werden. Für die Qualität der Urteile wird es daher auf die Qualifikation der Richter ankommen. Das EPGÜ verlangt, dass die Richter „Gewähr für höchste fachliche Qualifikation bieten und über nachgewiesene Erfahrung auf dem Gebiet der Patentstreitigkeiten verfügen“ (Art. 15 Abs. 1 S. 2). Bislang werden allerdings der größte Teil der Patentverletzungsrechtsstreite in Europa vor deutschen Gerichten geführt.²⁴ Auf der anderen Seite gibt es sieben EPGÜ-Vertragsmitgliedstaaten, in denen es gegenwärtig überhaupt keine Patentverletzungsfälle gibt, in sechs weiteren gibt es höchstens einen erfahrenen Richter. Dennoch werden alle Vertragsmitgliedstaaten Richter stellen. Aufgrund der zwingenden multinationalen Zusammensetzung jeder Kammer sowie mehrerer möglicher Verfahrenssprachen werden zudem Sprachprobleme entstehen. Das mag auch deutsche Lokalkammern betreffen, wenn für sie Englisch als wählbare Verfahrenssprache zugelassen wird. Dem Problem der Richterqualifikation soll insbesondere durch Schulungen begegnet werden. Auf die Qualität der Urteile könnte sich auch auswirken, dass voraussichtlich eine Vielzahl von Lokalkammern gebildet wird. Nach der erwarteten Anzahl von Fällen werden einzelne Kammern wenig Expertise und Spezialisierung aufbauen. Schließlich setzen auch die Verfahrensordnung und die vorgesehene Verfahrensdauer Grenzen. Selbst erfahrene Richter werden nicht Urteile abfassen können, die den ausführlich begründeten Urteilen deutscher oder englischer Gerichte gleichkommen.

²⁴ In Europa gab es im Jahr 2011 ca. 2000 Verletzungsklagen, davon 1.250 (also mehr als 60%) vor deutschen Gerichten. 60% der Patentrechtsstreite werden von nicht-deutschen Unternehmen geführt. Hierzu: Kühnen/Claessen, Die Durchsetzung von Patenten in der EU – Standortbestimmung vor Einführung des Europäischen Patentgerichts, GRUR 2013, 592 (593); zu älteren Zahlen von 2007 Ann, Verletzungsgerichtsbarkeit – zentral für jedes Patentsystem und doch häufig unterschätzt. GRUR 2009, 205 (205); die Verteilung auf deutsche Gerichte analysieren Köllner/Weber, Rumor has it, Mitt. d. dt. Pat. anw. 2014, 429 (433).

²² Tilmann, The Transitional Period of the UPCA, Mitt. d. dt. Pat. anw. 2014, 58 (61); Nieder, GRUR 2014, 627 ff., 955 f.; Nieder, Zulassung nationaler Torpedos durch Artikel 83 EPGÜ?, Mitt. d. dt. Pat. anw. 2015, 97 (99); Eck, GRUR Int. 2014, 114 (119); Schröder, GRUR Int. 2013, 1102 (1108).

²³ Interpretative note - Consequences of the application of Article 83 UPCA, abrufbar unter: <http://www.unified-patent-court.org/news/>.

Ein systembedingter Nachteil ist, dass Patente, die der Zuständigkeit des Einheitlichen Patentgerichts unterliegen, einem größeren Risiko einer zentralen Vernichtung ausgesetzt sind, wohingegen es im Falle von nationalen Patenten zu abweichenden gerichtlichen Entscheidungen in verschiedenen Mitgliedstaaten kommen kann. Nichtigkeitsklagen und negative Feststellungsklagen werden zudem bei der Zentralkammer - also in den meisten Fällen im Ausland - geführt werden müssen, und zwar in der Verfahrenssprache des Patents, die häufig nicht Deutsch ist. Für die Attraktivität des Einheitlichen Patentgerichts wird es schließlich auch auf die Höhe der Kosten eines Patentverletzungsprozesses ankommen.

Über die Höhe der Gerichtsgebühren ist noch nicht entschieden. Höher zu Buche schlagen dürften die Anwaltskosten und sonstigen Aufwendungen, insbesondere wenn ein Rechtsstreit bei der Zentralkammer geführt werden muss - beispielsweise am Gerichtsstand London. Insgesamt ist davon auszugehen, dass die Prozesskosten beim Einheitlichen Patentgericht höher liegen als bei einem nationalen Gericht - allerdings weniger hoch, als wenn in mehreren Mitgliedstaaten geklagt werden müsste. Dass die Kosten für Patentschutz in Europa deutlich gesenkt werden können und dass das neue Patentsystem für die viel beschworenen kleinen und mittelständischen Unternehmen attraktiv ist, kann bezweifelt werden.

Ulrich Karpen*

Legislation Plan to Strengthen Local Finance

Die Auswirkungen der Finanzkrise seit 2008 und die chronische Unterfinanzierung der öffentlichen Haushalte werden für die Bürger sichtbar. Straßen, Brücken, Schulen, Hochschulen werden nicht ordentlich unterhalten, die Sozialhaushalte explodieren. Die Finanzierungsengpässe zeigen sich in Bundes-, Landes- und Kommunalhaushalten. Auf der Gemeindeebene sind sie aber besonders fatal. Denn die Bürger bewerten „gute“ oder eben „schlechte“ Politik vor allem aus der Sicht ihrer täglichen Umwelt, und das ist die Gemeinde- oder Stadtverwaltung. Sie messen Politik an den Maßstäben Leistungsfähigkeit, Partizipation, Vertrauen und finanzielle, nachhaltige Stabilität. Das gilt nicht nur für unser Land, sondern auch für andere Länder, auch auf anderen Kontinenten. Deshalb wird weltweit überlegt, wie man die verfassungs- und einfachrechtlichen Regeln so verbessern kann, dass die „untere Ebene“, eben die kommunale, finanziell gestärkt wird. Zu diesen Überlegungen hat der Verfasser auf dem diesjährigen Kongress des Internationalen Städtetages in Seoul/Südkorea beigetragen.

I. Introduction: Standards of Governance and Finances

Governments and administration on central and local levels today are put through difficult trials, namely – but not only – as far as their financial situations are concerned: sufficient revenues are endangered, demands – and hence expenditures – are increasing, treasuries are

empty. Infrastructure and energy costs are exploding, research and technology require input from private and public sources and expenses of up to 50 % of the national budget are (in developed countries) devoted to social programs, including education, health care, unemployment and beneficiary activities. Budgetary deficits and public debt are the logical consequences! This is true for all levels of government in a state, but local communities are the level where citizens are primarily aware of financial shortages and unsolved (or badly solved) problems. It is crucial, therefore, that local governments are provided with sufficient financial resources, while continuing to strive for rational, effective and efficient administration and management. Only by better organization, procedures, financial resources and excellent budgeting can local administration adjust to old and new needs and fulfil the ever-growing expectations of self-confident citizens.

Following the principles of a modern rule-of-law and social democracy, on the one hand, and the constitutional guarantee of local autonomy on the other, it is vital for the legislator to enable the communities to fulfil their tasks properly, by providing the frame for self-government and fair distribution of means. Of course, legislation has to start from basic conditions which are laid by the cultural and historical patterns of any given nation. On the other hand, the legislator, government and administration have to implement laws introducing new, rational and effective standards of governance which have been developed by international organizations or are the results of comparative studies. No legislator today will draft acts without thorough comparative re-

* Prof. Dr. iur., University of Hamburg Law School, International Association of Legislation

search. The comparative perspective widens the perspective on topics and possible problems of legislation. One of the well-known aphorisms of the psychiatrist Scott Peck suggests, “that we should share our similarities and celebrate our differences”.¹ There is no need to re-invent the wheel all over again! If we understand why and how others apply common standards differently from us, we are encouraged to compare, to assess and to learn, and we can either improve our methods – or retain our own style of governance the way it is. The national legislator should take into account worldwide standards of governance and finance which are developed by OECD² and are widely applied in the European Union.

II. How Citizens Judge their Government

Citizens mainly judge their governments by four criteria. Firstly, it is policy performance – the ability to improve the social welfare of the citizens and to deliver positive outcomes for the people. The second criterion is the democratic performance of governance, the degree to which government decision-making processes include democratic participation. (This includes access to information and “open government”.) The third criterion is trust in all parts of government, which are supposed to work for the collective interest in a medium- and long term-perspective, to ensure that future generations do not suffer from reduced and unfairly-balanced chances. A vital element of trust is integrity, which refers to the application of values, principles and norms of good government in the daily operation of the public sector. And trust requires a successful combat of corruption. The fourth and final criterion is financial stability and sustainability. The financial demands of the various levels and units of the state are potentially unlimited. It is probably the first responsibility of governance to be a “good family father”, who carefully and economically manages the funds which are entrusted to him by the taxpayers.

All in all, modern governance requires a reasonable distribution of responsibilities following the subsidiarity principle, a balance of tasks and expenses (connexity-principle), solidarity between local governments, rationality of public actions (efficacy, effectiveness and efficiency), transparency for and participation of citizens, and a reliable budget system which allows for reliable and safe planning. Let’s have a closer look at how these principles can be implemented.

Local governments dispose of two sets of instruments. The first is the so-called New Public Management (NPM), a method to improve personal management by devolving administrative responsibilities to lower institutional lev-

els and individuals, while providing them with financial flexibility. Another essential element is a well-educated and adequately-paid staff. Reasonable salaries, in particular, foster integrity and are an important tool in combatting corruption. E-administration has been introduced widely. A second set of instruments is Regulatory Impact Assessment (RIA). It requires a careful analysis of the costs, benefits and other consequences of any decision, be it on ordinances or (local) taxes.

III. Local Autonomy and the State

Good governance requires a clear division of responsibilities, tasks and powers between the local and central levels. It is the mandate of the legislature to provide for that. The regulating principle is the subsidiarity principle. This means, in general, governance bottom-up, priority for the smaller units, priority for lower levels, local administration. Consequently only affairs, which are too big, too costly and inappropriate for the autonomous units, belong to the state level. These are issues which require the same standards nation-wide and which need to maintain uniformity of implementation, notwithstanding local uniqueness and affairs concerning mutual information, coordination, cooperation and even integration. From the perspective of subsidiarity, the latter public tasks are exceptions to the general rule, that government/administration is primarily local. This is the feeling of every citizen: I live in Volksdorf, a suburb of Hamburg with about 60.0000 inhabitants, and I am also a citizen of Hamburg (2,3 Mio. inhabitants). Above this, I am a citizen of the Federal Republic of Germany, and I am a European citizen. My activities, feelings and participation follow this line of thinking, not top-down.

The scope of activities of local government consists of autonomous affairs within their jurisdiction and affairs entrusted to them by national Acts and subordinate statutes. The latter is the area of mandated and commissioned affairs. Good government, including economical, effective and efficient financing, applies instruments of NPM. NPM entails management by objectives, output oriented, no longer budget-input oriented. Quality of governance is measured against the performance of an administrative unit.

This covers

- personal management, assessing the administrator no longer according to years of service and position on the career-ladder, but according to his/her ability to adjust to new tasks, guiding quality and/or specialization;
- flexible budgets to adapt to strengths and weaknesses of a given unit;
- reduction of supervision in detail to foster self-induced creative work on each level of administration;

¹ See W. Voermans, *Styles of Legislation and their effects*, (2010) 32 *Statute Law Review* 38.

² *Government at a Glance 2009*, Paris 2009.

– the use of e-government tools as well as the dissemination of computers and other information-processing devices.

As mentioned above, namely personal management urgently requires good education, further and recurring education, training on the job and integrity. Corruption is one of the worst diseases in administrations worldwide.

RIA is a most successful instrument to control goal-oriented, effective and budget-saving governance. It is a key policy tool to provide decision-makers with detailed information about the potential effects (and side-effects) of regulatory measures on the economy, environment, social arrangements and citizens in general. Furthermore, it assesses their effects on administrative bodies and their staff. RIA looks at all potential consequences of regulation, including costs and benefits, as well as sustainability. It enables, as a preceding RIA (RIA ex ante), the evaluation of intended new regulations, and, as a consecuting RIA (RIA ex post), to assess the capacity of government agencies to implement and enforce regulations and the capacity of affected parties to comply. The latter allows for an assessment of whether regulations are functioning as expected.

IV. Stability and Sustainability of Local Finances

Financing is a means of government which is always too scarce in view of public needs and activities, and a certain degree of unjust distribution within the society: “private wealth, public poverty”. To properly administer their tasks, local communities need a solid, reliable and sustainable basis of financial resources. This is a constitutional right of local government versus the state. The income in the form of local taxes, fees, general assignments as well as ear-marked subsidies from the state must cover the expenses for activities, as commissioned by the state as well as a minimum of autonomous activities, which allow for local political decisions. Financing needs to follow the principle of connexity of tasks and financing expenditures for executing them. Connexity requires a balanced distribution of income of public budgets to state and local authorities according to their tasks. The principle of solidarity, in addition, requires a fair balance and distribution of funds between local communities. What is needed, is a minimum of vertical and horizontal equalization of financial resources. The financial basis of local government must be sound, which means it must be self-sufficient and follow a balanced ratio of receipts and expenses. Funding must follow the cause principle: “He, who orders the task, must pay the bill.” The “power of the big purse” (i.e. the state one) may be tempting for local units to tap, but certainly may also be an encroachment into the constitutionally anchored distribution of tasks.

The allocation of taxing competences as well as revenue-distribution to state and local units is an entirely national issue and usually regulated upon in the constitution. Very often state and local units share, to a given percentage, the income of property and consumption taxes. And even more often, the revenue of land and trade taxes goes to the locals (according to a local rate of assessment which allows for self-actualization between local governments). There is no constitutional guarantee for percentages of distribution and special local taxes. Generally speaking, there are three categories of local sources of finance: vertical equalization of finance between state and municipalities, local revenues, and a horizontal equalization between municipalities.

First of all, there are general allocations from the state to the municipalities, that are not bound to financing special tasks. This is the financial basis for commissioned and autonomous activities. Then there is a compensation from the state purse for additional expenses of these municipalities, for instance for administering social benefits, as regulated on by the state, or special funds for emergency expenditures.

Secondly, there is an income from local sources. It consists of local taxes, user fees, contributions, bonds, borrowing, charges and subsidies, for instance for doing clerical work for the state. Usual revenues from expenditures and local consumption belong to the municipalities as well. They are raised on local rates of assessment.

Thirdly, there are various investments for equalizing social funds in order to approximate the economic and social living conditions for all citizens. Some (larger) municipalities have greater demands because they have more tasks to fulfil in constructing and maintaining infrastructure, culture, schooling, kindergarden a.s.o. Horizontal distribution on local levels is mandated by solidarity. In realizing this principle, general allocations of state funds are taking into account not only the mere number of local citizens, but their economic and social conditions as well. In many countries we find a local collection for associations of municipalities, like counties. It is, however, not permitted to overcharge individual local units and to level down their strength for competition.

For the further development of financial contributions some amendments seem to be required:

- Local governments should be included when attempting to set a brake for public debt. The margin of public debt should be about 0,35% of the GNP (like in Germany) or at least not higher than 0,5% (as according to the European Fiscal Pact).
- The allocation of resources according to activities must be sharpened.

- The connexity principle of tasks and financing, in particular, should be implemented with social-state interferences of the state into local affairs. In many cases state acts, which regulate on social services of locals, are missing financial consequences. Autonomous activities of municipalities degenerate to administration by commission without the required financial resources being allocated.
- Similar developments can be observed with benefits regimes, which, in general, are regulated by state as far as into the details of procedures.

V. The Local Budget

The constitutional guarantee of local government includes the autonomy of the local budget. It is part of the responsibility of municipalities, and their creative freedom, to design their political profile within the financial possibilities of the state. The local budget is not so much – as the state budget is – an instrument of steering economic policy, but definitely the basis of planning local activities. The budget is local policy in numbers. General budgetary principles like clarity, accuracy, completeness, publicity, effectiveness and efficiency, rule-of-law legality, and democratic participation apply to local budgets as well. Since local budgets are part of the national finances, local authorities have to obey the brake of debt and the principles of economic equilibrium of the national economy: stability of level of prices, high employment rate, balance of import and export and adequate economic growth. Local budgets' contribution may be limited, but it has an impact.

The council enjoys the budgetary jurisdiction of the municipalities. It imposes and collects local taxes and revenues; it deliberates and confirms the budget; it approves the settlement of accounts. In the budgetarian cycle, the head of the local government implements and administers the budget. Modern budgets are “open budgets”, i.e. the administration tries to explain the budget, which is based on highly abstract comprehensive and complex data, in a manner for laymen to understand. Open budget gives information in plain language and visualises the numbers and activities. This happens online or in events where citizens are present. More and more, “citizens' budgets” are based on participation of the people as well. This new process may include three steps of participation. It starts with early and good information on the budget-draft. Secondly, citizens bring in their views, be it as “counsellors” or even “co-decision-makers”. They may bring in suggestions for new infrastructure, like road-building, public places, cultural activities or even start discussions for new activities of council and local government. Thirdly, they may require information on implementation of this participation: what has been done, what has been rejected.

NPM has developed instruments for transparent budgets. First of all, it is the product-budget. It is an enrichment of the budget in numbers by information on output – and resources-consuming details, which allows for better planning and steering of the budget. The product-budget is divided into products and performances in detail. The budget is indicating, which expenditures are provided for how many students in institutions of education or higher learning, which expenses for how many police-stations, a.s.o. The “products” of the the budget are summarized in groups of products, sectors of activities. Then the budget lists the results of budget investments. It is obvious, that this plan of products mirrors the organization of administration.

As a new tool, the product-budget offers a “double-entry bookkeeping”, which enables to present the financial status, the status of debts and the balance of the community (budget of the “Hamburg-Trust” 10 billion a year). NPM starts from decentralized and individual responsibility for running the budget. This instrument adds to traditional budgets more flexibility up to global budgets on the level of sectors of administration. And finally RIA provides transparent input-outcome-data for decision-makers and citizens.

VI. And Finally: Good Legislation for Local Finances

This analysis of local finance and budget may be summarized in three remarks:

1. In particular in “hard times” the principles of “bottom-up governance”, connexity of tasks and finance, solidarity of units of local government, rationality of governance, transparency and participation of the citizens are at stake.
2. It is the mandate of the legislator to set the frame for autonomous, vital and creative local governments and to empower them – including the provision of financial resources – to master the problems of their citizens.
3. The elements and requirements of good legislation to strengthen municipalities and local finance are convincing and clear. But solutions for the best sake of communities cannot be found by pure rationality. Dynamic changes and historical developments have to be taken into account.

As John Dickinson said on 13 August 1787 in the Constitutional Assembly of the United States of America in Philadelphia: “The life of the law has not been logic: it has been experience.”³

³ Century of Law-Making for a New Nation: U.S. Congressional Documents and Debates, 1774-1875, Farrand's Records, vol. 2 (1991), 278.

Anna-Lia Tanduo*

Klausur BGB Allgemeiner Teil/Vertragsrecht

Die Klausur behandelt schwerpunktmäßig Probleme aus dem Allgemeinen Teil des BGB. So werden anhand eines Spielervertrages die Probleme der Minderjährigkeit und der Stellvertretung abgeprüft. Darüber hinaus werden in den Abwandlungen des Falles die Anfechtung sowie die Aufrechnung zum Gegenstand der Falllösung.

Sachverhalt

Der 17jährige Deutsche Christiano Rodriguez-Maracana Schulz (C) ist ein talentierter Fußballer in seiner Schulmannschaft in Hinterwaldheim. Bei den jährlich stattfindenden Schulmeisterschaften wird er für den Drittligisten „1. FC Tottenham e. V.“ (T) entdeckt und vom Trainer Joachim („Jogi“) Bär (J), der vom Vorstand des T mit der Entdeckung und Anwerbung neuer Spielertalente betraut ist, angesprochen. Da er allerdings weiß, dass seine Eltern gegen eine Profikarriere sind, bittet er seinen volljährigen Freund Kalle Mundo (K), als sein Manager aufzutreten und den Spielervertrag für ihn abzuschließen. K wirft sich also in Schale und unterzeichnet den ihm von J vorgelegten Vertrag mit seiner eigenen Unterschrift und dem Zusatz „i.A.“.

Als der Vater des C, Günther Schulz (G), Wochen später aus der lokalen Tagespresse seines Vertrauens von dem Deal erfährt, ist er ganz erfreut und sieht seinen Sprössling schon den Torrekord von Klose einstellen. Seine Mutter, die feurige Elena Rodriguez-Maracana Schulz (E) dagegen, ist besorgt um die schulischen Leistungen des M. Beide wollen den Ambitionen des C jedoch nicht im Weg stehen und erlauben ihm schließlich das Engagement.

Aufgabenstellung

1. Ist der Vertrag zwischen C und T wirksam zustande gekommen?

Abwandlung 1

Die Eltern gehen dabei davon aus, dass der Verdienst eines Drittliga-Spielers ja auch nicht so hoch sei, dass M das harte Training zu früher Morgenstunde lange durchhalte. Als G und E erfahren, dass C mit 10.000 € im Monat nun sogar mehr verdient als beide zusammen, sind sie allerdings empört. Inzwischen hat C aber bereits seine erste Gage für einen Gebrauchtwagen von K ausgegeben, den er G zum Geburtstag schenken will.

2. Ist der Vertrag zwischen C und K wirksam zustande gekommen?

3. Angenommen, dass der Spielervertrag wirksam zustande gekommen ist: Können G und E den Spielervertrag anfechten?

Abwandlung 2:

Angenommen, der Kaufvertrag ist wirksam: K hatte bei C noch Schulden i. H. v. 150 € für ein paar goldene Sportschuhe, die er sich leisten wollte. Daher möchte C nicht den vollen Kaufpreis für den Gebrauchtwagen zahlen und erklärt K, dass die beiden „ansonsten ja wohl quitt“ sind.

4. Kann K von C Zahlung der restlichen 150 € verlangen?

Gutachten

Frage 1

A. Zustandekommen

Zwischen C und T könnte ein wirksamer Vertrag zustande gekommen sein. Ein Vertrag kommt gem. §§ 145 ff. BGB durch zwei übereinstimmende, inhaltlich aufeinander bezogene Willenserklärungen, Angebot und Annahme, zustande.

I. Angebot T

Fraglich ist, ob T ein wirksames Angebot i. S. d. § 145 BGB abgegeben hat. Ein Angebot ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, welche dem Vertragspartner die essentialia negotii so heranträgt, dass dieser nur noch zustimmen braucht.

T hätte dem C durch seinen Vorstand gem. § 26 BGB das Angebot antragen müssen. Nach § 30 BGB kann jedoch auch neben dem Vorstand ein Vertreter berufen werden.

G wurde vom Vorstand des T mit der Entdeckung und Anwerbung neuer Spieler betraut. Er hat also Vertre-

* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Klausur, die im Sommersemester 2014 zur Vorlesung BGB Allgemeiner Teil/Vertragsrecht von Prof. Dr. Peter Mankowski und Prof. Dr. Dr. h.c. Marian Paschke an der Fakultät für Rechtswissenschaften an der Universität Hamburg gestellt wurde. Die – um Lernhinweise in Fußnoten ergänzte – Bearbeitung der Autorin wurde mit „gut“ bewertet.

tungsmacht i. S. d. § 30 S. 2 BGB und kann dem C somit ein wirksames Angebot unterbreiten.¹ Daher liegt ein Angebot des T vor.

II. Annahme C

Problematisch ist allerdings, ob C das Angebot auch angenommen hat. Dafür müsste er eine wirksame Erklärung abgegeben haben, welche mit dem Angebot übereinstimmt.

1. Erklärung

C müsste eine Erklärung abgegeben haben. Persönlich hat er dies nicht getan.

a) Stellvertretung K

K könnte den C aber gem. §§ 164 ff. BGB vertreten haben, so dass dessen Erklärung unmittelbar nach § 164 I 1 BGB für und gegen den C wirkte.

Hierfür müssten die Voraussetzung einer Stellvertretung nach § 164 I BGB gegeben sein.

aa) Eigene Willenserklärung

K müsste eine eigene Willenserklärung abgegeben haben, § 164 I 1 BGB. In Abgrenzung zur Botenschaft bedeutet dies, dass er nicht lediglich den Willen des C überbringt, sondern eigenständig handelt und Entscheidungsmacht trägt.

K unterschreibt mit eigenem Namen, er gibt also eindeutig eine eigene Erklärung ab.

bb) In fremdem Namen

K hätte gem. § 164 I 1 BGB auch in fremdem Namen handeln müssen. Dieses Offenkundigkeitsprinzip schützt den Vertragspartner, da dieser wissen muss, mit wem er einen Vertrag schließt. Gem. § 164 I 2 BGB ist es hierbei nicht wichtig, ob ausdrücklich oder konkludent in fremdem Namen gehandelt wird.

K tritt als Manager des C auf und unterschreibt mit dem Zusatz „i. A.“. Damit macht er ausdrücklich deutlich, dass er im Namen des C handelt.

cc) Vertretungsmacht

K müsste nach § 164 I 1 BGB auch im Rahmen seiner Vertretungsmacht gehandelt haben. Diese kann ihm nach Gesetz oder durch Rechtsgeschäft erteilt sein. Eine Vertretungsmacht nach Gesetz liegt nicht vor.

¹ Es wird angemerkt, dass der T grundsätzlich als Vertreter des J handelt. Eine Vertretungsmacht des T ergebe sich hierbei aber eher nicht aus § 30 BGB, da eine solche in der Satzung hätte erteilt werden müssen. Stattdessen ist an eine Stellvertretung i. S. d. § 164 f. BGB zu denken.

² An dieser Stelle hätte noch problematisiert werden können, ob der C den K überhaupt wirksam bevollmächtigen konnte.

C hat den K allerdings im Innenverhältnis beauftragt, als sein Manager aufzutreten und ihm im Außenverhältnis eine Vollmacht i. S. d. § 167 I BGB erteilt, seinen Vertrag abzuschließen.

K handelte also innerhalb seiner Vertretungsmacht.²

b) Zwischenergebnis

K hat den C wirksam vertreten und dessen Erklärung kann nach § 164 I 1 BGB somit dem C zugerechnet werden.

2. Wirksamkeit

Fraglich ist allerdings, ob die Erklärung des C auch wirksam ist. Auf Grund seiner beschränkten Geschäftsfähigkeit nach §§ 106 ff. BGB ist problematisch, ob er eine solche Erklärung überhaupt abgeben konnte.

a) Einwilligung

Gem. § 107 BGB müsste bei einem nicht lediglich rechtlich vorteilhaften Geschäft eine Einwilligung der gesetzlichen Vertreter vorliegen.

Rechtlich vorteilhaft ist das Geschäft nur, wenn es lediglich eine Vermögensmehrung mit sich zieht. Vorliegend muss C aber stetig eine körperliche Leistung an den T erbringen und hat somit eine rechtliche Schuld.

Eine Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, nach §§ 1626, 1629 BGB die Eltern, müsste also vorliegen. E und G sind allerdings gegen eine Profikarriere des C. Eine Einwilligung liegt also nicht vor.

b) § 110 BGB

Gem. § 110 BGB könnte die Erklärung aber trotzdem wirksam sein, wenn der C seine Leistung mit eigenen Mitteln bewirken kann.

Vorliegend ist ihm dies aber nicht möglich, da seine sportliche Leistung dauerhaft erbracht werden muss.

Ein Bewirken mit eigenen Mitteln liegt also nicht vor.

c) Genehmigung

Es könnte aber eine Genehmigung i. S. d. § 108 I BGB vorliegen.

Diese nach § 184 BGB nachträgliche Zustimmung kann die Erklärung ex tunc wirksam werden lassen. Die Eltern des C erlauben diesem nach anfänglichen Zweifeln den geschlossenen Vertrag.

Eine Genehmigung i. S. d. § 108 I BGB liegt somit vor.

d) Zwischenergebnis

Die Erklärung des C ist wirksam.

3. Zwischenergebnis

Eine Annahme des C liegt vor.

B. Endergebnis

Zwischen T und C ist ein wirksamer Vertrag geschlossen worden.

Frage 2**A. Zustandekommen**

Zwischen K und C könnte ein Kaufvertrag gem. § 433 BGB wirksam zustande gekommen sein, wenn ein wirksames Angebot und eine Annahme gem. §§ 145 BGB vorlägen. Definitionen siehe obige Ausführungen.

I. Einigung §§ 145 ff. BGB

C und K einigen sich vorliegend über den Verkauf des Gebrauchtwagens zu 10.000 €.

II. Wirksamkeit

Diese Eintragung müsste aber auch wirksam sein. Dem könnte C's Minderjährigkeit nach §§ 106 ff. BGB entgegenstehen.

1. § 107 BGB

Eine Einwilligung zum Kauf liegt dem C nicht vor.

2. § 110 BGB

Fraglich ist, ob C den Kauf mit eigenen Mitteln i. S. d. § 110 BGB bewirkt hat.

a) Eigene Mittel

Der Preis des Autos wird durch die Gage des C gedeckt. Diese gehören zu seinen eigenen Mitteln.

b) Bewirken

Er müsste die Leistung aber auch bewirkt haben. Bewirken ist das vollständige leisten der Schuld. C bezahlt den Wagen mit seiner Gage und bewirkt somit die Leistung.

c) Zweckgebundenheit

Fraglich ist, ob C die Mittel zu diesem Zweck oder zur freien Verfügung hatte. Seine Eltern gehen davon aus, dass er weniger als 10.000 € verdiene. Sie rechnen somit nicht mit solch hohen Ausgaben ihres Sohnes. Es ist also davon auszugehen, dass sie ihm nicht zur freien Verfügung standen.

d) Zwischenergebnis

Eine Einwilligung ist aus den Voraussetzungen des § 110 BGB nicht entbehrlich.

3. § 18 I BGB

Es könnte aber eine Genehmigung der Eltern vorliegen. Vorliegend ist dies aber nicht der Fall.

4. Zwischenergebnis

Die Einigung des C und K ist unwirksam.

B. Endergebnis

Ein Kaufvertrag gem. § 433 BGB ist nicht wirksam zustande gekommen.

Frage 3

Unter Voraussetzung eines wirksamen Spielvertrages ist fraglich, ob dieser von G und E angefochten werden könnte und damit gem. § 142 I BGB ex tunc nichtig wäre.

Hierfür müsste ein Anfechtungsgrund vorliegen, dieser kausal für die Willenserklärung sein und unter Fristeinhaltung gegenüber dem Anfechtungsgegner erklärt worden sein.

A. Anfechtungsgrund

Es müsste ein Anfechtungsgrund vorliegen. Hier käme ein Inhaltsirrtum nach § 119 I Alt. 2 BGB in Betracht. Der Anfechtende ist sich in diesem Fall nicht bewusst, welche Bedeutung seine Erklärung hat.

Vorliegend wissen G und E nichts von der Gage des C und vermuten diese unter 10.000 €. Sie sind sich über die Bedeutung ihrer Genehmigung also nicht bewusst, womit ein Inhaltsirrtum vorliegt.

B. Kausalität

Der Grund müsste kausal für die Erklärung sein. Die Eltern hätten die Erklärung bei Kenntnis der Gage nicht abgegeben. Der Grund ist daher kausal.

C. Erklärung § 143 I, II BGB

Die Erklärung erfolgte gem. § 143 I, II BGB gegenüber dem Vertragspartner.

D. Frist § 121 I 1 BGB

Gemäß § 121 I 1 BGB müsste die Erklärung unverzüglich nach Aufdeckung des Irrtums erfolgen.

E. Ausschluss

Es dürfte kein Ausschlussgrund vorliegen. Es liegen aber keine ersichtlichen Ausschlussgründe, z. B. § 144 BGB, vor.

F. Endergebnis

Die Eltern des C könnten wirksam anfechten.

Frage 4

Fraglich ist, ob K von C Zahlung der restlichen 150 € aus § 433 II BGB verlangen kann.

A. Anspruch entstanden

Um den Anspruch entstehen zu lassen müsste zunächst ein wirksamer Kaufvertrag gem. § 433 BGB geschlossen worden sein. Dies ist vorliegend der Fall. Der Anspruch ist damit entstanden.

B. Anspruch untergegangen

Der Anspruch könnte aber durch Aufrechnung gem. §§ 387 ff. BGB untergegangen sein. Hierfür müssten die Voraussetzungen des § 387 BGB gegeben sein und die Aufrechnung nach § 388 BGB erklärt worden sein.

I. Schulden

Gem. § 387 BGB müssen beide Parteien sich eine Leistung schulden. C schuldet K den Kaufpreis des Autos und K dem C 150 €. Eine beiderseitige Schuld liegt vor.

II. Gleichartigkeit

Fraglich ist, ob die Schulden auch gleichartig nach § 387 BGB sind. Da C den restlichen Betrag von 9850 € gezahlt

hat, bleiben 150 € Restschuld. Diese sind gleichwertig mit K's Schuld. Gleichwertigkeit liegt somit vor.

III. Zeitpunkt

Die Aufrechnung kann dann erfolgen, wenn die Leistung gefordert und bewirkt werden kann.

Vorliegend könnte C die 150 € einfordern und K diese im Moment der Kaufpreiszahlung bewirken. Der Zeitpunkt des § 387 BGB ist somit gegeben.

IV. Erklärung

Die Aufrechnung müsste gem. § 388 S. 1 BGB gegenüber dem Vertragspartner erfolgen.

C erklärt dem K, dass er die restlichen 150 € nicht zahlen will, da sie „ansonsten ja wohl quitt“ seien. Er erklärt dem K also die Aufrechnung gem. § 388 S. 1 BGB.

V. Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen für eine wirksame Aufrechnung sind gegeben.

VI. Zwischenergebnis 2

Der Anspruch des K ist auf Grund der Aufrechnung untergegangen.

C. Endergebnis

K hat keinen Anspruch gegen C auf Zahlung der restlichen 150 € aus § 433 II BGB.

Elisabeth Thies*

Klausur Allgemeines Verwaltungsrecht

Die Klausur behandelt Probleme aus dem Allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts. Zentrales Thema der Klausur ist die Rücknahme der Vergabe einer Subvention. In

diesem Rahmen werden die Zwei-Stufen-Theorie, der Gesetzesvorbehalt und der Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung thematisiert.

* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Klausur, die im Sommersemester 2013 zur Vorlesung Allgemeines Verwaltungsrecht von Prof. Dr. Armin Hatje an der Fakultät für Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg gestellt wurde. Die – um Lernhinweise in Fußnoten ergänzte – Bearbeitung des Autors wurde mit „sehr gut“ bewertet.

Sachverhalt

Die Bundesregierung möchte eine Reduktion von Kohlendioxid (CO₂)-Emissionen in der Schifffahrt erreichen. Insbesondere die konventionellen Antriebstechnologi-

en sind ihr ein Dorn im Auge. Deshalb möchte sie die Schiffbaubranche bei der Entwicklung von innovativen und umweltschonenden Antriebstechnologien unterstützen. Hierfür sind im Haushaltsplan entsprechende Mittel vorgesehen.

Das zuständige Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) beauftragt die „Green Shipping GmbH“ (G-GmbH), in Werften verschiedener Bundesländer, Beratungen zur Entwicklung von innovativen Antriebstechnologien durchzuführen. Dafür bewilligt das BAFA der G-GmbH (formell rechtmäßig) einen einmaligen, nicht zurückzuzahlenden Zuschuss in Höhe von 50.000 Euro. In den „Förderrichtlinien – innovative Antriebstechnologien“ des Bundeswirtschaftsministeriums (BMWi), die der Bewilligung zugrunde liegen, wird unter anderem vorausgesetzt, dass die geförderten Unternehmen über praktische Beratungserfahrung verfügen. Das BAFA versagt deshalb seit Jahren Zuschüsse an Unternehmen, die keine praktische Beratungserfahrung vorweisen können. Die G-GmbH erhält jedoch den Zuschuss, obwohl sie keinerlei praktische Beratungserfahrung vorweisen kann. Sie hat sich bisher lediglich wissenschaftlich auf dem Gebiet der Entwicklung von innovativen Antriebstechnologien hervorgetan. Dieser Umstand ist im Vergabeverfahren nicht weiter aufgefallen.

Die G-GmbH hat im Vergabeverfahren unvollständige Angaben über ihre bisherige Tätigkeit gemacht, damit ihre fehlende Beratungserfahrung nicht auffiel. Nur unwesentlich später erhält das BAFA Kenntnis hiervon und hebt die Zuschussbewilligung fristgemäß unter Berufung auf den Verstoß gegen die Förderrichtlinien – in formell rechtmäßiger Weise – auf. Die G-GmbH klagt nach einem erfolglosen Widerspruch fristgerecht vor dem zuständigen Verwaltungsgericht. Sie ist der Ansicht, ein Verstoß gegen die Förderrichtlinien sei völlig unerheblich, da diese keine Außenwirkung entfalten würde. Jedenfalls aber habe sie auf den Bestand der Zuschussgewährung vertraut und die Mittel bereits fest verplant.

Aufgabenstellung

Wie wird das Gericht entscheiden? Es ist eine (hilfs-)gutachterliche Prüfung vorzunehmen.

Hinweis: Die Vereinbarkeit des Zuschusses mit Unionsrecht ist nicht zu behandeln.

Gutachten

Die Klage der G hat Aussicht auf Erfolg wenn sie zulässig und soweit sie begründet ist.

A. Zulässigkeit

Die Klage müsste zulässig sein.¹

I. Eröffnung des Verwaltungsprozessweges

1. Aufdrängende Sonderzuweisungen

Aufdrängende Sonderzuweisungen liegen nicht vor.

2. Generalklausel, § 40 I VwGO

Mangels aufdrängender Sonderzuweisungen richtet sich die Frage nach der Eröffnung des Verwaltungsprozessweges nach der Generalklausel des § 40 VwGO.

a) Öffentlich-rechtliche-Streitigkeiten

Fraglich ist, ob es sich bei der Rücknahme einer Subvention um einen öffentlich-rechtlichen-Streit handelt.

Dies ist abhängig davon, ob die streitentscheidenden Normen nach der modifizierten Subjektstheorie Sonderrecht des Staates bilden oder nicht.

Bei der Vergabe von Subventionen kommen sowohl zivilrechtliche als auch öffentlich-rechtliche Normen in Frage. Auch die Subordinationstheorie führt zu keinem eindeutigen Ergebnis, da im Zivilrecht Gleichstellung herrscht, wohingegen im Öffentlichen Recht ein Über-Unterordnungsverhältnis herrscht.

Mangels eindeutiger Bestimmbarkeit der in Streit stehenden Normen hilft auch die Interessentheorie nicht weiter, da diese je nachdem, ob vorliegend öffentlich-rechtliche Normen oder zivilrechtliche Normen in Streit stehen, die Rechtsnatur unterschiedlich bewertet.

Zur Bestimmung der Rechtsnatur von Subventionen wurde daher die Zwei-Stufen-Theorie entwickelt, die der Bewilligung von Subventionen grundsätzlich eine öffentlich-rechtliche Natur zuordnet, wohingegen die Abwicklung privatrechtlich erfolgt. Eine Ausnahme hiervon bilden die sogenannten „verlorenen Zuschüsse“, die einseitig und ohne Rückabwicklung stattfinden. Die G erhält hier einen solchen „verlorenen Zuschuss“ da er ihr ohne Rückzahlungsvorbehalt bewilligt wird.

Die Bewilligung der Subvention ist somit öffentlich-rechtlich. Nach der „actus-contrarius-Theorie“ ist somit auch der Aufhebungsbescheid der Bewilligung öffentlich-rechtlicher Natur.

b) Nichtverfassungsrechtlicher Art

Mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit ist der Streit nicht verfassungsrechtlicher Art.

¹ Hier fehlt der Obersatz.

c) Abdrängende Sonderzuweisung

Abdrängende Sonderzuweisungen insbesondere § 40 II VwGO finden vorliegend keine Anwendung.

3. Zwischenergebnis

Der Verwaltungsprozessweg ist nach § 40 I VwGO eröffnet.

II. Statthafte Klageart, § 88 VwGO

Die Frage welche Klage vorliegend statthaft ist richtet sich gemäß § 88 VwGO nach dem klägerischen Begehren.

Das Klagebegehren ist vorliegend dahingegen auszulegen, dass G die Aufhebung des ihn belastenden Aufhebungsbescheides begehrt.

Hierfür kommt eine Anfechtungsklage gemäß § 42 I Var. 1 VwGO in Frage.

Dafür müsste es sich bei dem Aufhebungsbescheid um einen Verwaltungsakt gemäß § 35 HmbVwVfG handeln.

Dieser hat folgende Voraussetzungen:

1. Hoheitliche Maßnahmen

Der Aufhebungsbescheid stellt eine einseitige, also hoheitliche Handlung mit Erklärungswert, also Maßnahme dar.

2. Behörde, § 1 HmbVwVfG

Beim BAFA handelt es sich um eine Behörde im Sinne des § 1 HmbVwVfG.

3. Auf dem Gebiet des Öffentlichen Rechts

Wie bereits erörtert, ist die Subvention und somit auch deren Aufhebung öffentlich-rechtlicher Natur.

4. Regelung, Finalität

Der Aufhebungsbescheid müsste auch unmittelbar auf eine Rechtsfolge abzielen.

Durch den Bescheid wie ein Recht der G auf 50.000 € aufgehoben. Diese Rechtsfolge bezweckt die Behörde auch.

5. Einzelfall

Die Subventionsaufhebung bezieht sich ausschließlich konkret auf die Subvention der G regelt also gemäß § 35 S. 1 HmbVwVfG konkret-individuell einen Einzelfall.

6. Außenwirkung, Finalität

Der Aufhebungsbescheid dürfte auch nicht lediglich verwaltungsintern wirken.

Der Aufhebungsbescheid bezweckt die Einwirkung auf den Rechtskreis der verwaltungsexternen juristischen Person G und hat somit Außenwirkung.

7. Zwischenergebnis

Bei dem Aufhebungsbescheid handelt es sich um einen Verwaltungsakt gemäß § 35 S. 1 VwGO. Dieser nimmt eine Begünstigung zurück und ist daher belastend. Folglich ist die Anfechtungsklage gemäß § 42 I Var. 1 VwGO statthaft.

III. Besondere Sachentscheidungsvoraussetzungen des § 42 I Var. 1 VwGO**1. Vorverfahren, § 68 I VwGO**

G führte fristgerecht ein erfolgloses Widerspruchsverfahren gemäß §§ 68 ff. VwGO durch. Das Vorverfahren gemäß § 68 I VwGO wurde durchgeführt.

2. Klagebefugnis, § 42 II VwGO

G müsste auch klagebefugt sein, das heißt eine Verletzung ihrer subjektiven Rechte müsste zumindest möglich erscheinen.

Gemäß Art. 19 III GG kann sich die G als inländische juristische Person auch auf Grundrechte berufen, die ihrem Wesen nach anwendbar sind.

Infrage kommt die Möglichkeit der allgemeinen Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 I GG.

Eine mögliche Verletzung dieser besteht nach der „Adressatentheorie“ bei der Anfechtungsklage immer. Präziser ist es jedoch auf das subjektive Recht auf Bewilligung der Subvention abzustellen, denn dieses ist zumindest möglicherweise, sofern die Bewilligung rechtmäßig war, verletzt worden.

G ist mithin klagebefugt im Sinne des § 42 II VwGO.

3. Frist, § 74 VwGO

G klagt auch im Rahmen der vorgegebenen Monatsfrist gemäß § 74 VwGO.

4. Klagegegner, § 78 VwGO

Gemäß § 78 VwGO ist im Rahmen der Anfechtungsklage richtiger Klagegegner der Rechtsträger der Erlassbehörde. Bei der BAFA handelt es sich um eine Bundesbehörde, so dass richtiger Klagegegner vorliegend der Bund ist.

5. Zwischenergebnis

Die besonderen Sachentscheidungsvoraussetzungen der Anfechtungsklage sind erfüllt.

IV. Allgemeine Sachentscheidungsvoraussetzungen

1. Beteiligtenfähigkeit, § 61 VwGO

Sowohl die G als juristische Person ist gemäß § 61 I Var. 2 VwGO beteiligtenfähig als auch die BAFA als Behörde gemäß § 61 III VwGO.

2. Prozessfähigkeit, § 62 VwGO

An der zivilrechtlichen Geschäftsfähigkeit der GmbH bestehen keine Zweifel.

Die GmbH als Vereinigung sowie die Behörde müssen sich gemäß § 62 III VwGO im Prozess vertreten lassen.

3. Weitere Sachentscheidungsvoraussetzungen

An der Zuständigkeit des Gerichts gemäß §§ 45, 52 VwGO, der formgerechten Klageerhebung gem. §§ 81, 82 VwGO soweit am allgemeinen Rechtsschutzbedürfnis bestehen keine Zweifel.

4. Zwischenergebnis

Die allgemeinen Sachentscheidungsvoraussetzungen liegen vor.

V. Zwischenergebnis

Die Klage ist zulässig.

B. Begründetheit

Die Klage müsste auch begründet sein. Die Anfechtungsklage ist gemäß § 113 I S. 1 VwGO begründet soweit der Verwaltungsakt nichtig ist und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt wurde.

I. Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts

1. Ermächtigungsgrundlage

Mangels spezieller Richtlinien kommen für die Rücknahme des Verwaltungsakts nur die §§ 48, 49 HmbVwVfG als Ermächtigungsgrundlage in Frage.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

An der formellen Rechtmäßigkeit des Aufhebungsbescheids bestehen keine Zweifel.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

Um die Frage nach der materiellen Rechtmäßigkeit des Aufhebungsbescheids zu klären, muss nun geklärt werden, ob die Behörde auf Grundlage des § 48 HmbVwVfG oder auf Grundlage des § 49 HmbVwVfG gehandelt hat. Hierfür muss geprüft werden, ob es sich bei der Subventionsbewilligung um einen rechtmäßigen oder einen rechtswidrigen Verwaltungsakt handelt.

a) Rechtmäßigkeit des Bewilligungsbescheids

aa) Ermächtigungsgrundlage

Die Behörde müsste die Subvention im Sinne des Grundgesetzes des Vorbehalts des Gesetzes auf Grundlage eines Gesetzes erlassen haben. Die einzige in Frage kommende Ermächtigungsgrundlage ist vorliegend der Haushaltsplan. Fraglich ist, ob dies dem Vorbehalt des Gesetzes gerecht wird.

Dies ist davon abhängig, ob es sich bei Subventionen um einen Teil der Eingriffsverwaltung handelt, die jedenfalls immer dem Vorbehalt des Gesetzes unterliegt.

Ob Subventionen der Eingriffsverwaltung unterliegen ist umstritten.

Die Meinung des „Totalvorbehalts“ betrachtet Subventionen uneingeschränkt als Bestandteil der Eingriffsverwaltung, fordert daher grundsätzlich einen Vorbehalt bei der Vergabe von Subventionen. Hierfür spräche, dass die Vergabe einer Subvention an ein Unternehmen immer einen Nachteil für konkurrierende Unternehmen mit sich bringe. Nach dieser Ansicht reicht der Haushaltsplan als Grundlage nicht aus.

Eine andere Ansicht vertritt, dass ein Vorbehalt für die Vergabe von Subventionen grundsätzlich entbehrlich sei.

Der Vorbehalt würde die Behörden in ihrer Vergabefreiheit massiv einschränken.

Der Verweis von Details an das Parlament würde die Effektivität und Geschwindigkeit der Vergabe stark beeinträchtigen. All dies falle zu Lasten der Bürger aus, da die Frage eines Vorbehalts wäre, dass weniger Subventionen vergeben werden können. Nach dieser Ansicht würde der Haushaltsplan als Grundlage genügen.

Einen Mittelweg vertritt die Rechtsprechung. Grundsätzlich bedürfe es eines Vorbehalts für die Vergabe von Subventionen. Hierfür reiche allerdings der Haushaltsplan als Teil des formellen Gesetzes aus. Nicht ausreichend sei der Haushaltsplan allerdings in grundrechtstangierenden Fällen. Auch müsse der Haushaltsplan durch konkretisierende Förderrichtlinien ergänzt werden.

Nach dieser Meinung reicht der Haushaltsplan aus, da kein grundrechtsrelevanter Streitgegenstand vorliegt und der Haushaltsplan durch die Förderrichtlinien „innovative Antriebstechnologie“ durch das BMWi ergänzt wurde.

Die Meinungen führen zu unterschiedlichen Ergebnissen, sodass der Streit entschieden werden muss. Es ist dem Mittelweg der Rechtsprechung zu folgen. Die Meinung, die einen Vorbehalt grundsätzlich verneint miss-

achtet die belastende Wirkung von Subventionen für die Konkurrenz. Die Lehre des Totalvorbehalts würde in der Praxis die Effektivität der Subventionsvergabe zulasten der Bürger massiv beeinträchtigen. Der Mittelweg überzeugt mit ausgewogenem Vermitteln der radikalen Meinungen.

Eine Ermächtigungsgrundlage für die Subventionsvergabe an die G liegt daher in Form des Haushaltsgesetzes vor.

An der Wirksamkeit des Haushaltsgesetzes bestehen keine Zweifel.

bb) formelle Rechtmäßigkeit des Vergabebescheids

Die Vergabe wurde formell rechtmäßig bewilligt.

cc) materielle Rechtmäßigkeit des Bewilligungsbescheids

(a) Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage

Für die materielle Rechtmäßigkeit müssen die Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage erfüllt sein. Fraglich ist, ob ein Verstoß gegen die Förderrichtlinien zur Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts führen kann.

Dafür müsste die Förderrichtlinien Außenwirkung entfalten. Förderrichtlinien sind grundsätzlich Ermessensrichtlinien der Behörde, also ohne Außenwirkung. Nach allgemeiner Ansicht haben sie allerdings mittelbare Außenwirkung für den Bürger.

Dies begründet sich mit dem Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung wonach gemäß Art. 3 I GG die Behörde nicht zulasten der Bürger ungleich behandeln darf. Aufgrund ihrer mittelbaren Außenwirkung kann ein Verstoß gegen die Förderrichtlinien zur Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts führen.

Voraussetzung für die Subventionsvergabe nach der Förderrichtlinie ist, dass „die geförderten Unternehmen über praktische Berufserfahrung verfügen.“ Die G verfügt nicht über die vorausgesetzte Berufserfahrung.

Aufgrund der Selbstbindung der Verwaltung gemäß Art. 3 I GG ist die Behörde verpflichtet alle Unternehmen bei der Vergabe gleichzustellen. „Seit Jahren versagt sie Zuschüsse an Unternehmen ohne Berufserfahrung“, sodass die Subvention auch gegenüber der G versagt werden muss.

Vorliegend verstößt die G gegen diese Voraussetzung. Der Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage ist daher nicht erfüllt.

(b) Zwischenergebnis

Der Bewilligungsbescheid ist materiell rechtswidrig.

dd) Zwischenergebnis

Der Bewilligungsbescheid ist rechtswidrig.

b) Tatbestandsvoraussetzungen des § 48 II Nr. 2 HmbVwVfG

Die maßgebliche Ermächtigungsgrundlage des Rücknahmebescheides ist aufgrund der Rechtswidrigkeit des Bewilligungsbescheides § 48 II Nr. 2 HmbVwVfG.

Der Bewilligungsbescheid war gemäß § 48 II ein rechtswidriger, auf eine einmalige Geldleistung gerichteter Verwaltungsakt. Dieser darf grundsätzlich für die Zukunft sowie die Vergangenheit zurückgenommen werden.

aa) Vertrauensschutz, § 48 II HmbVwVfG

Möglicherweise war die Rücknahme jedoch rechtswidrig, wenn das Vertrauen auf den Bestand des Verwaltungsaktes geschützt war. Die G hat bereits über das bewilligte Geld disponiert, sodass ihr Vertrauen schutzwürdig war.

bb) § 48 II Nr. 2 HmbVwVfG

Der Vertrauensschutz findet aber keine Anwendung, wenn der Verwaltungsakt durch unrichtige oder falsche Angaben erwirkt wurde. Die G gab unvollständige Angaben an. Dies hatte zur Folge, dass der Antrag trotz Verstoßes gegen die Voraussetzungen der Förderrichtlinien bewilligt wurde. § 48 II Nr. 2 HmbVwVfG ist mithin erfüllt.

c) Rechtsfolge, § 48 II HmbVwVfG

Dass ein rechtswidriger Verwaltungsakt zurückgenommen werden „darf“ spricht für eine Ermessensentscheidung der Behörde nach § 40 HmbVwVfG. Dieses Ermessen wird aber durch den Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung gemäß Art. 3 I GG dahingehend auf Null reduziert, dass die Behörde bei Vorliegen der Voraussetzungen den Verwaltungsakt zurücknehmen muss. Die Behörde hat den rechtswidrigen Verwaltungsakt auch gemäß § 48 II VwGO zurückgenommen.

4. Zwischenergebnis

Der Rücknahmebescheid ist rechtmäßig.

II. Zwischenergebnis

Die Klage ist nicht begründet da die Rücknahme rechtmäßig war und daher kein Recht der G verletzt wurde.

C. Ergebnis

Die Klage hat keine Aussicht auf Erfolg.

Ioannis Katsivelas*

Examensklausur Baurecht

Die Klausur behandelt klassische Probleme des öffentlichen Rechts. Eingebettet in eine verwaltungsprozessrechtliche Konstellation werden im ersten Teil insbesondere der öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch und die verschiedenen Grundrechte (Recht auf körperliche Unversehrtheit, Religionsfreiheit und Eigentum) thematisiert. Die zweite Aufgabe setzt sich mit der Leistungsverwaltung anhand eines Subventionsbescheides auseinander.

Sachverhalt

Die N, eine überzeugte Buddhistin, entschied sich in der Freien und Hansestadt Hamburg eine Wohnung zu kaufen. Von ihrer Eigentumswohnung aus schaut N nun direkt auf die 1482 errichtete St.-Nikolai-Pfarrkirche.

Da N auch nachts arbeitet, verlagert sich ihre Schlafphase auf 5.00 bis 12.00 Uhr morgens. Als N am Tag nach ihrem Umzug kurz nach 5.00 Uhr endlich Schlaf findet, wird sie zunächst 6.00 Uhr und dann 7.00 Uhr endgültig aus ihren Träumen gerissen. N ist empört. Ihr war beim Kauf schon das laute stündliche Läuten der St.-Nikolai-Kirche negativ aufgefallen, welches stets einen Glockenschlag aufweist. Das längere 7.00-Uhr-Läuten, welches im Sommer sogar 6.00 Uhr beginnt, sei noch weniger „hinnehmbar“. Ein Sachverständigengutachten ergibt einen Lautstärkepegel der läutenden Glocke von 62 db, obwohl max. 60 db durch die TA-Lärm (ordnungsgemäß erlassene Verwaltungsvorschrift, welche Grenzwerte für hinnehmbare Geräuschimmissionen enthält, die gem. §§ 48, 51 BImSchG durch die Verwaltung zu erlassen sind) erlaubt seien.

Als N sich beim Pfarrer beschweren will, erklärt ihr dieser, dass das Läuten durch eine denkmalgeschützte Glocke mit dem Namen „Dicke Susanne“ von 1532 vorgenommen wird. Das morgendliche 7.00-Uhr-Läuten sei das „Angelus-Läuten“, mit dem bereits seit Jahrhunderten alle gläubigen Katholiken zum täglichen Gebet aufgefordert werden würden. Das stündliche Läuten erfülle ebenso sakrale Zwecke, da es die Menschen an die eigene Vergänglichkeit erinnere.

N schreibt daraufhin die Kirchengemeinde an: Als überzeugte Buddhistin gehe sie die Kirche und ihr Läuten

nichts an; zumal das Läuten ein aufdringlicher Missionierungsakt sei und sie es nicht hinnehmen will, stets mit derlei offensiv vorgebrachten Glaubensäußerungen konfrontiert zu werden. Sie weist auf die Lautstärkeüberschreitung hin und verlangt, dass die Kirche dies unterlasse. Sie fühlt sich in ihren Grundrechten verletzt. In diesem Zusammenhang seien auch die gesundheitlich nachteiligen Auswirkungen des Läutens für den Schlaf und die Wertbeeinträchtigung ihrer Eigentumswohnung zu berücksichtigen.

Die Kirchengemeinde ist der Meinung, dass es im öffentlichen Recht keinen das Begehren der N stützenden Anspruch gibt. Die TA-Lärm sei als bloße Verwaltungsvorschrift ohnehin nicht bindend und das Glockenläuten in einem christlich geprägten Kulturkreis sei keine erhebliche Beeinträchtigung, sondern eine kulturell gewachsene Tradition. Ferner sei diese wunderbare Glocke erst vor kurzem durch eine Subvention durch den Bund unter dem Titel „Schutz historischer Gebäude und Denkmäler“ saniert worden. Aus den Fördermitteln, welche lediglich im Bundeshaushaltsplan bereitgestellt waren, wurden immerhin 95 % der Kosten aufgrund eines formell ordnungsgemäßen Subventionsbescheides erstattet. Diese wären ja verschwendet, wenn die Glocke nicht auch läuten würde.

N erhebt daraufhin Klage vor dem Amtsgericht Hamburg, da das Stunden- sowie das Gebetsläuten nicht den Immissionsrichtwerten entspreche. Mit Verweisungsbeschluss nach § 17a Abs. 2 GVG hat das Amtsgericht den Rechtsstreit an das Verwaltungsgericht (VG) verwiesen, da es sich bei dem Läuten um das insoweit verfassungsrechtlich garantierte kirchliche Selbstbestimmungsrecht handele. N verlangt auch vor dem VG, dass sowohl das stündliche Läuten als auch das Angelus-Läuten aufgehoben müsse.

Aufgabenstellung

1. Hat die Klage der N vor dem VG Aussicht auf Erfolg?
2. War der Subventionsbescheid ggü. der Kirchengemeinde rechtmäßig?

Aufgabe 1

Die Klage der N hat Aussicht auf Erfolg, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen und soweit sie begründet ist.

* Cand. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Klausur, die im Wintersemester 2014/2015 im Rahmen des Hamburger Examensklausurenkurses (HEX) von Priv.-Doz. Dr. David Hummel gestellt wurde. Die Bearbeitung des Autors wurde mit 16 Punkten („sehr gut“) bewertet.

A. Sachentscheidungs Voraussetzungen

I. Eröffnung eines Rechtswegs

Fraglich ist zunächst, ob für das Begehren der N überhaupt der Weg zu den staatlichen Gerichten eröffnet ist. Dafür müsste das kirchliche Selbstbestimmungsrecht nach Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 WRV nicht entgegenstehen, welches die Justiziabilität verhindert. Zwar geht es hier um kultische Handlungen, wie dem „Angelus-Läuten“. Allerdings stellen auch diese nicht nur innerkirchliche Angelegenheiten dar, sondern berühren auch staatliche Belange, soweit sie außerkirchliche Probleme aufwerfen (wie hier die Störung der Nachbarschaft). Die Rechtsweggarantie des Art. 19 IV GG gebietet daher in dieser Hinsicht eine Unterwerfung der Kirche unter der staatlichen Gerichtsbarkeit. Durch das kirchliche Selbstbestimmungsrecht wird der Kirche gerade kein Freibrief erteilt, sich dem geltenden Recht hinwegzusetzen. Somit ist der Weg zu den staatlichen Gerichten eröffnet.

II. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs § 40 I 1 VwGO

Weiter müsste der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Mangels einer aufdrängenden Sonderzuweisung richtet sich dies nach der Generalklausel des § 40 I 1 VwGO. Dieser setzt das Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art voraus.

Eine Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn die streitentscheidenden Normen dem Öffentlichen Recht zuzuordnen sind. Streitgegenständlich ist vorliegend ein Unterlassungsanspruch der N gegenüber der St.-Nikolai-Kirche bzgl. des stündlichen Glockenläutens und des „Angelus-Läutens“. Man könnte daran denken, dass die N aufgrund ihres Eigentumsrechts gegen die Kirche vorgeht (§§ 1004, 903 ff. BGB), so dass eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit gegeben ist und gem. § 13 VVG der Weg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet ist. Diese Betrachtung übersieht jedoch, dass es sich bei der St.-Nikolai-Kirche bzw. der entsprechenden Kirchengemeinde um eine Körperschaft des öffentlichen Rechts handelt (vgl. Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 V WRV). Soweit die Kirchen im Rahmen ihres spezifischen Aufgabenbereichs handeln, sind sie als Hoheitsträger anzusehen, was wiederum ein Indiz für das Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit ist. Dafür, dass hier eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit gegeben ist, spricht letztlich auch, dass es sich bei Kirchenglocken um öffentliche Sachen im Verwaltungsgebrauch handelt. Im Ergebnis liegt demnach eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor, bei der der allgemeine öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch die streitentscheidende Norm ist.

I. Ü. ist die Streitigkeit mangels doppelter Verfassungsmittelbarkeit nicht verfassungsrechtlicher Art und eine abdrängende Sonderzuweisung ist ebenfalls nicht ersichtlich. Mithin ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet. Das AG hat den Rechtsstreit hier also richtigerweise nach § 17a II GVG an das VG verwiesen.

III. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers, vgl. § 88 VwGO. N möchte hier, dass das stündliche Läuten sowie das „Angelus-Läuten“, welches von der St.-Nikolai-Kirche ausgeht, aufhören. In Betracht kommt entweder eine Verpflichtungsklage (§ 42 I Alt. 2 VwGO) oder eine allgemeine Leistungsklage der N gerichtet an die Kirchengemeinde. Dies hängt maßgeblich davon ab, ob hier der Erlass eines Verwaltungsakts (VA) i. S. d. § 35 S. 1 VwVfG oder die Vornahme eines schlicht-hoheitlichen Handelns begehrt wird. Da dem Glockenläuten jedenfalls kein Regelungscharakter beizumessen ist, kann hier nicht von einem VA gesprochen werden. Das Begehren der N ist daher auf ein schlicht-hoheitliches Handeln in Form des Unterlassens der Kirche gerichtet. Statthafte Klageart ist daher die allgemeine Leistungsklage, die in der VwGO zwar nicht ausdrücklich geregelt ist, an verschiedenen Stellen aber vorausgesetzt wird (vgl. §§ 43 II, 111, 113 IV VwGO).

IV. Klagebefugnis, § 42 II VwGO analog

Des Weiteren ist umstritten, ob i. R. d. allgemeinen Leistungsklage noch eine Klagebefugnis analog § 42 II VwGO zu fordern ist oder vielmehr doch das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis des Klägers ausreicht.

Dies könnte jedoch dahinstehen, wenn N hier jedenfalls klagebefugt wäre. Dafür müsste sie geltend machen, dass sie einen Anspruch gegen die Kirche auf das begehrte Unterlassen des stündlichen Läutens und des „Angelus-Läutens“ hat. Es muss also zumindest möglich erscheinen, dass N eine Anspruchsgrundlage zur Verfügung steht, mit der sie das Läuten verhindern kann. Ein Abwehrrecht der N ergibt sich hier aus einer möglichen Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 2 II 1, 4 I und 14 I 1 GG durch das stündliche Läuten und das „Angelus-Läuten“, welches von der St.-Nikolai-Kirche ausgeht, gegenüber der die N wohnt. Mithin besteht hier die Möglichkeit einer Rechtsverletzung, weshalb die N klagebefugt ist. Die o. g. Streitfrage muss daher nicht entschieden werden.

V. Kein Vorverfahren und keine Frist

I. R. d. allgemeinen Leistungsklage ist ferner ein Vorverfahren (mit Ausnahme von Beamtenstreitigkeiten) unstatthaft und eine Klagefrist ist ebenfalls nicht zu beachten.

VI. Rechtsschutzbedürfnis

Fraglich ist aber, ob auch ein Rechtsschutzbedürfnis der N besteht. Dies ist nämlich zu verneinen, wenn der Kläger sein Ziel nicht auf andere, schnellere und effektivere Weise erreichen kann. Dies hat N laut SV auch getan. Sie hat nämlich zunächst versucht, ihr Anliegen außegerichtlich mit der Kirchengemeinde zu klären, was jedoch erfolglos blieb. Eine andere, effektivere Möglichkeit, ihr Begehren durchzusetzen, stand ihr (insb. vor dem Hintergrund, dass sie bzgl. eines behördlichen Einschreitens gegen die Kirche nur einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung hätte) nicht zur Verfügung. Somit ist N rechtsschutzbedürftig.

VII. Klagegegner, § 78 VwGO (analog)

Ferner ist die Klage der N nach dem Rechtsträgerprinzip des § 78 I Nr. 1 VwGO (analog) gegen den Rechtsträger der Kirchengemeinde der St.-Nikolai-Kirche zu richten.

VIII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit, §§ 61, 62 VwGO

Schließlich müssten N und die Kirchengemeinde beteiligten- und prozessfähig sein. Für N als natürliche und geschäftsfähige Person ergibt sich ihre Beteiligtenfähigkeit aus § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO und ihre Prozessfähigkeit aus § 62 I Nr. 1 VwGO. Die Kirchengemeinde als juristische Person des Öffentlichen Rechts ist wiederum gem. § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligtenfähig und gem. § 62 III VwGO prozessfähig.

IX. Ergebnis

Folglich liegen alle Sachentscheidungsvoraussetzungen vor.

B. Begründetheit

Die Leistungsklage ist begründet, wenn der geltend gemachte Unterlassungsanspruch der N gegen die St.-Nikolai-Kirche bzw. die Kirchengemeinde besteht.

I. Anspruchsgrundlage

Fraglich ist bereits, woraus sich der Unterlassungsanspruch der N ableitet.

1. § 22 BImSchG

Als Anspruchsgrundlage kommt zunächst § 22 BImSchG in Betracht. Dann müsste diese Norm im Verhältnis zum Störer und Gestörten anwendbar sein, also zwischen der Kirche und N.

Bei Lärmemissionen, die nicht der gewerblichen Betätigung entspringen (worunter auch das „Angelus-Läuten“ sowie das stündliche Läuten fallen), sind die §§ 22 ff. BImSchG gem. § 22 I 3 BImSchG anwendbar. Auch die Kirche als Körperschaft des Öffentlichen Rechts und damit als störender Hoheitsträger ist wegen der Kompetenzgrundsätze des Ordnungsrechts an dieses gebunden (sog. Annexzuständigkeit). Nach einer genaueren Betrachtung der §§ 22 ff. BImSchG begründen diese Normen aber Rechte und Pflichten nur im Verhältnis zwischen der Behörde und dem Betreiber der Anlage. Sie begründen gerade keine Abwehransprüche im unmittelbaren Nachbarschaftsverhältnis zwischen Störer (hier die Kirche) und Gestörtem (hier die N). Folglich stellt § 22 BImSchG keine taugliche Anspruchsgrundlage für N dar.

2. Allgemeiner öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch

Damit bleibt als einzig mögliche Anspruchsgrundlage für N der allgemeine öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch. Dabei ist die Rechtsgrundlage, woraus sich dieser Anspruch ableitet, umstritten. Teilweise wird dieser auf eine Analogie der §§ 1004, 903 ff. BGB gestützt. Andere leiten diesen aus dem Rechtsstaatsprinzip bzw. unmittelbar aus den im konkreten Fall betroffenen Grundrechten (dies wären hier Art. 2 II 1, 4 I, 14 I 1 GG) ab. Dieser Streit kann aber dahingestellt bleiben, zumal in Rspr. und Lit. unbestritten ist, dass dieser Anspruch besteht, und er insoweit gewohnheitsrechtlich anerkannt ist. Der Streit nach der einschlägigen Rechtsgrundlage ist daher rein dogmatischer Natur. Feststeht vielmehr, dass der öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch die richtige Anspruchsgrundlage für N gegen die Kirche darstellt.

II. Anspruchsvoraussetzungen

Ferner müssten die Voraussetzungen des öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs erfüllt sein. Dieser setzt einen hoheitlichen Eingriff in ein subjektives Recht der N, den sie nicht zu dulden hat, voraus.

1. Hoheitliche Maßnahme

Wie bereits oben zur Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach § 40 I 1 VwGO ausgeführt, handelt es sich beim Läuten der Kirchenglocken um eine öffentlich-rechtliche Maßnahme im Zusammenhang derer die St.-Nikolai-Kirche als Hoheitsträger agiert.

2. Eingriff in ein subjektives Recht

Weiterhin müsste die Kirche in ein subjektives Recht der N eingegriffen haben. Als geschützte subjektive Rechte kommen insb. Grundrechte in Betracht. Dafür müsste der Schutzbereich des einschlägigen Grundrechts betroffen sein und zudem ein Eingriff darin vorliegen. In Be-

tracht kommt hier ein Eingriff in den Schutzbereich der Grundrechte der N aus Art. 2 II 1, 4 I und 14 I 1 GG.

a) Art. 2 II 1 GG

Gem. Art. 2 II 1 GG hat jeder das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Dieses Grundrecht schützt also den Einzelnen vor jeder Form der körperlichen Misshandlung. N macht hier eine Lärmbelastigung geltend. Da sie nachts arbeitet, verlagert sich ihre Schlafpause laut SV auf 5 bis 12 Uhr morgens. Wenn sie nun täglich während ihres wohl verdienten Schlafs um 6 bzw. 7 Uhr Geräuschmissionen wie Glockenlärm von längerer Dauer ausgesetzt ist, kann dies gesundheitsschädliche Folgen haben. Damit ist der Schutzbereich des Art. 2 II 1 GG betroffen. Indem die benachbarte St.-Nikolai-Kirche zu dieser Uhrzeit ihre Glocke läuten lässt, beeinträchtigt sie unmittelbar den Schlaf der N, der mit ihrer körperlichen Unversehrtheit steht und fällt. Mithin liegt ein Eingriff in ihr Grundrecht aus Art. 2 II 1 GG vor.

b) Art. 4 I GG

Ferner könnte die Kirche damit in die Glaubensfreiheit der N aus Art. 4 I GG eingegriffen haben. Davon ist sowohl die Freiheit umfasst, einen Glauben zu haben, zu bilden und zu äußern, als auch sein gesamtes Verhalten danach auszurichten und seiner inneren Überzeugung gemäß zu handeln (positive Glaubensfreiheit). Geschützt ist aber auch die Freiheit, all diese Dinge gerade nicht zu haben und sich insb. auch dem Einfluss anderer Glaubensrichtungen zu entziehen (sog. negative Glaubensfreiheit). Als überzeugte Buddhistin steht der N demnach das Recht zu, nicht mit Glaubensäußerungen anderer Religionen außer dem Buddhismus (bei dem es sich um eine Religion i. S. d. Art. 4 GG handelt) konfrontiert zu werden. Die Ausübung dieser verfassungsrechtlich garantierten Freiheit der N wird durch das tägliche „Angelus-Läuten“ sowie das stündliche Läuten der benachbarten St.-Nikolai-Kirche insoweit erschwert, als sie sich täglich mit christlichen Glaubensäußerungen ausgesetzt fühlt. Das „Angelus-Läuten“ soll gerade – dem SV zufolge – eine Aufforderung aller gläubigen Katholiken zum täglichen Gebet symbolisieren, weshalb es hier als Glaubensäußerung zu qualifizieren ist. Das Gleiche gilt für das stündliche Läuten, das ebenso sakrale Zwecke erfüllt, da es die Menschen an die eigene Vergänglichkeit erinnert. Das Glockenläuten der Kirche stellt daher auch einen Eingriff in die (negative) Glaubensfreiheit der N aus Art. 4 I GG dar.

c) Art. 14 I 1 GG

Vorliegend könnte die Kirche zudem in die Eigentumsfreiheit der N aus Art. 14 I 1 GG eingegriffen haben. N beruft sich nämlich auf eine Wertbeeinträchtigung ihrer Eigentumswohnung, die auf den Lärm des täglichen „Angelus-Läutens“ um 6 bzw. 7 Uhr und des stündlichen Läutens zurückzuführen ist. Als normgeprägtes Grund-

recht erfasst das Eigentum in Art. 14 I GG alle vermögenswerten Rechte. Geschützt ist jedoch nur der Bestand des Eigentums (worunter auch die Eigentumswohnung der N fällt), nicht hingegen der Wert des Eigentumsgegenstands an sich. Somit scheidet Art. 14 I 1 GG hier schon am Schutzbereich.

d) Zwischenergebnis

Demzufolge greift die Kirchengemeinde durch das stündliche Läuten und das „Angelus-Läuten“ in die subjektiven Rechte der N aus Art. 2 II 1 GG und Art. 4 I GG ein.

3. Keine Duldungspflicht der N

Des Weiteren müsste die Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit sowie der Glaubensfreiheit der N rechtswidrig sein, sodass N sie nicht dulden muss. Da der öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch auf den Rechtsgedanken des privatrechtlichen Unterlassungsanspruchs beruht, lässt sich das Erfordernis der Duldungspflicht auf die §§ 1004 II, 906 I BGB zurückführen.

Demnach kommt es darauf an, ob die Einwirkung der Geräusche des „Angelus-Läutens“ und des stündlichen Läutens wesentlich ist (§ 906 II 1 BGB). Als Maßstab hierfür kann auf die Grenzwerte der gem. §§ 48, 52 BImSchG durch die Verwaltung erlassenen TA-Lärm zurückgegriffen werden (vgl. § 906 II 3 BGB).

Doch hierfür müsste es sich bei der Kirchenglocke der St.-Nikolai-Kirche überhaupt um eine emittierende Anlage handeln. Zwar sind Kirchenglocken in jedem Fall nicht genehmigungsbedürftig, nach § 22 I 1 Nr. 1 BImSchG besteht aber auch für die Betreiber nicht genehmigungsbedürftiger Anlagen die Pflicht zur Verhinderung schädlicher Umwelteinwirkungen. Die Kirchenglocke der St.-Nikolai-Kirche stellt vorliegend eine ortsfeste Anlage i. S. d. §§ 2 I Nr. 1, 3 V Nr. 1 BImSchG dar, von der Emissionen in Form von Geräuschen durch das Glockenläuten ausgehen, die gem. § 3 I, III BImSchG als schädliche Umwelteinwirkungen zu qualifizieren sind. Die Kirchenglocke ist daher eine nicht genehmigungsbedürftige, emittierende ortsfeste Anlage, bei der schädliche Umwelteinwirkungen zu verhindern sind.

Erforderlich für die Annahme einer schädlichen Umwelteinwirkung i. S. d. § 3 I BImSchG bzw. für eine Geräuscheinwirkung i. S. d. § 906 I BGB ist jedoch, dass diese erheblich ist. Was erheblich ist und was nicht, ist eine Frage der Wertung, die im Rahmen einer Einzelfallbeurteilung durchzuführen ist. Dabei sind wie bei einer Güterabwägung sämtliche Faktoren zu berücksichtigen, die sich nach der Zumutbarkeitsgrenze richten.

a) Berücksichtigung der TA-Lärm

Zunächst könnten die Grenzwerte aus technischen Regelwerken wie hier die einschlägige TA-Lärm zu berück-

sichtigen sein, die vorliegend nach Angaben des Sachverständigengutachtens durch das Glockenläuten der Kirche um 2 db überschritten werden.

Fraglich ist jedoch, ob der TA-Lärm Außenwirkung zu kommt. Die TA-Lärm stellt eine Verwaltungsvorschrift dar. Verwaltungsvorschriften haben grds. keine Außenwirkung und sind daher bei der gerichtlichen Überprüfung nicht verbindlich, da sie nur Binnenrecht der Verwaltung darstellen. Eine Außenwirkung von Verwaltungsvorschriften ist aber ausnahmsweise anerkannt, wenn der Exekutive ein Standardisierungsspielraum zuerkannt wird bzw. ihr das Recht zum Erlass normkonkretisierender und nicht nur norminterpretierender Verwaltungsvorschriften eingeräumt wird. Dafür spricht hier bei der TA-Lärm, dass § 48 BImSchG den Erlass durch die Bundesregierung zusammen mit dem Bundesrat vorschreibt. Für einen Standardisierungsspielraum spricht des Weiteren § 52a I 1 BImSchG, der davon spricht, dass dem Anlagenbetreiber auch Pflichten aufgrund Allgemeiner Verwaltungsvorschriften obliegen. Insofern entfaltet die TA-Lärm eine begrenzte Außenwirkung, was die Erheblichkeit schädlicher Umwelteinwirkungen angeht. Ein atypischer Sachverhalt, der die Nichtberücksichtigung der Grenzwerte der TA-Lärm gerechtfertigt hätte, ist i.Ü. nicht ersichtlich. Damit ist hier die Überschreitung der Grenzwerte der TA-Lärm berücksichtigungsfähig.

b) Weitere zu berücksichtigende Aspekte

Die Überschreitung der Grenzwerte der TA-Lärm ist für sich genommen nicht der einzig zu berücksichtigende Faktor. Dies v. a. vor dem Hintergrund dessen, dass die Kirche hier mit dem Läuten die zulässigen Grenzwerte um lediglich 2 db überschritten hat, was durchaus tolerabel ist und nicht mal 10% über dem Grenzwert liegt. Zugunsten der N kann nicht berücksichtigt werden, dass sie zwischen 5 und 12 Uhr noch schläft, da ihre Lebensgewohnheiten insoweit von denen der Allgemeinheit abweichen (entscheidend ist nämlich nur ein objektiver Maßstab). Zwar könnte ferner das durch Art. 4 I GG geschützte Interesse der N, als überzeugte Buddhistin nicht mit Glaubensäußerungen anderer Religionen konfrontiert zu werden, Berücksichtigung finden. Sie muss aber ihrerseits die Religionsausübung anderer, die nach Art. 4 II GG verfassungsrechtlichen Schutz genießt und auf Religionsgemeinschaften wie die Kirchengemeinde hier als grundrechtsdienende juristische Person des öffentlichen Rechts gem. Art. 19 III GG ihrem Wesen nach anwendbar ist, dulden, zumindest in dem hierfür erforderlichen Maß.

Schließlich spricht zugunsten der St.-Nikolai-Kirche bzw. der Kirchengemeinde, dass das allmorgendliche „Angelus-Läuten“ und das stündliche Läuten herkömmliche und sozialadäquate Geräusche sind. Der bloße Grund des gleichen Geräusches kann zwar subjektiv die

Lästigkeit erhöhen, aber doch nicht ausschlaggebend für die Unzumutbarkeit der Belästigung sein. Insb. handelt es sich bei letzterem Geräusch (stündliches Läuten) um ein Geräusch von derart kurzer Dauer, dass es häufig von der Allgemeinheit sogar nicht wahrgenommen wird. Ins Gewicht muss auch die Bedeutung der hier streitgegenständlichen Glocke namens „Dicke Susanne“ von 1532 als denkmalgeschützte Glocke fallen.

Im Ergebnis ist die Belästigung der N durch das Glockengeläut demnach als zumutbar einzustufen, und zwar sowohl hins. des „Angelus-Läutens“ als auch des stündlichen Läutens. Mithin liegt keine erhebliche schädliche Umwelteinwirkung vor, weshalb sich daraus eine Duldungspflicht der N ergibt.

III. Ergebnis

Die Voraussetzungen des öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs sind damit nicht erfüllt. N hat also keinen Anspruch gegen die Kirche auf Unterlassen des Glockenläutens.

C. Endergebnis

Mithin ist die Klage der N unbegründet und hat daher vor dem VG keine Aussicht auf Erfolg.

Aufgabe 2

Zu prüfen ist die Rechtmäßigkeit des gegenüber der Kirchengemeinde erteilten Subventionsbescheids.

I. Rechtsgrundlage

Der Subventionsbescheid – als VA mit der Regelung über das „Ob“ der Subventionsvergabe – müsste zunächst aufgrund des Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes, abgeleitet aus Art. 20 III GG, auf einer wirksamen Rechtsgrundlage beruhen. Bei der Vergabe einer Subvention – wie hier die Erstattung von 95% der Sanierungskosten der Glocke „Dicke Susanne“ zum Schutz historischer Gebäude und Denkmäler – gewährt die Verwaltung dem Bürger einen Vorteil. Es handelt sich daher um Leistungsverwaltung. Umstritten ist dabei, inwieweit im Bereich der Leistungsverwaltung der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes gilt (Art. 20 III GG).

1. Lehre vom Totalvorbehalt

Nach der Lehre vom Totalvorbehalt gilt auch im Bereich der Leistungsverwaltung der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes. Begründet wird dies damit, dass besonders im Bereich der Daseinsvorsorge die Leistungen des Staates für die Freiheit des Bürgers von gleicher Bedeutung

seien wie staatliche Eingriffe. Auch ließen sich die Bereiche der Eingriffs- und der Leistungsverwaltung nicht in jedem Fall sauber trennen. Folgte man dieser Ansicht, ergäbe sich hier die Rechtswidrigkeit des Subventionsbescheides bereits aus dem Grund, dass hier kein formelles Gesetz vorhanden ist, welches die genauen Regeln der Subventionsvergabe für historische Gebäude und Denkmäler festlegt (hier werden nur die Fördermittel im Bundeshaushaltsplan aufgeführt). Die Rechtmäßigkeit würde also an der fehlenden Rechtsgrundlage scheitern.

2. Lehre vom abgeschwächten Vorbehalt des Gesetzes

Nach der h. M. gilt auch i. R. d. Leistungsverwaltung der Vorbehalt des Gesetzes, grds. aber in einer abgeschwächten Form. Angesichts der Vielfalt möglicher Sachverhalte im Bereich der Leistungsverwaltung sei es dem Gesetzgeber nämlich nicht möglich, hier eine der Eingriffsverwaltung entsprechende Regelungsstärke zu schaffen. Aus diesem Grund soll daher für die Entscheidung über das „Ob“ der Subvention eine Ausweisung im Haushaltsplan genügen. Hierin sei eine ausreichende parlamentarische Legitimation zu sehen (sog. Etatlegitimation). Nur wenn eine solche fehlt, sei die Subventionsgewährung rechtswidrig. Dieser Ansicht zufolge wäre daher die Subventionierung der Glocke „Dicke Susanne“ hier zumindest insoweit rechtmäßig, als in der Ausweisung der Mittel im Bundeshaushaltsplan eine hinreichende Rechtsgrundlage zu sehen wäre.

Die Ausweisung der Mittel im Haushaltsplan ist aber ausnahmsweise dann nicht ausreichend, wenn der Fall in besonderem Maße eine Grundrechtsrelevanz aufweist.

3. Anwendung auf den konkreten Fall

Für den konkreten Fall könnte sich diese besondere Grundrechtsrelevanz aus der Glaubensfreiheit (Art. 4 I GG) und dem Recht auf ungestörte Religionsausübung (Art. 4 II GG) anderer Religionsgemeinschaften, die hierdurch nicht gefördert werden, ergeben. Die vorliegende Subvention zur Sanierung der besagten Glocke gewährt der katholischen St.-Nikolai-Kirche einen Vorteil, der anderen Religionsgemeinschaften (z. B. buddhistischen, muslimischen oder christlich-orthodoxen Gemeinden) nicht gewährt wird. Dies ist aufgrund der verfassungsrechtlich verankerten Neutralitätspflicht des Staates (Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 I WRV) bedenklich. Unschädlich dabei ist, dass die besagte Glocke als religiöser Gegenstand denkmalgeschützt ist. Der Staat kann auch bei Gegenständen anderer Religionen den Status des Denkmalschutzes zuerkennen und sich nicht auf christlich-katholische beschränken. Wäre dies anders, würde eine Gefahr der Willkür durch den Gesetzgeber drohen. Für einen Fall besonderer Grundrechtsrelevanz spricht hier auch die hohe Bedeutung des Art. 4 GG als vorbe-

haltloses Grundrecht, welches nur durch verfassungsimmanente Schranken eingeschränkt werden kann. Damit müsste der Bundesgesetzgeber hier bei der Subventionierung der Sanierungskosten der „Dicken Susanne“ i. H. v. 95 % ein formelles Gesetz erlassen, das alle wesentlichen Regelungen der Vergabe der Subvention selbst festlegt (Wesentlichkeitstheorie). Insoweit gilt für diesen Bereich der Leistungsverwaltung auch nach der Lehre vom abgeschwächten Gesetzesvorbehalt aufgrund der besonderen Grundrechtsrelevanz des vorliegenden Falls der Totalvorbehalt. Ein Streitentscheid ist somit entbehrlich, da beide Ansichten zum gleichen Ergebnis führen. Es ist nämlich festzustellen, dass hier kein formelles Gesetz vorliegt, das die wesentlichen Regelungen für die Subventionierung der Glocke festlegt. Die Ausweisung im Haushaltsplan genügt nach dem oben Gesagten gerade nicht. Daher mangelt es hier bereits an einer tauglichen Rechtsgrundlage für den Subventionsbescheid.

II. Ergebnis

Auch wenn der Subventionsbescheid laut SV in formell rechtmäßiger Weise ergangen ist, ist dieser mangels Rechtsgrundlage im Ergebnis rechtswidrig.

Manuel Rueß*

Hausarbeit Strafrecht II

Die Hausarbeit behandelt vornehmlich Probleme des allgemeinen Teils des StGB. Ausgehend von einer Prüfung der Tötungsdelikte, v. a. verschiedener Mordmerkmale, werden insbesondere die klassischen Probleme der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme ausführlich behandelt. Hierbei werden geradezu beispielhaft die Voraussetzungen von Täterschaft, Beihilfe und Anstiftung und der Versuchsstrafbarkeit dargestellt und gelöst. Einen weiteren Schwerpunkt bildet der Rechtfertigungsgrund der Notwehr.

Sachverhalt

Herr A und Frau E sind seit 18 Jahren verheiratet. Eines Tages erfährt E aus zuverlässiger Quelle, dass der aus beruflichen Gründen oft reisende A sie seit 2 Jahren mit einer Femme fatale (F) hintergeht. Da E schon seit einiger Zeit Anzeichen für das Bevorstehen einer Trennung spürt und sich zunehmend um ihre wirtschaftliche Absicherung sorgt, beschließt sie, rechtzeitig einzuschreiben und den erlösenden Erbfall vorzeitig herbeizuführen, dabei gleichzeitig die F „abzustrafen“. Als A auf einer längeren Geschäftsreise weilt, überrascht E ihn mit einer an die Hoteladresse des A gerichteten und liebevoll verpackten Geschenksendung, in der sich die Lieblingskekse des A befinden. Diese Kekse hatte E zuvor von einem langjährigen Freund, dem in die Pläne und Motive der E eingeweihten Lebensmittelchemiker L, mit einer hochgiftigen Substanz präparieren lassen. E geht davon aus, der A werde die Kekse mit F teilen. A reagiert auf den Eingang der Geschenksendung misstrauisch, da er vergleichbare Aufmerksamkeiten der E bisher nicht erlebt hat. Als ihm nach dem Öffnen der Packung ein fremder Geruch der Kekse entgegenschlägt, ist A sich sicher, dass E ihm nach dem Leben trachtet. Doch beschließt er, die Situation auszunutzen, sich ahnungslos zu stellen und die Kekse der F anzubieten, die vor kurzem unmissverständlich angedeutet hat, dass sich die gemeinsame Zeit dem Ende zuneige. A sieht die willkommene Gelegenheit, nicht nur F zu „bestrafen“, sondern zugleich die E als mörderische Absenderin der tödlichen Leckerei auf Dauer und kostenfrei loszuwerden. Am selben Abend bietet A die Kekse der F an, die kurz nach dem Genuss an der Vergiftung verstirbt.

Am Tag nach der Beerdigung der F konfrontiert C, ein Cousin der Verstorbenen, den A mit Vorwürfen. Er schenkt den Unschuldsbeteuerungen des A keinen Glauben und macht Anstalten, auf A einzuschlagen. A setzt sich mit einem Fausthieb gegen den Kopf des C zur

Wehr, woraufhin C zu Boden geht. A, der glaubt, damit die Auseinandersetzung beendet zu haben, versetzt dem C zu Erziehungszwecken zwei wuchtige Tritte in die Magengrube. Dabei hat A nicht bemerkt, dass C sich bloß hilflos gestellt hatte und seinerseits im Begriff war, mit einem in der Jackeninnentasche versteckten Messer auf den A einzustechen. Die beiden Tritte führen indes zu einer Atemnot des C, sodass dieser seinen Angriffsplan nicht umsetzen kann.

Aufgabenstellung

Begutachten Sie die Strafbarkeit von A, E und L nach dem StGB. Von den Tatbeständen des Besonderen Teils sind im ersten Teil allein diejenigen des Sechzehnten und im zweiten Teil allein solche des Siebzehnten Abschnitts zu berücksichtigen.

Gutachten

A. Das Geschehen vor der Beerdigung

I. Strafbarkeit des A

1. Mord

A könnte sich wegen Mordes an F strafbar gemacht haben, indem er F vergiftete Kekse angeboten hat, §§ 212 I, 211 I, 2 Gr. 1 Var. 3, Var. 4, Gr. 2 Var. 1 StGB¹.

a) Tatbestand

Dafür müsste A tatbestandsmäßig gehandelt haben.

aa) Objektiver Tatbestand

A könnte objektiv tatbestandsgemäß gehandelt haben. Das ist der Fall, wenn die äußeren Tatumstände vorliegen, die von den Deliktatbeständen formuliert werden.²

(1) Totschlag

Der Tatbestand des § 212 i müsste erfüllt sein.

(a) Kausale Tötungshandlung

Danach müsste ein Mensch einen anderen Menschen durch eine Handlung kausal und objektiv zurechenbar

* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Hausarbeit, die im Sommersemester 2013 zur Vorlesung Strafrecht II von Prof. Dr. Wilhelm Degener an der Fakultät für Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg gestellt wurde.

1 Alle folgenden §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

2 *Kindhäuser*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2011, § 6 Rn. 5.

getötet haben. Kausalität liegt nach der Äquivalenztheorie vor, wenn die Handlung nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiel.³ Töten ist die Verursachung des Todes.⁴ F hat die von A angebotenen giftigen Kekse gegessen, woraufhin sie starb. Die Handlung des A (das Anbieten der Kekse) kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass der Tod der F entfiel. A hat somit die F, ein Mensch, durch eine Handlung kausal getötet.

(b) Objektive Zurechnung

Fraglich ist, ob A der Tod der F auch objektiv zurechenbar ist. Das ist der Fall, wenn der Täter eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen hat, die sich im tatbestandlichen Erfolg realisiert hat.⁵ A hat F vergiftete Kekse zum Essen angeboten. Damit hat A eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen. F hat die Kekse eigenhändig gegessen. Dies könnte eine freiverantwortliche Selbstschädigung darstellen, womit sich die von A geschaffene Gefahr nicht im tatbestandlichen realisiert hätte. A hat der F verschwiegen, dass die Kekse giftig sind. F hat demnach nicht gewusst, dass sie durch das Essen der Kekse stirbt. Sie hat sich nicht freiverantwortlich umgebracht. Demnach hat sich auch die rechtlich missbilligte Gefahr im tatbestandlichen Erfolg realisiert. Der Tod der F ist dem A objektiv zurechenbar.

(c) Straftat selbst oder durch einen anderen begangen

Fraglich ist weiter, ob A die Straftat gem. § 25 I Alt. 1 selbst oder gem. § 25 I Alt. 2 durch einen anderen begangen hat. Gegen § 25 I Alt. 1 spricht prima facie der Wortlaut. So muss der Täter bei der Alleintäterschaft „die Straftat selbst“ begehen. F hat sich die Kekse jedoch eigenhändig zu Munde geführt und runtergeschluckt. Dem ist jedoch mit Schumann⁶ entgegenzuhalten, dass der Hintermann verantwortlich für die gesamte Erfolgsherbeiführung (im Sinne einer unmittelbaren Täterschaft, Anm. d. Verf.) schon allein deshalb ist, da er zurechenbar die Schädigung des Opfers gerade durch dessen Beeinflussung verursacht hat. Im Gegensatz zur mittelbaren Täterschaft vermittelt der Vordermann in solchen Fällen der Selbstschädigung nicht als Werkzeug des Hintermannes strafrechtliche Verantwortung, sondern stellt lediglich einen Kausalfaktor im Erfolgsverwirklichungsprogramm des Hintermannes dar. Diese Argumentation wird dadurch gestützt, dass die Strafbarkeit des Vordermannes nicht in dem vom Hintermann zu vertretenen Verantwortungsdefizit fundiert ist; sie ergibt sich mangels eines tatbestandlichen Erfolgs schon auf

grundsätzlicher Ebene.⁷ Es fehlt dabei nicht nur schon an einem primären Zurechnungsgegenstand (dem tatbestandlichen Erfolg), sondern zusätzlich an der Verantwortlichkeit des Hintermannes für dessen Fehlen.⁸ Dieser Argumentation ist zu folgen. A hat die Straftat selbst i. S. d. § 25 i Alt. 1 begangen. Der objektive Tatbestand des § 212 i ist erfüllt.

(2) Mord

Darüber hinaus könnte A sich gem. § 211 wegen Mordes strafbar gemacht haben. In Betracht kommt das Mordmerkmal der Heimtücke, § 211 II Gr. 2 Var. 1. Objektiv ist dies gegeben, wenn F arg- und wehrlos gewesen ist.

(a) Arglosigkeit

Arglos ist, wer sich im Zeitpunkt der Tat keines Angriffs von dem Täter versieht.⁹ F wusste bei Übergabe der Kekse durch A nicht, dass das Essen dieser Kekse zu ihrem Tod führen würde. Sie versah sich keines Angriffs im Tatzeitpunkt. F war arglos.

(b) Wehrlosigkeit

Wehrlos ist, wer infolge seiner Arglosigkeit zur Verteidigung außerstande oder in seiner natürlichen Abwehrbereitschaft und Abwehrfähigkeit stark eingeschränkt ist.¹⁰ Aufgrund ihrer Arglosigkeit hat F die Kekse heruntergeschluckt, wodurch deren giftige Wirkung innerhalb kürzester Zeit ihren Tod herbeiführte. Hiergegen konnte sich F nicht wehren. Darüber, ob F die Kekse hätte ausbrechen können, sagt der Sachverhalt nichts aus. Dies kann jedoch dahinstehen, weil dies eine stark eingeschränkte Abwehrmöglichkeit darstellen würde. F war wehrlos.

(c) Besonders verwerflicher Vertrauensbruch

Umstritten ist, ob ein besonders verwerflicher Vertrauensbruch zwischen Täter und Opfer eine weitere Voraussetzung ist.¹¹ L war seit 2 Jahren die Geliebte von A. Eine solche Liebschaft stellt ein Vertrauensverhältnis dar. Jedoch hatte L unmissverständlich angedeutet, dass sich die Beziehung zwischen ihr und A dem Ende zuneige, was gegen ein Vertrauensverhältnis sprechen könnte. Indes haben sich L und A nochmals getroffen. Darin und in der Tatsache, dass L die von A angebotenen Kekse aß, wird deutlich, dass noch ein gewisses Vertrauensverhältnis bestand. Ein besonders verwerflicher Vertrauensbruch liegt damit vor. Der Streit darüber, ob dieses einschränkende Merkmal überhaupt notwendig ist, kann dahinstehen. Die objektiven Merkmale der Heimtücke liegen vor. Der objektive Tatbestand ist erfüllt.

³ Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2012, § 13 Rn. 3.

⁴ Joecks, Strafgesetzbuch Studienkommentar, 9. Aufl. 2010, § 212 Rn. 7.

⁵ Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2012, § 13 Rn. 46.

⁶ Schumann, Der Täter und sein Opferwerkzeug, in: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 971 (988).

⁷ Schumann, FS Puppe, 2011, S. 971 (987 f.).

⁸ Schumann, FS Puppe, 2011, S. 971 (987 f.).

⁹ BGHSt 18, 87 (88).

¹⁰ BGH GA 1970, 113 (114).

¹¹ BGH NJW 1978, 709.

bb) Subjektiver Tatbestand

Zu prüfen ist weiter, ob A den subjektiven Tatbestand erfüllt hat.

(1) Vorsatz

Dafür müsste A mit Vorsatz gehandelt haben, §§ 15, 16 I 1. Vorsatz bedeutet, dass der Täter den Willen zur Verwirklichung eines Straftatbestands in Kenntnis aller seiner objektiven Tatbestandsmerkmale hat.¹² Die geringsten Anforderungen an den Vorsatz stellt der *dolus eventualis*. Danach handelt vorsätzlich, wer den Erfolg für möglich hält und ihn billigend in Kauf nimmt.¹³ Die Erörterung der Vorsatzart kann vorliegend dahinstehen. A könnte § 212 Abs. 1 vorsätzlich verwirklicht haben. A war sich sicher, dass F durch das Essen der Kekse sterben würde. A wollte F's Tod. A verwirklichte § 212 I vorsätzlich.

(2) Heimtücke

A könnte auch in subjektiver Hinsicht heimtückisch gehandelt haben. Dafür müsste er die Arg- und Wehrlosigkeit der F bewusst¹⁴ und in feindlicher Willensrichtung ausgenutzt haben¹⁵. A hat der nichtsahnenden F vergiftete Kekse angeboten. Dass sich die F gegen die giftige Wirkung der Kekse nicht oder nur stark eingeschränkt wehren kann, wusste A auch. Das nutzte er bewusst aus, um die F mit dem Tod zu „bestrafen“. Er wollte nicht zu ihrem Besten handeln. Das A damit einen verwerflichen Vertrauensbruch begehen würde, wusste er auch. All das wollte A. A nutzte die Arg- und Wehrlosigkeit der F bewusst aus und handelte in feindlicher Willensrichtung. Somit liegt auch die subjektive Seite der Heimtücke vor. A handelte heimtückisch.

(3) Besondere subjektive Merkmale

Bei A könnten besondere subjektive Merkmale vorliegen.

(a) Habgier

In Betracht kommt Habgier, § 211 II Gr. 1 Var. 3. Aus Habgier tötet, wer in rücksichtsloser Weise mit seiner Tat den Gewinn von Geld oder Geldwerten erstrebt.¹⁶ A wollte die E als Mörderin hinstellen, um sie kostengünstig los zu werden. Er wollte sie ins Gefängnis schicken, um sich finanzielle Aufwendungen zu ersparen. Fraglich ist, ob die Vermeidung von Aufwendungen ein Streben nach Geld darstellt. Dagegen spricht, dass die Bestandsicherung eine defensive Struktur hat.¹⁷ Dem ist zu entgegen, dass alleine eine defensive Struktur einer Tat jedoch nicht ihr abscheuliches Element nimmt. Auch kann man mit der Defensive nach etwas streben. Auch muss eingewandt werden, dass das Überordnen materieller Ziele über ein Menschenleben besonders strafwür-

dig ist. Die Vermeidung von Aufwendungen stellt ein Streben nach Geld dar. A hat habgierig getötet.

(b) Niedrige Beweggründe

Der A könnte die F auch aufgrund eines niedrigen Beweggrunds getötet haben, § 211 II 2 Gr. 1 Var. 4. Dafür müsste ein Tötungsbeweggrund vorliegen, der nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe steht und deshalb besonders verachtenswert ist.¹⁸ Der Wortlaut „sonst“ zeigt den Auffangcharakter der Norm. Damit sind neben den bereits vorliegenden subjektiven Mordmerkmalen nur zusätzliche, andere Motive des Täters in Betracht zu ziehen.¹⁹ F deutete an, sich von A trennen zu wollen. Als A die vergifteten Kekse sah, war es ihm eine willkommene Möglichkeit, die F deswegen zu „bestrafen“. Allein dieses andere Motiv kommt als niedriger Beweggrund in Betracht. Für das Vorliegen eines niedrigen Beweggrundes spricht, dass A die autonome Entscheidung der F, sich zu trennen nicht akzeptieren wollte. Er gönnte ihr kein Leben ohne ihn. Darauf durch Tötung trotz eines 2-jährigen Vertrauensverhältnisses zu reagieren, ist stark außerverhältnismäßig. Gegen die Einschlägigkeit eines niedrigen Beweggrundes spricht tendenziell jede Motivation, die menschlich begreiflich oder „nachvollziehbar“ ist oder einer „gewissen Berechtigung“ nicht entbehrt.²⁰ Dies ist hier nicht der Fall. A handelte aus einem niedrigen Beweggrund.

b) Rechtswidrigkeit

Weiter müsste A rechtswidrig gehandelt haben. Das ist der Fall, wenn kein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Ein solcher liegt nicht vor. A handelte mit-hin rechtswidrig.

c) Schuld

Zuletzt müsste A noch schuldhaft gehandelt haben. Schuldhaft handelt, wer schuldfähig ist und wem kein Entschuldigungsgrund zur Seite steht. Anhaltspunkte, die der Schuldfähigkeit des A entgegenstehen, sind nicht ersichtlich. Ein Entschuldigungsgrund liegt nicht vor. A handelte schuldhaft.

2. Ergebnis Mord

A hat sich wegen Mordes an F gem. §§ 212 I, 211 I, 2 Gr. 1 Var. 3, Var. 4, Gr. 2 Var. 1 strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit der E in Bezug auf F**1. Mord in Mittäterschaft**

Durch das Übersenden der vergifteten Kekse könnte sich E in Mittäterschaft mit A wegen Mordes an F strafbar gemacht haben, §§ 212 I, 211 I, 2 Gr. 1 Var. 4, Gr. 2 Var. 1, 25 II.

¹² Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 14 Rn. 5.

¹³ BGHSt 36, 1 (9).

¹⁴ BGHSt 6, 120 (121).

¹⁵ BGHSt 9, 385 (390).

¹⁶ BGH NJW 1981, 932.

¹⁷ Mitsch, Grundfälle zu den Tötungsdelikten, JuS 1996, 121 (124).

¹⁸ Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit, 8. Aufl. 2006, § 4 Rn. 16.

¹⁹ Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, § 4 Rn. 22a.

²⁰ Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, § 4 Rn. 17 m. w. N.

a) Tatbestand**aa) Nicht selbst täterschaftlich verwirklicht**

E dürfte den Tatbestand nicht selbst i. S. d. § 25 I Alt. 1 täterschaftlich verwirklicht haben. A, nicht E, hat den Tatbestand selbst täterschaftlich verwirklicht (s. o.).

bb) Straftat gemeinschaftlich begangen

Dieser durch A verursachte Erfolg könnte E jedoch gem. § 25 II zugerechnet werden. Dafür müssten A und E die Straftat gemeinschaftlich begangen haben. Es bedarf zunächst eines gemeinsamen Tatentschlusses. Ein gemeinsamer Tatentschluss erfordert das zumindest konkludente Einverständnis jedes Beteiligten mit dem gemeinsamen vorsätzlichen Vorgehen.²¹ E wollte, dass neben F auch A die vergifteten Kekse isst und stirbt. E wollte nicht mit A gemeinsam vorsätzlich vorgehen. Ein gemeinsamer Tatentschluss liegt folglich nicht vor. E hat den Mord nicht gem. § 25 II gemeinschaftlich mit A begangen. Der Erfolg kann E nicht gem. § 25 II zugerechnet werden. Der Tatbestand ist nicht erfüllt.

b) Ergebnis Mord in Mittäterschaft

E hat sich nicht in Mittäterschaft mit A wegen Mordes an F gem. §§ 212 I, 211 I, 2 Gr. 1 Var. 4, Gr. 2 Var. 1, 25 II strafbar gemacht.

2. Mord in mittelbarer Täterschaft

E könnte sich wegen Mordes in mittelbarer Täterschaft an F dadurch strafbar gemacht haben, dass sie vergiftete Kekse an den A übersandt hat, §§ 212 I, 211 I, 2 Gr. 1 Var. 4, Gr. 2 Var. 1, 25 I Alt. 2.

a) Tatbestand**aa) Objektiver Tatbestand****(1) Nicht selbst täterschaftlich verwirklicht**

A, nicht E, hat den Tatbestand selbst täterschaftlich verwirklicht (s. o.).

(2) Straftat durch einen anderen begangen

Der durch A herbeigeführte Erfolg könnte E jedoch gem. § 25 I Alt. 2 zugerechnet werden. Dafür müsste E die Straftat durch einen anderen begangen haben. Erforderlich ist die zurechenbare Verursachung der Tatbestandsverwirklichung durch tatbeherrschende Steuerung des Tatnächsten im Wege des Ausnutzens eines deliktischen Minus. Maßgeblicher Leitgedanke ist dabei das Verantwortungsprinzip, wonach der volldeliktisch handelnde Tatnächste die strafrechtliche Verantwortung trägt.²² A tötete F volldeliktisch (s. o.). Nach dem Verantwortungsprinzip trägt danach der A die strafrechtliche Verantwortung. Eine Durchbrechung dieses Prinzips (sog. Tä-

ter hinter dem Täter Fälle²³) ist nicht angezeigt. E hat die Straftat prima facie nicht durch einen anderen begangen.

(a) Rein subjektive Theorie

Etwas anderes könnte sich jedoch nach der rein subjektiven Theorie ergeben. Hiernach ist entscheidend, ob der Beschuldigte die Ausführungshandlung mit Täterwillen unternommen, d. h. die Tat als eigene gewollt hat, oder ob er damit lediglich eine fremde Tat als fremde hat unterstützen wollen.²⁴ Nur im ersten Fall sei er Täter, im zweiten bloßer Gehilfe. E wollte, dass F stirbt. Nach der rein subjektiven Theorie ist E mittelbare Täterin.

(b) Gemäßigt subjektive Theorie

Etwas anderes verlangt die gemäßigt subjektive Theorie. Nach dieser ist Täter, wer mit seinem Tatbeitrag nicht bloß fremdes Tun fördern, sondern die Tat als eigene will.²⁵ Anhaltspunkte für die Täterschaft seien der Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, der Umfang der Tatbeteiligung, die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille zur Tatherrschaft, so dass Durchführung und Ausgang der Tat maßgeblich auch vom Willen des Beteiligten abhängen. E will F mit dem Tod abstrafen. Der Grad des eigenen Interesses ist mithin hoch. A hat die Tötungsabsicht der E durchschaut. Damit verlor E die Tatherrschaft. Die Durchführung sowie der Ausgang der Tat lagen damit in den Händen des A. Die Anhaltspunkte der gemäßigt subjektiven Theorie sprechen gegen eine Täterschaft der E. Hiernach ist E keine mittelbare Täterin.

(c) Tatherrschaftslehre

Die Tatherrschaftslehre fordert für die Bejahung der mittelbaren Täterschaft die Tatherrschaft, also die Möglichkeit des Hintermanns, den Vordermann zu lenken.²⁶ A hat die Tötungsabsicht der E durchschaut. Damit hatte E keinen Einfluss darauf, ob F die Kekse tatsächlich essen würde. E hatte das Geschehen nicht in den Händen. Nach der Tatherrschaftslehre ist E keine mittelbare Täterin.

(d) Streitentscheid

Die Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen. Der Streit muss entschieden werden. Für die rein subjektive Theorie spricht, dass nur sie mit der Lehre von der Äquivalenz aller Bedingungen zu vereinbaren ist. So führt Baumann²⁷ zutreffend an, dass wenn jede Verursachung zum Täter eines Erfolgsdeliktes machen könne, nicht einzusehen sei, wie im objektiven Bereich Kriterien gefunden werden können. Wegen der Gleichwertigkeit aller Bedingungen verspräche allein eine subjektive Abgrenzung Erfolg. Dagegen ist einzuwenden, dass sich

²³ Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 43 Rn. 38.

²⁴ RGSt 74, (84); BGHSt 18, 87 (89f.).

²⁵ Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 41 Rn. 8.

²⁶ Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2011, § 38 Rn. 42f.

²⁷ Baumann, Beihilfe bei eigenhändiger voller Tatbestandserfüllung, NJW 1963, 561 (562).

²¹ Freund, Strafrecht Allgemeiner Teil, Personale Straftatlehre, 2. Aufl. 2009 § 10 Rn. 158; Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2002, § 20 Rn. 104.

²² Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 43 Rn. 2, 5.

nicht das Gesetz an die Äquivalenzlehre, sondern die Lehre von der Äquivalenz an das Gesetz anpassen muss. Die rein subjektive Theorie ist nicht mit dem Wortlaut des § 25 I zu vereinbaren. Danach wird „als Täter... bestraft, wer die Straftat... begeht.“ Dass lediglich die innere Haltung maßgeblich sein soll, ist weder dem Wortlaut noch dem historischen Willen des Gesetzgebers²⁸ zu entnehmen. Ein Beschuldigter, der alle Tatbestandsmerkmale eigenhändig erfüllt, kann mit logischer Stringenz nur jener „wer“ des Tatbestandes sein, für den dann auch dessen Rechtsfolge – die Täterstrafe – gelten muss.²⁹ Die rein subjektive Theorie ist überholt, sie ist abzulehnen. Gegen die gemäßigt subjektive Theorie spricht, dass sie Schwierigkeiten hat, zu erklären, warum der in der Regel eigennützig handelnde Anstifter nicht ohne weiteres Täter ist.³⁰ Auch gibt es Tatbestände wie § 216 und den fremdnützigen Betrug, bei denen täterschaftliches Handeln offensichtlich nicht von der Verfolgung eigener Interessen abhängt und die gemäßigt subjektive Theorie daher nicht passt.³¹ Sie ist ebenso abzulehnen. Der Täterschaftslehre ist zu folgen. E ist keine mittelbare Täterin i. S. d. § 25 I Alt. 2.

bb) Ergebnis (objektiver) Tatbestand

Der objektive, mithin der gesamte Tatbestand sind nicht erfüllt.

b) Ergebnis Mord in mittelbarer Täterschaft

E hat sich nicht wegen Mordes an F in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 212 I, 211 I, 2 Gr. 1 Var. 4, Gr. 2 Var. 1, 25 I Alt. 2 strafbar gemacht.

3. Anstiftung zum Mord

E könnte sich wegen Anstiftung des A zum Mord an F gem. §§ 212 I, 211 I, 2 Gr. 1 Var. 4, Gr. 2 Var. 1, 26 strafbar gemacht haben, indem sie A vergiftete Kekse übersandt hat.

a) Tatbestand

aa) Objektiver Tatbestand

(1) Vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat

Gem. § 26 müsste eine vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat vorliegen. A hat sich wegen Mordes an F strafbar gemacht (s. o.). Eine vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat liegt damit vor.

(2) Bestimmen

Zu dieser vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Haupttat müsste die E den A gem. § 26 bestimmt haben. Bestimmen ist das Hervorrufen des Entschlusses zu einer konkreten rechtswidrigen Tat.³² Umstritten ist, welche Art

und Intensität der Täterbeeinflussung dieses Bestimmen erfordert.

(a) Verursachungstheorie

Nach der Verursachungstheorie genügt jedes (mit-)kausale Hervorrufen des Vorsatzes.³³ Als A die vergifteten Kekse bekam, sah er die ihm willkommene Gelegenheit, die F zu töten. E hat diese Gelegenheit durch das Übersenden der Kekse geschaffen. Nach der Verursachungstheorie hat E den A gem. § 26 bestimmt.

(b) Kommunikationstheorie

Die Kommunikationstheorie verlangt einen geistigen Kontakt zum Haupttäter, wobei man sich daran orientieren kann, ob die Äußerung Aufforderungscharakter hat.³⁴ E hat A wortlos vergiftete Kekse übersandt. Darin lässt sich objektiv lediglich sehen, dass A als Adressat die vergifteten Kekse essen solle. Einer wortlos übersandten Keksbox lässt sich jedoch nicht entnehmen, dass eine andere, nicht im Haushalt bzw. Hotelzimmer des Adressaten lebende Person von diesem getötet werden soll. Ein geistiger Kontakt liegt damit nicht vor. Nach der Kommunikationstheorie hat E den A nicht gem. § 26 bestimmt.

(c) Theorie vom Unrechtspakt

Puppe³⁵ vertritt die Ansicht, wonach ein Unrechtspakt zwischen Anstifter und Täter geschlossen werden müsse. Der Anstifter müsse dem Täter ein Versprechen oder eine Verpflichtung zur Tat abnehmen, die diesen faktisch binden solle. E hat dem A die Kekse ohne jedwede Bemerkung übersandt. Darin kann kein Abnehmen weder eines Versprechens noch einer Verpflichtung zum Teilen der Kekse mit F gesehen werden. Nach dieser Ansicht hat E den A nicht gem. § 26 bestimmt.

(d) Streitentscheid

Die Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen. Es muss Stellung genommen werden. Für die Verursachungstheorie spricht der Wortlaut des § 26. Dieser stellt keine qualitativen Anforderungen an das Bestimmen. Auch trägt sie dem Umstand Rechnung, dass die gezielte Schaffung tatprovokierender Umstände ein besonderes Maß an krimineller Energie zeigt.³⁶ Indes lässt sie den Strafraumen unberücksichtigt. Der Anstifter wird gem. § 26 a. A. gleich einem Täter bestraft. Das obwohl der Vordermann volldeliktisch und der Anstifter nur mittelbar handelt. Diesem Umstand wird ein qualitativ nicht differenzierendes Erfordernis ([mit-]kausales Verursachen) nicht gerecht. Die Verursachungstheorie ist abzulehnen. Dem daraus folgenden Erfordernis einer restriktiven Auslegung wird die Theorie vom Unrechtspakt gerecht. Indes ist eine derartige Reduzierung des

28 BT-Drs. IV/650, 147 f.

29 Herzberg, Grundfälle zur Lehre von Täterschaft und Teilnahme, JuS 1974, 237 (239).

30 Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 41 Rn. 9.

31 Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 41 Rn. 9.

32 Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 41 Rn. 5.

33 Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 45 Rn. 27.

34 Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 45 Rn. 27, 30.

35 Puppe, Der objektive Tatbestand der Anstiftung, GA 1984, 101 (112).

36 Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 45 Rn. 29.

Tatbestandsmerkmal mit dem Wortlaut des § 26 nicht zu vereinbaren; denn einen anderen zur Tat zu bestimmen ist etwas anderes, als ihn dazu zu verpflichten.³⁷ Die Theorie vom Unrechtspakt ist ebenso abzulehnen. Es wird somit der Kommunikationstheorie gefolgt. Damit hat E das Tatbestandsmerkmal des Bestimmens i. S. d. § 26 nicht erfüllt.

bb) Ergebnis objektiver Tatbestand

Der objektive, somit der gesamte Tatbestand sind nicht erfüllt.

b) Ergebnis Anstiftung zum Mord

E hat sich nicht wegen Anstiftung des A zum Mord an F gem. §§ 212 I, 211 I, 2 Gr. 1 Var. 4, Gr. 2 Var. 1, 26 strafbar gemacht.

4. Beihilfe zum Mord

E könnte sich als Gehilfin zu dem von A an F begangenen Mord gem. §§ 212 I, 211 I, 2 Gr. 1 Var. 4, Gr. 2 Var. 1, 27 strafbar gemacht haben, indem sie dem A vergiftete Kekse übersandt hat.

a) Tatbestand

aa) Objektiver Tatbestand

(1) Vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat

Die gem. § 27 I notwendige vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat liegt mit dem von A begangenen Mord an F vor (s. o.).

(2) Hilfe leisten

Hierzu müsste E gem. § 27 I Hilfe geleistet haben. Dafür muss sie einen für den Erfolg kausalen Beitrag geleistet und eine Risikosteigerung für das geschützte Rechtsgut bewirkt haben. Das gesetzte Risiko muss dabei hinreichend gewichtig gewesen sein.³⁸ E hat A vergiftete Kekse übersandt. Das Gift hat letztlich den Erfolg herbeigeführt. Damit hat E einen für den Erfolg kausalen Beitrag geleistet, der eine Risikosteigerung für das Leben der F verursacht hat. Dieses Risiko war auch hinreichend gewichtig, weil es schlussendlich die Kekse waren, die den Tod der F herbeigeführt haben. E hat A durch das Übersenden der Kekse Hilfe geleistet i. S. d. § 27. Der objektive Tatbestand ist erfüllt.

bb) Subjektiver Tatbestand

(1) Vorsatz

Fraglich ist, ob die E mit Gehilfenvorsatz gehandelt hat. Dieser muss sich auf die objektiven Merkmale der Haupttat und die Hilfeleistung erstrecken (sog. Doppelvorsatz) sowie auf die Begehung einer vollendeten Tat gerichtet sein.³⁹ Es genügt bedingter Vorsatz, d. h. die Gehilfin muss ihren Tatbeitrag sowie die wesentlichen

Merkmale der Haupttat, insbesondere deren Unrechts- und Angriffsrichtung zumindest für möglich halten und billigen.⁴⁰ Die Gehilfenhandlung kann bereits im Planungs- und Vorbereitungsstadium stattfinden.⁴¹

(a) Hilfe leisten

Zu prüfen ist der Vorsatz hinsichtlich des Hilfe leisten. E ging davon aus, dass A die Kekse mit F teilen würde, nicht, dass A sie nur der F anbieten würde. E wollte weniger Hilfe leisten als vielmehr einen Defekt des A ausnutzen. Dies könnte den Vorsatz gem. § 16 I 1 entfallen lassen. Dem ist zu entgegnen, dass das Hilfe leisten, also das Übersenden der Kekse notwendiger Bestandteil von E's Vorsatz war. Diese Argumentation wird durch die Parallele von § 212 zu § 223 gestützt. So ist die Erfüllung von § 223 notwendige Voraussetzung für die Erfüllung von § 212. Ob der Vorsatz nur auf die Verwirklichung des § 212 gerichtet war, spielt dabei keine Rolle.⁴² Dieser Argumentation steht auch nicht das Analogieverbot gem. Art. 103 II GG, § 1 entgegen: das Hilfe-Leisten stellt gegenüber dem Hervorrufen und Ausnutzen eines Defekts i. S. d. § 25 I Alt. 2 ein Minus dar, womit nach dem Grundsatz a maiori ad minus bei einem – nach seiner Vorstellung – mittelbar handelnden Täter der Vorsatz bzgl. des Hilfe-Leistens zu bejahen ist.⁴³ E hatte Vorsatz bezüglich des Hilfe-Leistens.

(b) Vorsätzlich rechtswidrige Tat

Problematisch ist, ob E auch Vorsatz bezüglich der vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat hatte. A tötete F vorsätzlich und rechtswidrig (s. o.). E dachte jedoch, A wäre ein vorsatzlos handelndes Werkzeug. Damit konnte E einen Umstand der Tat nicht, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört. Dies könnte einen Tatbestandsirrtum, § 16 I 1, darstellen, womit der Vorsatz entfiel. Ein Teil der Literatur widerspricht einer solchen Sichtweise. Wessels/Beulke⁴⁴ führt dazu aus, dass wer mittelbarer Täter sein will, nicht beschwert ist, wenn ihm nur eine minder schwere Beteiligungsform zur Last gelegt wird. Dem ist zu widersprechen. Derjenige, der mittelbarer Täter sein will, es aber tatsächlich nicht ist, ist natürlich beschwert, wenn ihm die Teilnahme zu einer Straftat zur Last gelegt wird. Aus kriminalpolitischen Erwägungen wird teilweise angeführt, dass sich aus dem Schuldspruch ergeben müsse, dass die vermeintlich mittelbare Täterin an der Tatverwirklichung mitgewirkt habe. Weiter wird angeführt, dass § 27 zwar realiter einen Vorsatz des Täters voraussetze, nicht aber notwendig die Kenntnis des Teilnehmers davon,⁴⁵ denn die Teilnahme sei ein „sekundär-

⁴⁰ BGH NStZ 2011, 399 (400).

⁴¹ BGHSt 46, 107 (115).

⁴² Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, § 21 Rn. 3

⁴³ Sinngemäß: Gallas, Täterschaft und Teilnahme, in: Materialien zur Strafrechtsreform, 1. Band, 1954, S. 121 (139).

⁴⁴ Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 42. Aufl. 2012, Rn. 549.

⁴⁵ Schünemann, in: Strafrechtsgesetzbuch – Leipziger Kommentar, Erster Band, 12. Aufl. 2006, § 25 Rn. 147.

³⁷ Schünemann, in: Strafrechtsgesetzbuch – Leipziger Kommentar, Erster Band, 12. Aufl. 2006, § 26 Rn. 10.

³⁸ Rogat, Die Zurechnung bei der Beihilfe, 1997, S. 163.

³⁹ Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 45 Rn. 114.

er“ Begriff, eine Mitwirkung ohne Tatherrschaft⁴⁶ und verlange keinen besonderen Teilnehmerwillen⁴⁷. All dem ist nicht zu folgen. Die Teilnahme fordert keinen „besonderen“ Teilnehmerwillen. Sie fordert gem. § 16 I 1 Kenntnis aller zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden Umstände bei Tatbegehung. Selbst wenn die Teilnahme ein „sekundärer“ Begriff ist, spielt dies für eine Einteilung zum gesetzlichen Tatbestand keine Rolle. Zu dem konkreten Tatbestand gehört gem. § 27 Abs. 1 eine vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat. E hingegen wollte das absolute Gegenteil von dem. A sollte nach ihren Vorstellungen eine nicht (!) vorsätzliche sowie nicht (!) rechtswidrige Tat begehen. Eine solche Analogie ist zu Lasten des Angeklagten nicht möglich, Art. 103 II GG, § 1. Kriminalpolitische Erwägungen können hieran nichts ändern. E kannte nicht alle zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden Umstände. Sie unterlag einem Tatbestandsirrtum, § 16 I 1. E hatte keinen Vorsatz bezüglich der vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat. E handelte ohne Gehilfenvorsatz. Der subjektive, mithin der gesamte Tatbestand sind nicht erfüllt.

(2) Ergebnis Beihilfe zum Mord

E hat sich wegen Beihilfe zum Mord an F gem. §§ 212 I, 211 I, 2 Gr. 1 Var. 4, Gr. 2 Var. 1, 27 nicht strafbar gemacht.

5. Versuchter Mord in mittelbarer Täterschaft

E könnte sich wegen versuchten Mordes in mittelbarer Täterschaft an F gem. 212 I, 211 I, 2 Gr. 1 Var. 4, Gr. 2 Var. 1, 25 I Alt. 2, 22, 23 I strafbar gemacht haben, indem sie A vergiftete Kekse übersandt hat.

a) Vorprüfung

Zunächst müsste der Versuch überhaupt strafbar sein. Der Versuch eines Verbrechens ist stets strafbar, § 23 I Hs. 1. § 212 I ist gem. § 12 I ein Verbrechen. Der versuchte Totschlag, mithin auch die Qualifikation des versuchten Mordes sind strafbar. Weiter dürfte keine zurechenbare Vollendung durch E vorliegen. A hat die F getötet (s. o.). Eine zurechenbare Vollendung liegt nicht vor.

b) Tatbestand

aa) Subjektiver Tatbestand

(1) Vorstellung von der Tatbestandsverwirklichung

E müsste vorsätzlich handeln. Dafür müsste sie sich gem. § 22 die Verwirklichung des Tatbestands vorgestellt haben. Sie müsste sich also vorgestellt haben, dass ein anderer Mensch durch sie als mittelbare Täterin getötet wird. Nur Tatgeneigtheit genügt nicht.⁴⁸ E ging davon aus, dass A nicht mitbekommen würde, dass die Kekse giftig. Die-

sen Defekt wollte E bewusst ausnutzen und stellte sich vor, dass A als vorsatzloses doloses Werkzeug die Kekse mit F gemeinsam essen und beide daran sterben würden. Sie konnte jedoch nicht wissen, ob A die Kekse tatsächlich essen würde, was für Tatgeneigtheit spricht. Dem ist jedoch zu entgegenen, dass E die Kekse auf bewusst unsicherer Tatsachengrundlage (sog. bedingter Handlungswille) abgesandt hat. Sie hat einen etwaigen inneren Vorbehalt spätestens mit dem Absenden aufgegeben. E war mithin nicht nur tatgeneigt. E stellte sich vor, den § 212 I zu verwirklichen. E könnte sich auch vorgestellt haben, F heimtückisch zu töten. E stellte sich vor, die Arg- und Wehrlosigkeit der F in feindlicher Willensrichtung bewusst auszunutzen. E stellte sich jedoch nicht vor, einen besonders verwerflichen Vertrauensbruch zu begehen. Sie stand mit der F in keiner Beziehung. Ob es eines besonders verwerflichen Vertrauensbruchs als weiteres Tatbestandsmerkmal überhaupt bedarf, ist umstritten. Für dessen Notwendigkeit spricht die absolute Strafandrohung von 15 Jahren gem. §§ 211 I, 38. So ergibt sich in verfassungskonformer Auslegung mit Art. 1 I, 2 I GG die Notwendigkeit restriktiver Auslegung. Dem ist entgegenzuhalten, dass dies bereits durch das Merkmal des Handelns in feindlicher Willensrichtung geschieht. Gegen das Tatbestandsmerkmal spricht auch die systematische Auslegung: so hat der Gesetzgeber mit den übrigen Tatbestandsmerkmalen des § 211 II besonders verachtenswerte Tatantriebe wie auch Tötungsvorgehensweisen normiert. Dass nunmehr durch die Erfordernis eines besonders verwerflichen Vertrauensbruchs ausgerechnet der besonders skrupellose Meuchelmord nicht erfasst werden soll, ergibt hiernach keinen Sinn. Das Tatbestandsmerkmal des besonders verwerflichen Vertrauensbruchs ist keine Voraussetzung für den heimtückischen Mord. E hat sich die Tatbestandsverwirklichung des heimtückischen Mordes gem. § 22 vorgestellt. Sie handelte vorsätzlich.

(2) Besondere subjektive Tatbestandsmerkmale

Darüber hinaus könnten besondere subjektive Tatbestandsmerkmale vorliegen. Allein das Vorliegen eines niedrigen Beweggrundes kommt in Betracht. E wollte F „abstrafen“, weil sie die Geliebte ihres Ehemanns ist. Dies könnte einen niedrigen Beweggrund darstellen. Dagegen spricht, dass die Monogamie gesellschaftlich anerkannt ist. Gegen diesen Wert hat die F als Geliebte des A's verstoßen. Insoweit vermag man das Verhalten der E irgendwie nachzuvollziehen. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass in der „Dreiecksbeziehung“ zwischen E, A und F, die F das schwächste Glied darstellt. Es ist nämlich der A, der das Vertrauensverhältnis zur F missbraucht. F und E haben ein solches Verhältnis gar nicht. Jemanden so entfernten zu töten, steht auf sittlich niedrigster Stufe. Ein niedriger Beweggrund liegt bei E mithin vor. Ein besonderes subjektives Tatbestandsmerkmal liegt vor. Der subjektive Tatbestand ist erfüllt.

⁴⁶ Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl. 2006, S. 268.

⁴⁷ Schönemann, in: Strafgesetzbuch – Leipziger Kommentar, Erster Band, 12. Aufl. 2006, § 25 Rn. 147.

⁴⁸ Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 34 Rn. 9.

bb) Objektiver Tatbestand

E müsste unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt haben, § 22. Über den dafür maßgeblichen Zeitpunkt bei der mittelbaren Täterschaft herrscht Streit.

(1) Gesamtlösung

Nach der Gesamtlösung stellen Hinter- und Vordermann eine Einheit dar. Der mittelbare Täter setzt danach unmittelbar an, wenn das Werkzeug die Schwelle des § 22 überschreitet.⁴⁹ A setzte mit Übergabe der Kekse unmittelbar an. Zu diesem Zeitpunkt hatte er keine Werkzeugqualität mehr. Entsprechend dem Verantwortungsprinzip hat E hiernach nicht unmittelbar angesetzt.

(2) Weite Einzellösung

Nach der weiten Einzellösung ist der maßgebliche Zeitpunkt für den Versuchsbeginn die erste Einflussnahme auf den Tatmittler.⁵⁰ Als A die Kekse erhielt, nahm E das erste Mal auf A Einfluss. Zu diesem Zeitpunkt hatte A noch keinen Defekt. Hiernach hat E unmittelbar angesetzt.

(3) Differenzierende Einzellösung

Die differenzierende Einzellösung unterscheidet zwischen dem gutgläubigen (dann weite Einzellösung) und dem bösgläubigen (dann Gesamtlösung) Werkzeug.⁵¹ A ist bösgläubig. Nach der differenzierenden Einzellösung hat E nicht unmittelbar angesetzt.

(4) Modifizierte Einzellösung

Nach der modifizierten Einzellösung beginnt der Versuch des mittelbaren Täters, wenn er den Geschehensverlauf aus der Hand gibt.⁵² E hat vergiftete Kekse an A geschickt. Damit legte sie das weitere Geschehen in die Hände der Post und dann des A. Hiernach hat E unmittelbar angesetzt.

(5) Streitentscheid

Die Ansichten kommen zu unterschiedlichen Lösungen. Es muss Stellung genommen werden. Hauptargument der Gesamtlösung ist, dass der mittelbare Täter für einen Versuch nicht strenger als ein Anstifter haften dürfte, dessen Haftung streng akzessorisch von der Haupttat abhängig ist. Dem ist zu entgegnen, dass das Ausnutzen eines Defekts bei einem Werkzeug schwerlich mit dem Anstiften eines Haupttäters vergleichbar ist. Im Übrigen ist es nicht sachgerecht, den Versuchsbeginn derart weit nach hinten zu verschieben. Der mittelbare Täter hat immerhin die Tatherrschaft. Und nur durch eine Vorverlagerung des Versuchsbeginns lassen sich erhebliche

Strafbarkeitslücken schließen.⁵³ Auch aus dem Wortlaut des § 22 ergibt sich nicht, dass der Vordermann für den Versuchsbeginn maßgeblich sein soll. Die Gesamtlösung ist abzulehnen. Die weite Einzellösung ist die Antwort auf die Schwächen der Gesamtlösung. Nur durch ein so frühes Ansetzen werden Strafbarkeitslücken vermieden. Aber dem ist zu entgegnen, dass alleine die Einwirkung keine unmittelbare Gefahr für das Rechtsgut darstellt.⁵⁴ Hier werden die Grenzen zwischen strafloser Vorbereitung und Versuchsstrafbarkeit vermischt. Dem Hintermann verbleibt immerhin die problemlose Möglichkeit, nicht weiter einzuwirken. Die weite Einzellösung ist zu extensiv. Die weite Einzellösung ist nicht anzuwenden. Für die differenzierende Einzellösung spricht prima facie, dass der Einsatz eines nichtdolosen Tatmittlers mit größerer Sicherheit zum Erfolge führt, sodass wegen der gesteigerten Gefährlichkeit dieser Form der mittelbaren Täterschaft eine frühere Ansetzung der Versuchsgrenze gerechtfertigt ist.⁵⁵ Dem ist jedoch mit Roxin⁵⁶ nicht zuzustimmen. So stellt er richtig fest, dass bestimmte Taten überhaupt nur mit Hilfe der erhöhten kriminellen Energie eines gutgläubigen Werkzeugs durchführbar sind. Den Versuchsbeginn für den Hintermann dann nach hinten hinauszuschieben, macht demnach keinen Sinn. Im Übrigen widerspricht es dem bei der mittelbareren Täterschaft grundsätzlich geltenden Verantwortungsprinzip, dem Hintermann die Tat respektive den Versuch eines defektlosen Werkzeuges zuzurechnen. Die differenzierende Einzellösung ist abzulehnen. Die modifizierte Einzellösung ist die Antwort auf die Nachteile der weiten Einzellösung. Wenn der Täter eine Vorsatzgefahr für den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolg geschaffen haben muss, kann nämlich nicht die Rede davon sein, dass das Rechtsgut noch gar nicht gefährdet ist, wenn der Hintermann das Werkzeug aus seinem Einflussbereich entlassen hat.⁵⁷ Der modifizierten Einzellösung ist zu folgen. E hat unmittelbar angesetzt i. S. d. § 22. Der objektive Tatbestand und somit der ganze Tatbestand sind erfüllt.

c) Rechtswidrigkeit und Schuld

E handelt rechtswidrig und schuldhaft.

d) Ergebnis versuchter Mord in mittelbarer Täterschaft

E hat sich wegen versuchten Mordes in mittelbarer Täterschaft an F gem. 212 I, 211 I, 2 Gr. 1 Var. 4, Gr. 2 Var. 1, 2 5 I Alt. 2, 22, 23 I strafbar gemacht.

⁵³ Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 36 Rn. 6.

⁵⁴ Otto, Versuch und Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten (I. Teil), JA 1980, S. 641 (646).

⁵⁵ Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, II. Band, 2003, § 29 III Rn. 258.

⁵⁶ Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, II. Band, 2003, § 29 III Rn. 258.

⁵⁷ Puppe, Der Versuch des mittelbaren Täters, in: Festschrift für Hans Dahs, 2005, S. 173 (187).

⁴⁹ Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 36 Rn. 5.

⁵⁰ Baumann/Weber/Mitsch Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 29 Rn. 155.

⁵¹ Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 36 Rn. 9.

⁵² Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 36 Rn. 11.

III. Strafbarkeit der E in Bezug auf A

1. Versuchter Mord

Indem E dem A vergiftete Kekse übersandt hat, könnte sie sich wegen versuchten Mordes an A gem. §§ 212 I, 211 I, 2 Gr. 1 Var. 3, Gr. 2 Var. 1, 22, 23 I strafbar gemacht haben.

a) Vorprüfung

Die Versuchsstrafbarkeit der §§ 211 f. ist gegeben (s. o.). A ist nicht tot. Der Erfolg ist nicht eingetreten.

b) Tatbestandsmäßigkeit

aa) Subjektiver Tatbestand

(1) Vorstellung von der Tatbestandsverwirklichung

Vorsatz müsste vorliegen. E stellte sich vor, dass A die Kekse essen und daran sterben würde. Sie stellte sich auch vor, die Arg- und Wehrlosigkeit des A bewusst und in feindlicher Willensrichtung auszunutzen. E stellte sich mithin vor, den A heimtückisch zu töten.

(2) Besondere subjektive Merkmale

Weiter könnte Habgier vorliegen. E sorgt sich um ihre Absicherung, weswegen sie den für sie erlösenden Erbfall herbeiführen will. Damit wollte sie A in rücksichtsloser Weise töten, um an das Erbe zu kommen. E handelte aus Habgier. Der subjektive Tatbestand ist erfüllt.

bb) Objektiver Tatbestand

Zu prüfen ist, ob der objektive Tatbestand erfüllt ist. Dafür müsste E unmittelbar i. S. d. § 22 angesetzt haben. Ein Täter i. S. d. § 25 I Alt. 1 setzt unmittelbar an, wenn der Täter subjektiv die Schwelle zum „jetzt geht es los“ überschreitet und objektiv zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung ansetzt, so dass sein Tun ohne Zwischenakte in die Tatbestandserfüllung übergeht.⁵⁸ E ging mit dem Absenden der Kekse davon aus, dass A die Kekse essen würde. Damit überschreitet sie die Schwelle zum „jetzt geht es los“ und setzte zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung an. Das Essen der Kekse durch A stellt lediglich einen unwesentlichen Kausalfaktor im Erfolgswirklichungsprogramm der E dar. Damit liegen keine wesentlichen Zwischenschritte vor. E hat unmittelbar angesetzt gem. § 22. Der objektive Tatbestand ist erfüllt. E handelte tatbestandsgemäß.

c) Rechtswidrigkeit und Schuld

E handelt rechtswidrig und schuldhaft.

d) Ergebnis versuchter Mord

E hat sich wegen versuchten Mordes gem. §§ 212 I, 211 I, 2 Gr. 1 Var. 3, Gr. 2 Var. 1, 22, 23 I strafbar gemacht.

2. Endergebnis E

Es ist festzustellen, in welchem Verhältnis die von E begangenen Straftaten zueinander stehen. Den von E begangenen Straftaten liegt eine Willensbetätigung zugrunde. Damit liegt eine Handlungseinheit vor. Umstritten ist, ob der Versuch von § 212 I vom Versuch des § 211 im Wege der Spezialität verdrängt wird. Spezialität liegt vor, wenn § 211 eine Qualifikation gegenüber § 212 ist. Dagegen spricht, dass Qualifikationen im StGB grundsätzlich hinter dem Grunddelikt stehen und nicht – wie hier – umgekehrt. Dem ist jedoch zu entgegen, dass § 211 aufgrund seiner überragenden Bedeutung an die erste Stelle des sechzehnten Abschnitts gestellt wurde. Diese Sichtweise wird dadurch gestützt, dass die vorsätzliche Tötung des § 212 ein notwendiges Merkmal des § 211 StGB ist.⁵⁹ Auch der Wortlaut des § 212 – „ohne Mörder zu sein“ – widerspricht dem nicht. Die Täterspezialbezeichnung soll lediglich auf die besondere Rolle hinweisen, die bei Abgrenzung von Mord und Totschlag der Persönlichkeit des Täters zukommt.⁶⁰ Dementsprechend stellt § 211 eine Qualifikation zu § 212 dar. Der Versuch von § 212 I geht im Wege der Spezialität hinter den Versuch des § 211 zurück. E hat sich gem. § 211 I, 2 Gr. 1 Var. 4, Gr. 2 Var. 1, 25 I Alt. 2, 22, 23 I in Tateinheit (§ 52 I) mit § 211 I, 2 Gr. 1 Var. 3, Gr. 2 Var. 1, 22, 23 I strafbar gemacht.

IV. Strafbarkeit des L in Bezug auf F

1. Beihilfe zum versuchten Mord

L könnte sich wegen Beihilfe zum versuchten Mord der E an F strafbar gemacht haben, indem er E vergiftete Kekse übergeben hat, § 211 I, 2 Gr. 1 Var. 4, Gr. 2 Var. 1, 25 I Alt. 2, 22, 27.

a) Tatbestand

aa) Objektiver Tatbestand

(1) Vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat

Eine vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat liegt mit dem versuchten Mord in mittelbarer Täterschaft der E an F vor.

(2) Hilfe leisten

Zu dieser Tat müsste L Hilfe geleistet haben. L hat Kekse mit tödlich wirkendem Gift präpariert und sie an E übergeben. Durch die giftige Wirkung der Kekse sollte F sterben. L hat der E Hilfe geleistet. Der objektive Tatbestand ist erfüllt.

bb) Subjektiver Tatbestand

L müsste mit Doppelvorsatz und mit Vorsatz hinsichtlich der Tatbeendigung gehandelt haben. Die Person des Ausführenden braucht der Gehilfe dabei nicht zu ken-

⁵⁸ BGHSt 48, 34 (36).

⁵⁹ Lange, Die Schuld des Teilnehmers, insbesondere bei Tötungs- und Wirtschaftsverbrechen, JR 1949, 165 (171).

⁶⁰ Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, vor § 211 Rn. 6.

nen.⁶¹ L wusste von den Plänen und den Motiven der E, die F durch den vorsatzlos handelnden A mit Hilfe der Kekse heimtückisch umbringen zu lassen. Mindestens billigte er dies mit der Kekseübergabe. Der subjektive Tatbestand ist erfüllt.

c) Neutrale Beihilfe

Etwas anderes könnte sich unter dem Aspekt der sog. neutralen Beihilfe ergeben. Darunter versteht man berufstypische alltägliche Verhaltensweisen, welche die Begehung einer Straftat ermöglichen oder erleichtern.⁶² Deren Rechtsfolge ist im Hinblick auf die Berufsfreiheit gem. Art. 12 I GG umstritten. L ist Lebensmittelchemiker. Der Beruf eines Lebensmittelchemikers umfasst die Herstellung vergifteter Kekse nicht. Es liegt keine berufstypische Verhaltensweise vor. Neutrale Beihilfe liegt nicht vor. L handelte tatbestandsmäßig.

b) Rechtswidrigkeit und Schuld

L handelt rechtswidrig und schuldhaft.

c) Strafrahmen Verschiebung

Der Strafrahmen könnte sich verschieben. Gem. § 27 II 2 ist die Strafe nach § 49 I zu mildern. Über diese Strafrahmenverschiebung hinaus könnte die Strafe ein weiteres Mal nach § 49 I gemildert werden. Dies wäre gem. § 28 I der Fall, wenn beim Teilnehmer besondere persönliche Merkmale fehlen, welche die Strafbarkeit des Täters begründen und eine doppelte Milderung überhaupt möglich ist.

aa) Besondere persönliche Merkmale

Besondere persönliche Merkmale sind besondere persönliche Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände, § 14 I. E handelte aus Habgier, L nicht. Habgier ist ein besonderes persönliches Merkmal.⁶³ Damit liegt ein besonderes Merkmal beim Täter und nicht beim Gehilfen vor.

bb) Strafbegründendes Merkmal

Habgier könnte ein strafbegründendes Merkmal darstellen. Wie im Endergebnis zu E festgestellt, stellt § 211 eine Qualifikation dar. Damit ist Habgier kein strafbegründendes, sondern ein strafscharfendes Merkmal i. S. d. § 28 II. Hiernach gelten persönliche Merkmale nur für den Beteiligten, bei dem sie vorliegen. Da jedoch bereits Heimtücke als tatbezogenes Mordmerkmal vorliegt, ändert sich am Strafrahmen nichts. Eine Strafrahmenverschiebung gem. §§ 28 I, 49 I scheidet aus.

d) Ergebnis Beihilfe zum versuchten Mord

L hat sich wegen Beihilfe zum versuchten Mord an F gem. §§ 212 I, 211 I, 2 Gr. 2 Var. 1, 25 I Alt. 2, 22, 27 strafbar gemacht.

⁶¹ Bezogen auf die restriktiver zu handhabende Anstiftung: BGHSt 6, 359 (360 f.).

⁶² Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 35 Rn. 101.

⁶³ Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, § 5 Rn. 3.

V. Strafbarkeit des L in Bezug auf A

1. Beihilfe zum versuchten Mord

L könnte sich wegen Beihilfe zum versuchten Mord der E an A gem. §§ 212 I, 211 I, 2 Gr. 2 Var. 1, 22, 27 strafbar gemacht haben, indem er der E vergiftete Kekse übergab.

a) Tatbestand

aa) Objektiver Tatbestand

Eine vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat liegt vor. Durch das Übergeben der vergifteten Kekse an E hat L Hilfe zu dem versuchten Mord an A geleistet. Der objektive Tatbestand ist erfüllt

bb) Subjektiver Tatbestand

L wusste, dass E den A durch seine Kekse heimtückisch umbringen wollte. Mindestens billigte er dies auch. L handelte subjektiv tatbestandsmäßig. Der Tatbestand ist erfüllt.

b) Rechtswidrigkeit und Schuld

L handelte rechtswidrig und schuldhaft.

c) Ergebnis Beihilfe zum versuchten Mord

L hat sich wegen Beihilfe zum versuchten Mord an A gem. §§ 212 I, 211 I, 2 Gr. 2 Var. 1, 22, 27 strafbar gemacht.

5. Endergebnis Strafbarkeit des L

Zu prüfen ist, in welchem Verhältnis die von L begangenen Straftaten stehen. Es liegt eine Willensbetätigung des L, mithin eine Handlungseinheit vor. Die Beihilfe zu dem Versuch des § 212 I geht im Wege der Spezialität hinter die Beihilfe zum Versuch des § 211 zurück. L hat sich wegen Beihilfe zum versuchten Mord an F gem. §§ 212 I, 211 I, 2 Gr. 2 Var. 1, 25 I Alt. 2, 22, 27 in Tateinheit (§ 52 I) mit Beihilfe zum versuchten Mord an A gem. §§ 212 I, 211 I, 2 Gr. 2 Var. 1, 22, 27 in strafbar gemacht.

B. Das Geschehen nach der Beerdigung

I. Strafbarkeit des A

1. Körperverletzung – Fausthieb

Indem A dem C mit der Faust gegen Kopf schlug, könnte er sich wegen gefährlicher Körperverletzung strafbar gemacht haben, §§ 223 I, 224 I Nr. 5.

a) Tatbestand

aa) Objektiver Tatbestand

(1) Körperverletzung

Gemäß § 223 I müsste A eine andere Person körperlich misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt haben.

(a) Körperliche Misshandlung

Eine körperliche Misshandlung i. S. d. § 223 I Alt. 1 ist eine nicht bloß unerhebliche Beeinträchtigung des kör-

perlichen Wohlbefindens und eine üble, unangemessene (sozialwidrige) Behandlung des Verletzten.⁶⁴ A hat C einen Fausthieb gegen den Kopf verpasst. Ein solcher Hieb verursacht Schmerzen. Er stellt eine erhebliche Beeinträchtigung von C's körperlichen Wohlbefinden dar. Auch stellt der Faustschlag eine üble, unangemessene und sozialwidrige Behandlung dar. Eine körperliche Misshandlung liegt vor.

(b) Gesundheitsschädigung

Unter einer Gesundheitsschädigung gem. § 223 I Alt. 2 versteht man das Hervorrufen oder Steigern eines – nicht nur unerheblichen – krankhaften Zustandes.⁶⁵ Ein Fausthieb verursacht regelmäßig Hämatome oder Schwellungen. Hierüber gibt der Sachverhalt jedoch keine Auskunft. Entsprechend dem Grundsatz in dubio pro reo (Art. 103 II GG) muss dies verneint werden. Dies kann im Übrigen auch dahinstehen, da bereits das Tatbestandsmerkmal der § 223 I Alt. 1 erfüllt ist. Eine Gesundheitsschädigung liegt nicht vor. Der objektive Tatbestand des § 223 I Alt. 1 ist erfüllt.

(2) Gefährliche Körperverletzung

A könnte auch die Qualifikation des § 224 I erfüllt haben. In Betracht kommt alleine § 224 I Nr. 5. Tatbestandsvoraussetzung ist eine lebensgefährdende Behandlung. Umstritten ist, ob eine konkrete Lebensgefährdung eintreten muss oder der Angriff abstrakt generell Lebensgefährlich sein muss. A hat dem C einen Hieb verpasst. C fiel zu Boden, war jedoch im Begriff, einen Gegenangriff zu starten. Damit wurde er durch den Hieb nicht konkret lebensgefährlich verletzt. Gegen eine abstrakte Lebensgefahr spricht die verhältnismäßig massive Schädeldecke eines Menschen. Auch der Box-Sport spricht dagegen. Würde bereits ein Hieb abstrakt lebensgefährlich sein, würden bereits viele Menschen beim Box-Sport gestorben sein. Zwar trainieren Boxer regelmäßig, um gegen Schläge gewappnet zu sein. An der Schädeldecke lassen sich jedoch keine den Schlag abfedernden Muskeln trainieren. Der Hieb des A war mithin nicht abstrakt lebensgefährlich. Beide Ansichten kommen zum selben Ergebnis. Ein Streitentscheid ist entbehrlich. § 224 I Nr. 5 ist nicht erfüllt. Der objektive Tatbestand des § 224 I ist nicht erfüllt.

bb) Subjektiver Tatbestand

A müsste vorsätzlich gehandelt haben. A wollte den C gegen den Kopf schlagen. Er wusste, dass dies eine körperliche Misshandlung i. S. d. § 223 I Alt. 1 darstellen würde. A handelte mit Vorsatz. Der subjektive Tatbestand ist erfüllt.

b) Rechtswidrigkeit

A müsste rechtswidrig gehandelt haben. Es dürfte kein Rechtfertigungsgrund vorliegen. A könnte in Notwehr gehandelt haben. Dann wäre er gem. § 32 I a. E. gerechtfertigt.

aa) Notwehrlage

Dafür müsste eine Notwehrlage bestehen. Voraussetzung dafür ist das Vorliegen eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs. Ein Angriff ist jedes menschliche Verhalten, das ein rechtlich geschütztes Individualinteresse bedroht oder verletzt.⁶⁶ C macht Anstalten, auf A einzuschlagen. Damit ist das rechtlich geschützte Individualrechtsgut Leib des A bedroht. Ein Angriff liegt vor. Gegenwärtig ist ein Angriff, wenn er unmittelbar bevorsteht, gerade stattfindet oder noch fort dauert.⁶⁷ C macht Anstalten, auf A einzuschlagen. Der Angriff steht unmittelbar bevor. Damit ist er gegenwärtig. Rechtswidrig ist der gegenwärtige Angriff, wenn er nicht seinerseits gerechtfertigt ist.⁶⁸ Bei C liegt kein Rechtfertigungsgrund vor. Der gegenwärtige Angriff ist rechtswidrig. Die Notwehrlage besteht.

bb) Notwehrhandlung

Der Hieb gegen den Kopf des C müsste eine Notwehrhandlung darstellen. Eine Notwehrhandlung ist die erforderliche und gebotene Verteidigung gegenüber dem Angreifer.

(1) Verteidigung

A müsste sich gegen den Angriff verteidigt haben. Nachdem C Anstalten macht, auf A einzuschlagen, setzt sich A durch einen Faustschlag zur Wehr. A hat sich verteidigt.

(2) Erforderlichkeit

Zu prüfen ist, ob der Hieb erforderlich war. Er ist erforderlich, wenn er geeignet ist und das mildeste Mittel eingesetzt wurde.

(a) Geeignetheit

Die Verteidigungshandlung müsste geeignet sein. Geeignet sind die Verteidigungshandlungen, die den Angriff sofort und endgültig beenden können. Auch schwächere Mittel sind geeignet, wenn zumindest eine Verzögerung des Angriffs zu erwarten ist.⁶⁹ C ging nach dem Fausthieb zu Boden. Er stellte sich zwar nur hilflos, aber sein geplanter Angriff wurde verzögert. Die Verteidigung war geeignet.

⁶⁶ Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 18 Rn. 6.

⁶⁷ Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 18 Rn. 19.

⁶⁸ Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 18 Rn. 28.

⁶⁹ Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 18 Rn. 33.

⁶⁴ BGHSt 14, 269 (269).

⁶⁵ Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, § 13 Rn. 11.

(b) Mildestes Mittel

Der Hieb müsste das mildeste Mittel darstellen. Das mildeste Mittel ist die Handlung, die auf die schonendste Weise mit dem mildesten zur Verfügung stehenden Mittel den Angriff effektiv und endgültig abwehren kann, wobei sich der Angegriffene nicht auf das Risiko einer ungenügenden Abwehrhandlung einzulassen braucht.⁷⁰ Dass dem A mildere Alternativen bestanden, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen. Auf einen eventuell milderen, nicht so geeigneten Hieb gegen den Brust muss sich der A nicht beschränken; die Aggression geht nämlich vom C aus. Der Hieb stellt das mildeste Mittel dar.

(3) Gebotenheit

Die Verteidigung müsste geboten sein. Die Verteidigung ist geboten, wenn sie sich im Rahmen des normativ Angemessenen bewegt.⁷¹ Dies ist hier der Fall. Die Verteidigung ist geboten. Der Hieb des A stellt eine Notwehrhandlung dar.

cc) Subjektives Rechtfertigungselement

Das subjektive Rechtfertigungselement könnte vorliegen. Strittig ist, ob dies überhaupt notwendig ist und wenn ja, wie weit es reicht. Die weitgehendste Ansicht verlangt ein Handeln in Kenntnis der objektiven Notwehrovoraussetzungen sowie ein Handeln in Verteidigungsabsicht. A wusste, dass ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff seitens C vorliegt. Dagegen verteidigte er sich mit einem Hieb. Die weitgehendste Ansicht ist damit erfüllt. Ein Streitentscheid über die Notwendigkeit und die Reichweite des subjektiven Rechtfertigungselements kann dahinstehen. A handelte in Notwehr, § 32. Er ist gerechtfertigt gem. § 32 I a. E.

c) Ergebnis gefährliche Körperverletzung – Fausthieb

A hat sich durch den Fausthieb nicht gem. §§ 223, 224 I Nr. 5 strafbar gemacht.

2. Gefährliche Körperverletzung – Fußtritte

A könnte sich wegen gefährlichen Körperverletzung strafbar gemacht haben, indem er dem C zwei wuchtige Tritte in die Magengrube versetzt hat, §§ 223 i, 224 I Nr. 2 Var. 2, Nr. 5.

a) Tatbestand**aa) Objektiver Tatbestand****(1) Körperverletzung**

Eine körperliche Misshandlung i. S. d. § 223 I Alt. 1 könnte vorliegen. A trat zweimal wuchtig in die Magengrube. Dies stellt eine erhebliche Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens des C dar. Auch sind die Tritte eine üble, unangemessene sozialwidrige Behandlung des Verletzten. Eine körperliche Misshandlung liegt

vor. Ebenso könnte eine Gesundheitsschädigung i. S. d. § 223 I Alt. 2 vorliegen. Die Magengrube ist ein äußerst empfindlicher Bereich. Die wuchtigen Tritte verursachten beim C Atemnot. Dies stellt einen erheblich krankhaften Zustand dar, der der Heilung bedarf. Eine Gesundheitsschädigung liegt vor. Der objektive Tatbestand des § 223 I ist erfüllt.

(2) Gefährliche Körperverletzung

§ 224 I könnte erfüllt sein. In Betracht kommen § 224 I Nr. 2 Alt. 2 und Nr. 5.

(a) Mittels eines anderen gefährlichen Werkzeuges

A könnte die Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeuges begangen haben. Ein gefährliches Werkzeug ist jeder Gegenstand, der nach der Art seiner Benutzung im konkreten Einzelfall geeignet ist, erhebliche Körperverletzungen herbeizuführen.⁷² A versetzte dem C zwei wuchtige Tritte in die Magengrube. Den Sachverhalt lebensnah ausgelegt, trug A dabei Schuhe. Diese Schuhe könnten ein gefährliches Werkzeug darstellen. Die Magengrube ist ein äußerst empfindlicher Bereich. Die in der Magengrube befindlichen Organe sind nicht durch Knochen geschützt. Zwei wuchtige Tritte in diese Gegend mithilfe von Schuhen ist daher geeignet, erhebliche Körperverletzungen herbeizuführen. Das C durch die Tritte in Atemnot geriet, unterstreicht diese Ansicht. Die Schuhe sind nach der Art ihrer Benutzung geeignet, erhebliche Körperverletzungen herbeizuführen. Die Art der Schuhe kann an einer solch empfindlichen Körperstelle dahinstehen. Der A hat die Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeuges begangen.

(b) Mittels einer das Leben gefährdender Behandlung

A könnte die Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung begangen haben.

(aa) konkret lebensgefährlich

Die Tritte könnten konkret lebensgefährlich sein. C bekam „nur“ Atemnot. Damit sind die Tritte nicht konkret lebensgefährlich.

(bb) Abstrakt generell lebensgefährlich

Die Tritte könnten eine abstrakt generelle Lebensgefahr darstellen. Die Magengrube ist eine empfindliche Körperregion (vgl. Ausführungen zum gefährlichen Werkzeug). Gerade ein Durchschnittsmensch ohne trainierte Bauchmuskeln vermag Tritte, besonders wenn sie mit Wucht vorgenommen werden, nicht abzufangen. Die Tritte wirken damit ungehindert auf die im Bauch befindlichen inneren Organe ein. Eine Beschädigung dieser Organe kann zum Tod führen. Damit sind die Tritte abstrakt generell lebensgefährlich.

⁷⁰ Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 18 Rn. 36.

⁷¹ Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 16 Rn. 35.

⁷² BGH NSStZ 2010, 159.

(cc) Streitentscheid

Die Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen. Es muss sich für eine Ansicht entschieden werden. Für die konkrete Gefahr spricht, dass sie für den Rechtsanwender leichter zu ermitteln ist als die abstrakt generelle Gefahr. Sie stellt eine höhere Gesetzesbindung durch weniger Anwendungsspielraum sicher. Ihr ist jedoch die Systematik entgegenzuhalten: die Nr. 1 bis 4 des § 224 I setzen nämlich auch keine konkrete Lebensgefahr voraus. Sie stellen nur abstrakte Voraussetzungen auf. Der Wortlaut des § 224 I Nr. 5 bestätigt diese Sichtweise: das Gesetz fordert eine „lebensgefährdende Behandlung“, nicht ein Herbeiführen einer Lebensgefahr.⁷³ Auch der Wille des Gesetzgebers ergibt nicht Gegenteiliges. Er fordert (nur) eine abstrakt generelle Lebensgefahr.⁷⁴ § 224 I Nr. 5 bezieht sich auf abstrakt generelle Lebensgefahren. Der A hat die Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung begangen. Der objektive Tatbestand des § 224 I Nr. 1 bis 4 und Nr. 5, mithin der gesamte objektive Tatbestand sind erfüllt.

bb) Subjektiver Tatbestand

Es bedarf vorsätzlichen Handelns seitens A. A wusste, dass er den C mit den Tritten körperlich misshandeln und an der Gesundheit schädigen würde. Dies wollte er auch. Dass er die Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs begeht, wusste und wollte er. A wusste, dass der Magen eine ungeschützte, empfindliche Stelle ist. Die abstrakte Lebensgefahr nahm er billigend in Kauf. A handelte vorsätzlich. Der subjektive Tatbestand ist erfüllt.

b) Rechtswidrigkeit

A müsste rechtswidrig handeln. Dem könnte ein Handeln in Notwehr entgegen stehen. Damit wäre A gerechtfertigt gem. § 32 I a. E.

aa) Notwehrlage

Eine Notwehrlage könnte bestehen. C wollte mit einem Messer auf den A einstechen. Damit stand ein Angriff gegen die rechtlich geschützten Individualrechtsgüter Leib und Leben des A unmittelbar bevor. C ist nicht gerechtfertigt. Ein rechtswidriger gegenwärtiger Angriff liegt vor. Eine Notwehrlage besteht.

bb) Notwehrhandlung**(1) Verteidigung**

A müsste sich verteidigt haben. A trat dem C zweimal in den Bauch. A hat sich verteidigt.

(2) Erforderlichkeit

Die Tritte müssten erforderlich sein.

⁷³ Joecks, Strafgesetzbuch Studienkommentar, 9. Aufl. 2010, § 225 Rn. 49.

⁷⁴ BT-Drs. 13/8587, 83.

(a) Geeignetheit

Der Angriff des C konnte endgültig abgewehrt werden. Die zwei Tritte sind geeignet.

(b) Mildestes Mittel

Fraglich ist, ob dies auch das mildeste Mittel darstellt. Ob die Verteidigungshandlung erforderlich ist, hängt im Wesentlichen von Art und Maß des Angriffs ab.⁷⁵ A hat den C zweimal wuchtig getreten. Als alternatives milderes Mittel kommt nach dem Sachverhalt allein das einmalige Zutreten in Betracht. Dafür spricht, dass die Mägengegend sehr empfindsam ist, womit bereits ein Tritt die effektive Abwehr des Angriffs verspricht. Dagegen spricht, dass C mit einem Messer auf den A einstechen wollte. Für A bestanden mithin erhebliche Gefahren für Leib und Leben. A muss sich auf weniger erfolgsversprechende Mittel nicht einlassen. Dies ergibt sich auch daraus, dass die Aggression von C ausgeht. Demnach stellen die zwei Tritte das mildeste Mittel dar.

(2) Gebotenheit

Die Verteidigung bewegt sich im normativ Angemessenen. Die Verteidigung ist somit geboten. Die zwei Tritte des A stellen eine Notwehrhandlung dar.

cc) Subjektives Rechtfertigungselement

Zu prüfen ist, ob die subjektiven Rechtfertigungselemente vorliegen. C hat sich hilflos gestellt, um A dann anzugreifen. A wusste das nicht. A versetzte C zwei Tritte nur zu Erziehungszwecken, nicht, um den Angriff abzuwehren. A hatte weder Kenntnis von der Notwehrlage noch handelte er mit Verteidigungsabsicht. Beide subjektive Rechtfertigungselemente fehlen. Fraglich ist, ob diese überhaupt erforderlich sind und wenn ja, was die konkrete Rechtsfolge ist.

(1) Entbehrlichkeit subjektiver Rechtfertigungselemente

Fraglich ist, ob ein subjektives Rechtfertigungselement überhaupt erforderlich. Spendel⁷⁶ als Vertreter des objektiven Unrechtsverständnisses lehnt ein solches gänzlich ab. Hiernach wäre A gerechtfertigt. Hält man ein solches objektives Unrechtsverständnis für zutreffend, ist dies nur konsequent. Diese Sichtweise wird dadurch gestützt, dass rechtswidriges Handeln nicht durch das Streben nach erlaubten Zwecken, rechtmäßiges Handeln nicht durch die Beabsichtigung verbotener Folgen seinen Charakter verliert.⁷⁷ Dem ist indes zu entgegen, dass alleine der Charakter einer Handlung nicht maßgeblich für die Strafbarkeit ist. Gegen Spendels Ansicht wird teilweise der Wortlaut des § 32 II angeführt.⁷⁸ Aus

⁷⁵ BGH WStZ 2006, 152.

⁷⁶ Spendel, Gegen den „Verteidigungswillen“ als Notwehrrfordernis, in: Festschrift für Paul Bockelmann, 1979, S. 245 (245).

⁷⁷ Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1964, S. 141.

⁷⁸ Frisch, Grund- und Grenzprobleme des sog. subjektiven Recht-

der Formulierung „um... abzuwenden“ ließe sich auf einen entsprechenden Willen des Gesetzgebers schließen. Diese Sichtweise überzeugt jedoch nicht. So ließe sich ebenso behaupten, dass der Wortlaut nur die objektiven Grenzen der Notwehrhandlung aufstellt, „um einen...Angriff... abzuwenden“. Diese Argumentation wird dadurch gestützt, dass einige andere Rechtfertigungsgründe einen solchen Wortlaut nicht aufweisen.⁷⁹ Das Wortlautargument greift mithin nicht. Jedoch ist dem objektiven Unrechtsverständnis zu entgegnen, dass es im Widerspruch zu der grundsätzlichen Strafbarkeit des untauglichen Versuchs gem. §§ 22, 23 III steht.⁸⁰ Ein allein objektives Unrechtsverständnis ließe dessen Strafbarkeit jedoch komplett entfallen. Spendels Ansicht ist mithin abzulehnen. Subjektive Rechtfertigungselemente sind vonnöten. Als nächstes wäre die umstrittene Frage nach der Reichweite des subjektiven Rechtfertigungselements zu klären. Bei A liegt jedoch nach keiner Ansicht ein solches vor.

(2) Rechtsfolgen

Daher ist nunmehr zu prüfen, wie sich das Fehlen jeglicher subjektiver Rechtfertigungselemente auswirkt. Nach einer Ansicht ist der Täter aus dem Vollendungsdelikt strafbar. Eine andere Ansicht prüft die Strafbarkeit nach den Regeln des Versuchs. Für die Vollendungslösung spricht, dass die Rechtfertigung deliktischen Verhaltens eine Ausnahme darstellt und Ausnahmeregelungen zumeist restriktiv interpretiert werden.⁸¹ Im konkreten Fall wiegt dieses Argument umso schwerer, als dass das Notwehrrecht sehr weitgehende Eingriffsrechte gewährt. Und nur die Vollendungslösung vermag Strafbarkeitslücken im Hinblick auf die teilweise Strafflosigkeit von Vergehen gem. § 23 I zu vermeiden. Indes differenziert die Vollendungslösung nicht. So verwirklicht ein objektiv gerechtfertigter Täter lediglich Handlungs- und kein Erfolgsunrecht. Hier volldeliktisch zu bestrafen, erscheint unter wertenden Gesichtspunkten unverhältnismäßig. Einer differenzierenden Sichtweise bringt die Versuchslösung mit sich. Der Strafgrund des Versuchs liegt in dem rechtzerschütternden Eindruck, den der nach außen manifestierte rechtsfeindliche Wille hinterlässt.⁸² So liegt der Fall auch beim ausschließlich objektiv gerechtfertigten Täter. Gegen die Versuchslösung spricht zwar, dass eine Aufhebung der durch die Tatbestandsverwirklichung bewirkten Unrechtsindizierung eigentlich nicht vorliegt.⁸³ Jedoch ist eine differenzierte, sämtliche Umstände einbeziehende Betrachtungsweise im Hinblick auf das Schuldprinzip (Art. 1 I, 2 I, 20 III GG) unentbehrlich. Hieraus ergibt sich, dass nur das Unrecht

vorwerfbar ist, das auch verwirklicht wurde. Das Schuldprinzip ist maßgeblich. Der Versuchslösung ist zu folgen. A ist gem. § 32 I gerechtfertigt.

c) Ergebnis gefährliche Körperverletzung – Tritte

A hat sich wegen der zwei Tritte nicht gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Alt. 2, Nr. 5 strafbar gemacht.

3. Versuchte gefährliche Körperverletzung – Tritte

A könnte sich wegen versuchter gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223, 224 I Nr. 2 Alt. 2, Nr. 5, II, 22, 23 I strafbar gemacht haben, indem er C zweimal in den Bauch trat.

a) Vorprüfung

Der Versuch der §§ 223 f. müsste strafbar sein. Gem. § 23 I sind Vergehen nur strafbar, wenn das Gesetz dies erwähnt. § 223 ist gem. § 12 II ein Vergehen. Der Versuch eines solchen Vergehens ist in den §§ 223 II, 224 II positiviert. Der Versuch der §§ 223 f. ist strafbar.

b) Tatbestand

A müsste den Tatbestand erfüllt haben. A hat nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung der §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Alt. 2, Nr. 5 unmittelbar angesetzt (s. o.). Zwar ist der Versuch untauglich. Dass dieser dennoch strafbar ist, ergibt sich aus den §§ 22, 23 III.⁸⁴ A hat den Tatbestand erfüllt.

c) Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

d) Ergebnis versuchte gefährliche Körperverletzung – Tritte

A hat sich wegen versuchter gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223, 224 I Nr. 2 Alt. 2, Nr. 5, II, 22, 23 I strafbar gemacht. Das Strafantragserfordernis des § 230 I Alt. 1 entfällt aufgrund der erfüllten Qualifikation des § 224.

II. Endergebnis A

Es ist zu prüfen, in welchem Verhältnis die von A begangenen Straftaten zueinander stehen. Der Mord an F und der Versuch der gefährlichen Körperverletzung an C stellen je eine Willensbetätigung des A dar. Damit liegt eine Handlungsmehrheit vor. § 212 geht im Wege der Spezialität hinter § 211 zurück. § 224 verdrängt § 223 ebenfalls im Wege der Spezialität. A hat sich des Mordes an F gem. § 211 I, 2 Gr. 1 Var. 3, Var. 4, Gr. 2 Var. 1 in Tatmehrheit (§ 53 I) mit versuchter gefährlicher Körperverletzung an C gem. §§ 224 I Nr. 2 Alt. 2, Nr. 5, II strafbar gemacht.

fertigungselements, in: Festschrift für Karl Lackner, 1987, S. 113 (116).

⁷⁹ Frisch, FS Lackner, 1987, S. 113 (116).

⁸⁰ Frisch, FS Lackner, 1987, S. 113 (128).

⁸¹ Streng, Das subjektive Rechtfertigungselement und sein Stellenwert, in: Festschrift für Harro Otto, 2007, S. 469 (473).

⁸² Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 33 Rn. 4.

⁸³ Streng, FS H. Otto, 2007, S. 469 (474).

⁸⁴ Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 35 Rn. 1.

Moritz Wollring*

Legitimation und Ziele des Rechts der Gesellschafterdarlehen

Von der Finanzierungsfolgenverantwortung des/der Gesellschafter(s/in) zur Finanzierungsvorsorgeverantwortung des Gesetzgebers

Die Legitimation und die Methodik der Sonderbehandlung von Gesellschafterdarlehen in der Krise der Gesellschaft sind die Kernfragen des Fremdfinanzierungsrechts. Das MoMiG hat diesen Fragen eine neue Dimension verliehen. Obschon seit Inkrafttreten des MoMiG mittlerweile sechs Jahre vergangen sind, sind diese Fragen noch immer nicht abschließend geklärt. Um sie zu beantworten, nähert sich ihr der Autor in dem vorliegenden Beitrag mit einem kombinatorischen Ansatz: Mittels einer Mischung aus zivilrechtlichen, verfassungsrechtlichen und rechtsökonomischen Betrachtungsweisen wird nicht nur der Frage nach der Rechtmäßigkeit des Regelungskomplexes des Rechts der Gesellschafterdarlehen nachgegangen, sondern auch dessen Zielsetzung und Wirkungsweise grundlegend hinterfragt und weiterentwickelt. Das Ergebnis ist ein Vorschlag für ein Regulationssystem, das Gläubiger vor den Risiken von Gesellschafterfremdfinanzierungen mit Hilfe eines anreiztechnischen und präventiven Mechanismus schützt, anstelle sich – wie gegenwärtig – auf repräsentative Sanktion im Insolvenzfall zu beschränken.

A. Einleitung

Um im Rahmen der Gründung einer Kapitalgesellschaft in das Privileg der beschränkten Haftung zu kommen, müssen die Gesellschafter/innen diese mit dem sog. Stamm- oder Grundkapital ausstatten. Darüber hinaus besteht jedoch keine Pflicht für die Gesellschafter/innen, der Gesellschaft Vermögen zukommen zu lassen.

Vielmehr besteht insoweit Finanzierungsfreiheit, d. h. den Gesellschafter(n/innen) steht es frei, ob sie den weitergehenden Kapitalbedarf der Gesellschaft ebenfalls mit Hilfe dauerhafter Vermögensüberlassung oder mittels Fremdkapital decken.¹ Der Gesellschaft Teile ihres Privatvermögens permanent zu überlassen, ist für Gesellschafter/innen jedoch – aus diversen Gründen – un-

* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Seminararbeit des Autors, welche im Rahmen eines – von PD Dr. iur. Sebastian Mock geleiteten – Seminars zum Recht der Unternehmensfremdfinanzierung im Sommersemester 2014 an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg angefertigt wurde. Die Themavorgabe lautete: „Fremdkapitalinstrumente in der Insolvenz“. Die Arbeit wurde mit „sehr gut“ bewertet.

¹ Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 5 Rn. 5; Hommelhoff, in: v. Gerkan/Hommelhoff, Handbuch des Kapitalersatzrechts, 2. Aufl. 2002, S. 25; K. Schmidt, Vom Eigenkapitalersatzrecht in der Krise zur Krise des Eigenkapitalersatzrechts?, GmbHR 2005, 797 (798).

attraktiv. Soweit er nicht gesetzlich oder vertraglich vorgeschrieben ist, fällt die Wahl deshalb zumeist auf den Einsatz von Fremdkapital, insbesondere auf Gesellschafterdarlehen.²

Solange die Gesellschaft wirtschaftlich Erfolg hat, ist dies unbedenklich. Gerät sie aber in die Krise, liegt also ein die Eröffnung des Insolvenzverfahrens rechtfertigender Grund vor (sog. Insolvenzreife)³, kann die Finanzierungsfreiheit Probleme entfachen. Denn es besteht die Gefahr, dass die so erzeugte nominelle Unterkapitalisierung⁴ im Insolvenzfall zu einer Benachteiligung der Gläubiger der Gesellschaft führt.⁵ An der Schwelle des Gesellschafts- zum Insolvenzrecht entsteht auf diese Weise ein Spannungsverhältnis zwischen der Möglichkeit einer effektiven Fremdfinanzierung und dem Gläubigerschutz.⁶

Dabei geht es nicht nur um rein zivilrechtliche Interessenkonflikte, sondern auch um verfassungsrechtliche Fragen. Hilfreich ist zudem, über rein juristische Aspekte hinaus, eine Betrachtung aus rechtsökonomischer Perspektive. Diese Komplexität macht einen gerechten Ausgleich der verschiedenen Interessen schwierig.

I. Finanzierungsfreiheit vs. Gläubigerschutz

Das Risiko, welches aus der gesellschaftsrechtlichen Haftungsbeschränkung für die Gläubiger entsteht, ist systemimmanent und volkswirtschaftlich gewollt.⁷ Zu einer übermäßig riskanten Situation kann es aber führen, wenn der Gesellschaft die Gefahr einer Insolvenz droht⁸:

Das im Rahmen der Gründung zunächst eingebrachte Eigenkapital in Form des Grund- oder Stammkapitals ist – entgegen einem weit verbreiteten Irrtum – keine

² Kindler, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2011, § 15 Rn. 39.

³ Gras, in: Nerlich/Kreplin, Münchner Anwaltshandbuch Insolvenz und Sanierung, 2. Aufl. 2012, § 2 Rn. 1.

⁴ BGHZ 68, 312 (318) = NJW 1977, 1449 (1450).

⁵ Georg, in: Becker (Hg.), Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz – Die Entwicklung seit Schaffung des GmbH-Gesetzes im Jahre 1892, 2011, S. 1.

⁶ Knof, Modernisierung des GmbH-Rechts an der Schnittstelle zum Insolvenzrecht – Zukunft des Eigenkapitalersatzrechts, ZinsO 2007, 125 f.

⁷ Eidenmüller/Engert, Rechtsökonomik des Mindestkapitals im GmbH-Recht, GmbHR 2005, 433 (434 f.); Vetter, Grundlinien der GmbH-Gesellschafterhaftung, ZGR 2005, 788 (790).

⁸ Gehde, Eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen in Deutschland und den USA, Diss., Univ. Potsdam 1997, S. 50 f.

Sicherheitseinlage.⁹ Vielmehr erschöpft sich sein Zweck weitgehend darin, Seriositätsschwelle zu sein.¹⁰ Zwar darf es nicht an die Gesellschafter zurückgezahlt werden, allerdings steht es im Rahmen der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft als Betriebsvermögen zur freien Disposition.¹¹ In einer Krise wird es deshalb regelmäßig schon verbraucht sein.¹² Um die Gesellschaft aus ihrer finanziellen Schieflage zu befreien, bedarf es daher neuen, zusätzlichen Kapitals. Beschränkt sich der/die Gesellschafter/in jedoch auch dann auf den Einsatz von Fremdkapital, so stellt sich folgendes Problem:

Der Informationsvorsprung, den der/die Gesellschafter/in aus seiner/ihrer „Insiderstellung“ zu gewinnen im Stande ist, ermöglicht es ihm/ihr die eingebrachten Finanzmittel im Vorfeld der Insolvenz wieder abziehen.¹³ Derart werden sie jedoch dem Zugriff des/der Insolvenzverwalter(s/in) entzogen, und folglich auch dem der Gläubiger. Äußerstenfalls steht diesen in der Insolvenz dann keine Haftungssumme mehr zur Verfügung.

II. Eine kurze Geschichte des Eigenkapitalersatzrechts

Die Forderung, der Gesetzgeber solle sich des Themas annehmen, wurde deshalb schon früh laut. Bereits bei der Ausarbeitung des GmbH-Gesetzes von 1892 standen entsprechende Gläubigerschutzregeln in der Diskussion.¹⁴

Weil der Gesetzgeber sich aber nicht zu einer Lösung durchringen konnte, begann die Rechtsprechung in den 1930er Jahren selbst entsprechende Grundsätze zu prägen:

Das Reichsgericht erkannte zwar die Finanzierungsfreiheit der Gesellschafter/innen grundsätzlich an, ließ aber

⁹ *Blaurock*, in: Festschrift für Thomas Raiser zum 70. Geburtstag am 20. Februar 2005, 2005, S. 3 (9); *Kleindiek*, Krisenvermeidung in der GmbH: Gesetzliches Mindestkapital, Kapitalschutz und Eigenkapitalersatz, ZGR 2006, 335 (337).

¹⁰ *Kindler*, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, § 14 Rn. 18; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 540.

¹¹ *Gehde*, Eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen, S. 42; *Schön*, Die Zukunft der Kapitalaufbringung/-erhaltung, DK 2004, 162 (165).

¹² *Braunschweig*, Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz in Deutschland und den USA, 2012, S. 32.

¹³ BGHZ 90, 381 (388 f.) (*BuM ./ WestLB*) = NJW 1984, 1893 f.; *Georg*, in: Becker (Hg.), Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz, 2011, S. 1, 127 m. w. N.; *Lutter/Hommelhoff*, Nachrangiges Haftkapital und Unterkapitalisierung, ZGR 1979, 31 (35 ff.); *Schaumann*, Reform des Eigenkapitalersatzrechts im System der Gesellschafterhaftung – Unter Berücksichtigung der Änderungen durch das MoMiG, 2009, S. 121 ff.; *Wilhelm*, Kapitalgesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 460; kritisch *Grunewald*, Plädoyer für eine Abschaffung der Rechtsregeln für eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen, GmbHR 1997, 7 (8 ff.).

¹⁴ *Bezler*, Die Bedeutung des Stammkapitals für die GmbH, 2009, S. 56 ff.; *Georg*, in: Becker (Hg.), Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz, 2011, S. 1, 2; *Klausing*, Die Neuordnung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung – 2. Arbeitsbericht des „Ausschusses für Gesellschaften mit beschränkter Haftung“ der Akademie für Deutsches Recht, 1940, S. 75; vgl. auch *Lutter*, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, 1992, S. 49, 52, 53.

den Versuch, das fehlende Eigenkapital der Gesellschaft in der Krise durch Fremdkapital zu ersetzen, nicht gelten. Es bewertete in der Krise gewährte Gesellschafterdarlehen als Verstoß gegen § 826 BGB und behandelte sie als das, was sie nach dessen Ansicht eigentlich sein sollten: Gesellschaftereinlagen.¹⁵ Damit war sichergestellt, dass das in der Krise durch die Gesellschafter/innen eingebrachte Kapital einzig den Gläubigern zu Gute kam. Auch der Bundesgerichtshof propagierte zunächst eine solche Vorgehensweise, rechtfertigte sie aber über eine Analogie zu den Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 30, 31 GmbHG a. F.¹⁶

Zu einer Kodifizierung dieses „Eigenkapitalersatzrechts“ kam es erst 1980 im Rahmen der damaligen GmbHG-Novelle. Der Gesetzgeber schuf – in Anlehnung an die Rechtsprechungsgrundsätze – die §§ 32 lit. a, 32 lit. b GmbHG a. F. den § 32 lit. a KO a. F.¹⁷ Weil diese jedoch hinter den vom BGH aufgestellten Grundsätzen zurückblieben¹⁸, entschied sich der BGH, seine Grundsätze in paralleler Anwendung beizubehalten.¹⁹ Die sich so ergebende Parallelität aus kodifiziertem Recht und Rechtsprechungsregeln erwies sich in der Tat als überaus gläubigerfreundlich. Gleichwohl führte sie zu einer sehr komplexen Rechtslage.

Deshalb wurde 1999 das Eigenkapitalersatzrecht radikal vereinfacht: Im Rahmen der neuen Insolvenzordnung wurden gemäß § 39 I Nr. 5 InsO „kapitalersetzende“ Gesellschafterdarlehen sowie gleichgestellte Forderungen im Insolvenzverfahren nachrangig. Für den Fall, dass es bereits vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu Rückzahlungen kommen sollte, wurden – in Ergänzung dazu – solche Rechtshandlungen gemäß § 135 InsO nachträglich anfechtbar.

III. Das Gläubigerschutzsystem der §§ 39 I Nr. 5, 44 lit. a und 135 InsO

Aufgrund der positiven Resonanz, die diese Neuorientierung hervorrief, entschied sich der Gesetzgeber, den insolvenzrechtlichen Ansatz auszubauen.²⁰ Im Rahmen des am 1.11.2008 in Kraft getretenen Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und der Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)²¹ wurde auch die Behandlung von Gesellschafterdarlehen reformiert.

¹⁵ RG JW 1939, 354 (356); JW 1938, 862 (864 f.).

¹⁶ BGHZ 31, 258 f. (*Lufttaxi*) = NJW 1960, 285 f.; vgl. auch *Georg*, in: Becker (Hg.), Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz, 2011, S. 56, 127.

¹⁷ BGBl. I 1980, S. 836; *Priester/K. Schmidt*, Die GmbH-Novelle, 1980, S. 3.

¹⁸ *Ballerstedt*, Gesellschaftsrechtliche Probleme der Reform des GmbH-Rechts, ZHR 1971, 383 (393); *Lutter/Hommelhoff*, in: dies., GmbHG, 14. Aufl. 1995, § 32 lit. a/b Rn. 7.

¹⁹ BGHZ 90, 370 (380 f.) (*Nutzfahrzeuge*) = NJW 1984, 698 f.

²⁰ BT-Drucks. 16/6140, S. 26, 56.

²¹ BGBl. I 2008, S. 2026.

Zunächst wurden die aus den §§ 30, 31 GmbHG abgeleiteten Rechtsprechungsgrundsätze durch ein, in § 30 I 3 GmbHG kodifiziertes, Anwendungsverbot auf Gesellschafterdarlehen beseitigt. Darüber hinaus wurde – zurückgehend auf einen entsprechenden Vorschlag aus der Literatur²² – das Tatbestandsmerkmal „kapitalersetzend“ normübergreifend gestrichen. Dies hatte nicht nur zur Folge, dass der Begriff des „Eigenkapitalersatzrechts“ durch denjenigen des „Rechts der Gesellschafterdarlehen“ ersetzt wurde.²³

Auch sind nunmehr sämtliche Gesellschafterdarlehen (gleich, ob im Rahmen einer Krise gewährt oder nicht) dem Nachrang des § 39 I Nr. 5 InsO unterworfen.²⁴ Die rechtliche Würdigung gesellschaftsseitiger Besicherungen auf Darlehen von Dritten an die Gesellschaft wurden von § 32 lit. a II GmbHG in § 44 lit. a InsO verlagert. Mit § 135 II InsO wurde, parallel dazu, ein entsprechender Anfechtungstatbestand geschaffen. Auch die sog. kapitalersetzende Nutzungsüberlassung wurde in § 135 III InsO gesetzlich kodifiziert.

Die vollständige Verlagerung sämtlicher maßgeblicher Vorschriften in die Insolvenzordnung schuf ein universelles, gesellschaftsübergreifendes Konzept.²⁵ Das Resultat war ein System, das Gesellschaftsgläubiger bis heute effektiv vor den Gefahren von Gesellschafterfremdfinanzierungen schützt und zudem internationalen Standards gerecht wird.²⁶

B. Die Legitimation des Rechts der Gesellschafterdarlehen

Bei aller ehrenvollen Intention des Gesetzgebers, Regeln zum Schutz der Gläubiger vor Gesellschafterfremdfinanzierungen zu schaffen, kann diese allein jedoch noch keine Rechtfertigung für den Erlass entsprechender Vorschriften darstellen.

Denn die Gläubigerschutzregeln haben eine Einschränkung der Finanzierungsfreiheit der Gesellschafter/innen zur Folge. Diese ist grundrechtssensibel: Sie ist nicht nur Ausfluss der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 I

²² Huber/Habersack, Zwölf Thesen zu einer möglichen Reform der kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen, DB 2006, 1 (2).

²³ Georg, in: Becker (Hg.), Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz, 2011, S. 179.

²⁴ BT-Drucks., 16/6140, S. 26; Neufßner, in: Graf-Schlicker, InsO, 5. Aufl. 2012, § 39 Rn. 16.

²⁵ Heckschen, Die GmbH-Reform – Wege und Irrwege, DStR 2007, 1442 ff.; Hirte, Die „Große GmbH-Reform“ – Ein Überblick über das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), NZG 2008, 761 f.; Kleindiek, in: HK-InsO, 7. Aufl. 2014, § 39 Rn. 21; Hölzle, Gesellschafterfremdfinanzierung und Kapitalerhaltung im Regierungsentwurf des MoMiG, GmbHR 2007, 729 f.

²⁶ Braunschweig, Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen, 2012, S. 250.

GG. Forderungen aus Gesellschafterdarlehen sind auch – wie sämtliche anderen zivilrechtlichen Forderungen – von der Eigentumsgarantie des Art. 14 I 1 GG gedeckt.²⁷ Zwar besteht die generelle Möglichkeit, diese Grundrechte einzuschränken (sog. Schranken²⁸). Allerdings muss das einschränkende Gesetz selbst gewisse Maßstäbe wahren (sog. Schranken-Schranken²⁹). Ein solcher ist insbesondere die Verhältnismäßigkeit.³⁰

Diese verlangt u. a., dass – nach Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen – die mit dem verfolgten Ziel verbundenen Vorteile die durch den Rechtseinschnitt bewirkten Nachteile überwiegen.³¹ Die verfassungsrechtliche Dimension der Finanzierungsfreiheit macht es deshalb erforderlich, dass dem Gläubigerschutz, als von den infrage stehenden Regelungen verfolgtem Anliegen, mehr Bedeutung als der Finanzierungsfreiheit zukommt. Nur dann ist ihre Einschränkung zu rechtfertigen.

I. Die Finanzierungsfolgenverantwortung

Obwohl es grundsätzlich das gute Recht des/der Gesellschafter(s/in) ist, sein/ihr Risikokapital zu limitieren³², stellt sich das Beharren auf diesem Recht in der Krise als janusköpfig dar. Man kommt nicht umhin, einen gewissen Widerspruch in seinem/ihrem Verhalten zu verorten³³: Wenn er/sie der Gesellschaft wirklich in finanzieller Hinsicht helfen will – warum beschränkt er/sie sich dann auf Fremdkapital? Zwar ist nachvollziehbar, dass der/die Gesellschafter/in im Ernstfall nicht auch noch seine eigenen Verluste unnötig erhöhen möchte.³⁴ Dass er/sie diese Finanzierungserwägung auf Kosten der

²⁷ BVerfGE 45, 142 (179); 68, 123 (222) m. w. N.; für eine Tangierung der Berufsfreiheit aus Art. 12 I GG hingegen, fehlt es m. E. dem Recht der Gesellschafterdarlehen – bzw. dessen die Finanzierungsfreiheit einschränkenden Regelungen – an der dazu erforderlichen berufsregelnden Tendenz (st. Rspr.), vgl. BVerfGE 13, 181 (185 f.); 38, 61 (79); 52, 42 (54).

²⁸ Die h. M. bezeichnet mit diesem Begriff die generelle Einschränkung des Grundrechts i. S. d. Ermächtigung zum Eingriff, s. Bleckmann, Staatsrecht II – Grundrechte, 4. Aufl. 1997, S. 429; Epping, Grundrechte, 5. Aufl. 2012, Rn. 41; Münch/Wagner, Staatsrecht II – Grundrechte, 6. Aufl. 2014, Rn. 239; Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 6. Aufl. 2014, S. 177; teilweise werden damit jedoch auch andere Bedeutungen verbunden, vgl. z. B. Alexy, Theorie der Grundrechte, 6. Aufl. 1986, S. 254 f.; Höfling, Grundrechtstatbestand – Grundrechtsschranken – Grundrechtsschrankenschranken, Jura 1994, 169 (171); R. Schmidt, Grundrechte, 16. Aufl. 2014, Rn. 154.

²⁹ Epping, Grundrechte, 5. Aufl. 2012, Rn. 44 ff.; auch hier bestehen jedoch Uneinigheiten bzgl. der Terminologie, vgl. insoweit bspw. Richter/Schuppert/Bumke, Casebook Verfassungsrecht, 4. Aufl. 2001, S. 14.

³⁰ Ipsen, Staatsrecht II – Grundrechte, 16. Aufl. 2013, Rn. 195.

³¹ BVerfGE 118, 168 (195); Wilms, Staatsrecht II – Grundrechte, 2010, Rn. 249.

³² Altmeppen, Änderungen der Kapitalersatz- und Insolvenzverschleppungshaftung aus „deutsch-europäischer“ Sicht, NJW 2005, 1911 (1913).

³³ Vgl. BGHZ 31, 258 f. (Lufttaxi) = NJW 1960, 285 f.

³⁴ Braunschweig, Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen, 2012, S. 21; ähnlich Altmeppen, NJW 2005, 1911 (1913).

Gläubiger trifft, ist jedoch nicht zu dulden. Ihm/ihr obliegt eine „Finanzierungsfolgenverantwortung“.³⁵

Damit ist letztlich Folgendes gemeint: Die Finanzierungsfreiheit ist ggü. dem Gläubigerschutz nachrangig. Der/die Gesellschafter/in ist als Anteilsinhaber/in der Gesellschaft in deren Insolvenz vor allem Schuldner/in. Dem darf er/sie sich nicht entziehen, indem er/sie sich in die Schlinge der Insolvenzgläubiger/innen einreicht, um stattdessen deren Vorrechte zu genießen.³⁶

II. Legitimationsänderungen durch das MoMiG

So nahe dieser Schluss zunächst lag, so vehement steht er als Leitgedanke des Eigenkapitalersatzrechts mittlerweile in Frage. Die Neuregelung des Rechts der Gesellschafterdarlehen durch das MoMiG hat die Frage aufgeworfen: Wollte sich der Gesetzgeber dergestalt nicht nur der ehemaligen Normen des Eigenkapitalersatzrechts, sondern auch der Finanzierungsfolgenverantwortung als deren Legitimation entledigen?³⁷

Die Gesetzgebungsmaterialien lassen eine klare Aussage diesbezüglich leider vermissen.³⁸ Erkennbar ist nur der Wunsch nach der „Aufgabe des Eigenkapitalersatzrechts“, um dieses durch eine vereinfachtere Regelungsmethodik zu ersetzen.³⁹ Die Frage nach der Legitimation hingegen, sollte ausdrücklich Rechtsprechung und Literatur überlassen werden.⁴⁰ Im Gegenzug für seinen Regelungsauftrag,⁴¹ hat der Gesetzgeber Judikative und Literatur gewissermaßen einen „Legitimationsfindungsauftrag“ erteilt.

³⁵ St. Rspr. seit BGHZ 127, 336 (344f.) = NJW 1995, 326f.; zunächst noch dezidiert anders BGHZ 90, 381 (388, 389f.) (*Bu. ./ West-LB*) = NJW 1984, 1893f.; vgl. auch zu den maßgeblichen Leitgedanken BGHZ 127, 17 (29) (*Lagergrundstück IV*) = NJW 1994, 2760 (2762).
³⁶ Haas, Das neue Kapitalersatzrecht nach dem RegE-MoMiG, ZInsO 2007, 617 (619, 621); Kleindiek, in: HK-InsO, 7. Aufl. 2014, § 39 Rn. 27.

³⁷ Georg, in: Becker (Hg.), *Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz*, 2011, S. 181; Kleindiek, in: HK-InsO, 7. Aufl. 2014, § 39 Rn. 24; bejahend Braunschweig, *Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen*, 2012, S. 48, 49; Gehrlein, *Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen durch das MoMiG*, BB 2008, 846 (849); Kleindiek, in: HK-InsO, 7. Aufl. 2014, § 39 Rn. 24; Huber, *Festschrift für Hans-Joachim Priester*, 2007, S. 259, 271 f.; Selzner/Leuering, in: Römermann, *Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht*, 2. Aufl. 2009, § 7 Rn. 25.

³⁸ Bitter, *Die Nutzungsüberlassung in der Insolvenz nach dem MoMiG*, ZIP 2010, 1 (1) m.w.N.; Vogelsang, *Sind Schwestergesellschaften einer GmbH Normadressaten von § 39 I Nr. 5 InsO?*, HRN 2011, 49 (54).

³⁹ BT-Drucks. 16/6140, S. 26, 42, 60; Bork, *Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts zu Gunsten des Insolvenzrechts?*, ZGR 2007, 250 (251).

⁴⁰ Siehe insbesondere Seibert, *Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen – MoMiG*, RWS-Dokumentation, Band 23, 2008, S. 41, der als für das MoMiG zuständiger Ministerialrat im Bundesministerium der Justiz diese Frage ausdrücklich der Rechtswissenschaft übertragen wollte; vgl. auch Schröder, in: Balz/Kübler/Prütting/Timm (Hg.), *Beiträge zum Insolvenzrecht*, Band 42, *Die Reform des Eigenkapitalersatzrechts durch das MoMiG – Gesellschafterforderungen in der Insolvenz nach neuem Recht* –, 2012, Rn. 338.

⁴¹ Vgl. dazu grds. Lutter/Wiedemann, *Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht: Deutschland, Europa und USA*, 1998, S. 58.

Daher ist die Unterstellung präziser Absichten des Gesetzgebers diesbezüglich ist nicht nur überaus spekulativ. Sie steht auch im Widerspruch zu dessen ausdrücklichem Verzicht auf eine konkrete Stellungnahme. Mit Sicherheit sagen lässt sich nur, dass der Gesetzgeber zumindest annahm eine hinreichende Rechtfertigung existiere. Denn rechtswidrige Normen hätte er wohl nicht erlassen wollen. Sein Schweigen zu diesem Thema darf daher primär als pragmatische Zurückhaltung gewertet werden.

Letztlich ist die Auffassung des Gesetzgebers für die Rechtmäßigkeit der von ihm erlassenen Regelungen ohnehin nicht entscheidend. Maßgeblich ist einzig allein die Frage: Gibt es für den Umfang der Schlechterstellung des/der Gesellschafter(s/in) überhaupt eine hinreichende Rechtfertigung? Dabei gilt es zu unterscheiden:

Zum einen zwischen dem originären Anwendungsbereich des Eigenkapitalersatzrechts, zum anderen zwischen seiner, durch das MoMiG erwirkten Erweiterung.

1. Die Relativierung der Finanzierungsfreiheit in der Krise

Hinsichtlich der Schlechterstellung von Gesellschafterdarlehen die im Zustand der Krise der Gesellschaft gewährt werden, ist dabei zunächst Folgendes zu rekapitulieren: Die Finanzierungsfolgenverantwortung besteht gerade darin, dass im Falle einer drohenden Insolvenz der Gläubigerschutz gegenüber der Finanzierungsfreiheit den Vorrang genießt.

Im Zuge des MoMiG haben sich die grundsätzlichen Gefahren, welche aus dem Einsatz von Fremdkapital in der Krise resultieren nicht geändert. Auch sind aus Anlass einer Krise gewährte Gesellschafterdarlehen nach wie vor vom Anwendungsbereich der infrage stehenden Vorschriften umfasst.

Vergleicht man den Umfang der Schlechterstellung von Fremdfinanzierungsmitteln in der Insolvenz vor und nach dem MoMiG, bilden die krisenkonnexen Gesellschafterdarlehen einen konstanten, gemeinsamen Nenner. Insoweit gibt es deshalb keinen Grund, warum die Finanzierungsfolgenverantwortung den Eingriff in die Rechtssphäre des/der Gesellschafter(s/in) nicht nach wie vor rechtfertigen sollte.

2. Die Relativierung der Finanzierungsfreiheit außerhalb der Krise

Als gänzlich andere Frage stellt sich jedoch die Legitimation der Schlechterstellung von Gesellschafterdarlehen dar, die nicht unter der Krisenprämisse stehen. Deren Sonderbehandlung wäre aufgrund von Art. 3 I GG nur dann tragbar, wenn sie entweder ebenfalls durch die Finanzierungsfolgenverantwortung oder durch einen an-

derweitigen Grund gerechtfertigt wäre.⁴² Anderenfalls würde es an einem entsprechenden Gleichstellungskriterium⁴³ fehlen.

a) Die Reichweite der Finanzierungsfolgenverantwortung

Entscheidend ist damit zunächst, wie die Grenzen der Finanzierungsfolgenverantwortung präzise zu definieren sind. Dazu bedarf es einer Rekapitulation ihrer *ratio*: Sie stellt ein besonderes Verantwortungsprinzip dar, welches aus der misslichen finanziellen Lage der Gesellschaft resultiert.⁴⁴ Solange eine derartige Situation nicht vorliegt, ist die Nutzung von Fremdkapital, insbesondere von Gesellschafterdarlehen, nicht nur ein legitimes Instrument der Unternehmensfinanzierung, sondern auch ökonomisch sinnvoll.⁴⁵ Sie ist *per se* weder schädlich noch verwerflich.

Erst wenn sie dem wirtschaftlichen Erfolg der Gesellschaft abträglich zu sein beginnt, entsteht ein Bedürfnis für Gläubigerschutz.⁴⁶ Dies macht die Feststellung unausweichlich, dass der Begriff der Finanzierungsfolgenverantwortung an einer sprachlichen Ungenauigkeit leidet. Tatsächlich trifft den/die Gesellschafter/in ausschließlich eine „Krisenfinanzierungsfolgenverantwortung“.

Für diejenigen Gesellschafterdarlehen, die nicht den Zweck der Krisenfinanzierung verfolgen, vermag dieses Prinzip deshalb bereits Kraft Natur seines *telos* keinen Anknüpfungspunkt darzustellen.

b) Die Nähe zur Gesellschaft als Legitimation

Als Alternative zur Finanzierungsfolgenverantwortung wird teilweise als Begründungsmodell die Nähe zwischen Gesellschaft und Gesellschafter/in ins Feld geführt.⁴⁷ Ein/e Gesellschafter/in sei typischerweise in stärkerem Umfang an den unternehmerischen Chancen und Risiken beteiligt als ein/e normale/r Kreditgeber/in.⁴⁸ Deshalb müsse er/sie, anders als ein/e außenstehende/r Finanzier/in, die Konsequenzen seiner/ihrer Finanzierung vollumfänglich verantworten.⁴⁹

42 Dem Grunde nach bereits *Altmeyden*, Das neue Recht der Gesellschafterdarlehen in der Praxis, NJW 2008, 3601 (3602) m. w. N.

43 Vgl. dazu *Rüfner*, in: BK-GG, Band 1, Stand: 167. EL 5/2014, Art. 3 Rn. 11 f. und 89 f.

44 *Huber*, in: FS Priester, 2007, S. 259 (270); *Vogelsang*, HRN 2011, 49 (50, 51).

45 *Hommelhoff/Kleindiek*, in: FS 100 Jahre GmbHG, 1992, S. 421 f.

46 *Schaefer/Fackler*, Durchgriffshaftung wegen allgemeiner Unterkapitalisierung?, NZG 2007, 377 (378 f.).

47 *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Kommentar zum GmbHG, 18. Aufl. 2012, Anh. § 64 Rn. 115; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, 10. Aufl. 2006, § 32 lit. a/b a. F. Rn. 7; *Haas*, ZinsO 2007, 617 (618); *Krolop*, Zur Anwendung der MoMiG-Regelungen zu Gesellschafterdarlehen auf gesellschaftsfremde Dritte, GmbHR 2009, 397 (398 f.); *Noack*, Der Regierungsentwurf des MoMiG – Die Reform des GmbH-Rechts geht in die Endrunde, DB 2007, 1395 (1398).

48 *Krolop*, GmbHR 2009, 397 (399).

49 *K. Schmidt*, Normzwecke und Zurechnungsfragen im Recht der Gesellschafter-Fremdfinanzierung, GmbHR 2009, 1009, (1015 f.).

Allerdings hat die Doppelstellung des/der Gesellschafter(s/in) bei Fremdfinanzierungen ausschließlich in der Krise bzw. in der Insolvenz Auswirkungen auf die Gläubiger. Im Übrigen bleiben sie für diese folgenlos. Für die – hier infrage stehende – Schlechterstellung des/der Gesellschafter(s/in) außerhalb einer Krise der Gesellschaft ist Nähe zur Gesellschaft deshalb als Rechtfertigung ebenso untauglich wie die Finanzierungsfolgenverantwortung.⁵⁰

c) Die Haftungsbeschränkung als Legitimation

Teilweise wird argumentiert, die Haftungsbeschränkung als solche sei seit dem MoMiG die maßgebliche Rechtfertigung für die Schlechterstellung der Gesellschafter/innen durch die §§ 39 I Nr. 5, 44 lit. a und 135 InsO. Diese Argumentation knüpft an die grundsätzliche Bedeutung der Haftungsbeschränkung für diesen Regelungskomplex an:

d) Die Haftungsbeschränkung als Grundvoraussetzung

Nur in solchen Gesellschaften, in denen eine beschränkte Haftung besteht, kann es überhaupt zu einem fremdfinanzierungsbedingten Problem für deren Gläubiger kommen.

Dort wo – im Gegensatz dazu – eine akzessorische Haftung gemäß oder analog § 128 HGB möglich ist, steht im Zweifel das Privatvermögen der Gesellschafter/innen als Haftungsmasse zur Verfügung.⁵¹ Folglich stellt sich dann auch nicht das Problem ihres zu geringen Umfangs im Insolvenzfall. Zwar kann auch das Privatvermögen des/der Gesellschafter(s/in) im Zweifel erschöpft sein. Diese Gefahr resultiert dann aber nicht mehr aus der Haftungsbeschränkung.

Deshalb hat der Gesetzgeber richtigerweise die beschränkte Haftung in § 39 IV 1 InsO zur universellen Anwendungsvoraussetzung für das Recht der Gesellschafterdarlehen gemacht. Ob die Haftungsbeschränkung aber darüber hinaus seine Legitimation ist, bedarf einer näheren Betrachtung.

e) Die Voraussetzung als Brücke zur Legitimation?

Zunächst kann nicht jeder Umstand, der Anlass eines Problems ist, zugleich Legitimation für dessen Lösung sein. Zudem ist die grundsätzliche Konsequenz der Haftungsbeschränkung – dass die Gesellschafter/innen ggf. als persönliche Schuldner ausfallen – gerade gewollt.⁵²

50 So auch BGHZ 188, 363 (365) = NJW 2011, 1503 (1505); *Neußner*, in: Graf-Schlicker, InsO, § 39 Rn. 17; *Kleindiek*, in: HK-InsO, 7. Aufl. 2014, § 39 Rn. 26.

51 *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 34. Aufl. 2010, § 128 Rn. 1 ff.

52 *Eidenmüller/Engert*, GmbHR 2005, 433 (434 f.); *Vetter*, ZGR 2005, 788 (790).

Allenfalls kann sie daher Legitimation für die Regulierung einer Verhaltensweise des/der Gesellschafter(s/in) sein, die ihre Vorteile in einer Weise in Anspruch nimmt, welche über die durch sie bewusst in Kauf genommenen Risiken hinausgeht.

Oder m. a. W.: Nur Fälle des *Missbrauchs* der Haftungsbeschränkung können aus der Haftungsbeschränkung als eigenständige Legitimation abgeleitet werden. Denn dann macht es eine restriktive Auslegung möglich, die ursprüngliche Zielsetzung der Haftungsdurchgriffssperre zu korrigieren bzw. zu präzisieren. So wird ein Missbrauch der Haftungsbeschränkung dann angenommen, wenn die Gesellschafter/innen die Gesellschaft einer *materiellen* Unterkapitalisierung aussetzen, d. h. mit völlig unzureichenden Kapitalmitteln ausstatten.⁵³

Ob aber auch der Abzug von Gesellschafterdarlehen – und somit eine lediglich *nominelle* Unterkapitalisierung⁵⁴ – einen Missbrauch der Haftungsbeschränkung bedeutet, erscheint fraglich. Grund, daran zu zweifeln, gibt allerdings weniger, dass einem Missbrauch der Haftungsbeschränkung grundsätzlich eher mit einer Durchgriffshaftung zu begegnen ist.⁵⁵ Denn der Gesetzgeber ist aufgrund seiner Einschätzungsprärogative grundsätzlich frei, unter mehreren ihm zur Verfügung stehenden Mitteln ggf. auch ein weniger passendes oder wirkungsvolles zu wählen.⁵⁶

Das Problem liegt vielmehr darin, dass die Haftungsbeschränkung nicht *allein* das Entstehen fremdfinanzierungsbedingter Gefahren für die Gläubiger möglich macht. Eine Gefahr ergibt sich erst aus dem Umstand, dass zusätzlich zu der fehlenden Möglichkeit, auf das Privatvermögen der Gesellschafter/innen zuzugreifen, keine gesetzliche Pflicht besteht, über das Grund- oder Stammkapital hinaus, der Gesellschaft Vermögen beizusteuern.

Damit geht es aber final nicht um einen Missbrauch der *Haftungsbeschränkung*, sondern um einen Missbrauch der *Finanzierungsfreiheit*. Dass Letzterer wiederum zu sanktionieren ist, ist gerade Gedanke der Finanzierungsfolgenverantwortung. Die Haftungsbeschränkung – für sich genommen – kann daher die Schlechterstellung von Gesellschafterdarlehen nicht legitimieren.

3. Zwischenergebnis

Für die Schlechterstellung von Gesellschafterdarlehen und wirtschaftlich gleichwertigen Leistungen, der Krise der Gesellschaft im Zustand der Krise gewährt oder erbracht werden, stellt die Finanzierungsfolgenverantwortung auch nach der Streichung des Merkmals „kapitalersetzend“ die maßgebliche Rechtfertigung dar. Sofern ihnen aber keine Krise der Gesellschaft zu Grunde liegt, gibt es für die Schlechterstellung keine Rechtfertigung.

III. Das Bestehen einer Krise als unwiderlegbare Vermutung?

Für den Anwendungsbereich der §§ 39 I Nr. 5, 44 lit. a und 135 InsO tut sich damit zunächst ein Legitimationsdefizit auf.

Gleichwohl zieht der Großteil der Literatur – dies grundsätzlich anerkennend – daraus nicht den eigentlich naheliegenden Schluss der Verfassungswidrigkeit der Normen. Die bestehende Rechtfertigungslücke wäre zwar theoretisch präsent, praktisch aber gering. An den Regelfall der Krise angelehnt, werde deren Bestehen innerhalb der gesetzlichen Anfechtungsfristen nunmehr unwiderlegbar vermutet.⁵⁷ Mit der Einführung des MoMiG habe man insoweit nur die Prüfung einer Bedingung verzichtbar gemacht, die ohnehin regelmäßig erfüllt sei.⁵⁸

1. Die Krise als zeitlicher Umstand?

Diese Argumentation stellt sich jedoch in mehrfacher Hinsicht als zweifelhaft dar. Zunächst begegnet das Ruhenlassen der Rechtfertigung des Gesamtregelungskomplexes der §§ 39 I Nr. 5, 44 lit. a und 135 InsO auf den Anfechtungsfristen des § 135 InsO systematischen Bedenken. Denn die Anfechtung baut ausdrücklich auf dem Anwendungsbereich des § 39 I Nr. 5 InsO auf, kann diesen also ihrerseits nicht präzisieren. Nur wenn die Ausgestaltung von § 39 I Nr. 5 InsO gerechtfertigt ist, kann es demnach auch die Anfechtung sein, und nicht umgekehrt. Dies gilt umso mehr, als § 135 InsO starre Fristen festlegt. Die eigentlich umstandsbezogene Nachrangigstellung wird so auf einen rein zeitlichen Faktor reduziert.

Zudem verbleiben diverse Fragen: Bedeutet dies, dass die Vorschriften dahingehend teleologisch zu reduzieren ist, dass solche Gesellschafterleistungen nicht von der Nachrangigstellung erfasst sind, deren Erbringung außerhalb der Anfechtungsfristen erfolgt? Muss außerhalb dieser das Bestehen einer Krise weiterhin positiv festgestellt

⁵³ Lutter/Hommelhoff, in: dies., GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 13 Rn. 7.

⁵⁴ Braunschweig, in: Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen, 2012, S. 37, 38.

⁵⁵ A. A. Georg, in: Becker (Hg.), Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz, 2011, S. 183; K. Schmidt, in: Scholz, GmbHG, § 32 lit. a/b a. F. Rn. 8.

⁵⁶ BVerfGE 115, 276 (308); 16, 147 (181); NJW 2012, 1062 (1063) (*Sonnenstudio-Verbot*); *Vofßkuhle*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, JuS 2007, 429 (430); *Wienbracke*, Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, ZJS 2013, 148 (151) m. w. N.

⁵⁷ *Dahl/Schmitz*, Eigenkapitalersatz nach dem MoMiG aus insolvenzrechtlicher Sicht, NZG 2009, 325 (326f.); *Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, 11. Aufl. 2010, § 39 Rn. 33; K. Schmidt, GmbHR 2009, 1009 (1016).

⁵⁸ *Bork*, ZGR 2007, 250 (257); *Hölzle*, Gibt es noch eine Finanzierungsfolgenverantwortung nach dem MoMiG?, ZIP 2009, 1939 (1943f.); *Spliedt*, MoMiG in der Insolvenz – Sanierungsversuch, ZIP 2009, 149 (153).

werden? Antworten darauf bleibt der ebendies suggerierende Lösungsansatz schuldig.

2. Praxistauglichkeit vs. effektiver Rechtsschutz

Darüber hinaus ist die Inanspruchnahme einer derartigen Vermutungsregelung auch generell bedenklich. Die Gefahr, dass die gesetzlich beabsichtigten Rechtsfolgen im Einzelfall nicht zu rechtfertigen sind, wird so letztlich nicht nur dementiert, sondern sogar bewusst in Kauf genommen. Gleichwohl ist eine Vermutungsregelung keine generell unzulässige Methode. Jeglicher gesetzlichen Regelung wohnt bereits kraft ihrer abstrahierenden Natur eine gewisse Grundvermutung inne.⁵⁹ Entscheidend ist bei einer tatbestandlichen Vermutung stets, ob dieses, ihr immanente Risiko hinter einer praxisgerechten Beweislastverteilung zurücktreten muss. Insoweit muss sie ebenso so verhältnismäßig sein wie jeder andere staatliche Eingriff auch.⁶⁰

Im vorliegenden Fall gilt es dabei zwei Aspekte zu trennen: Zum einen die generelle Vermutung hin zu einer Krise mittels einer formellen Typisierung, zum anderen ihre Unwiderlegbarkeit und die damit einhergehende materielle Typisierung.

Soweit man – wie vom Gesetzgeber beabsichtigt⁶¹ – Insolvenzverwalter und -gerichte lediglich von einer Prüfung des Krisenumstands befreien will, reicht es grundsätzlich aus, eine latente wirtschaftliche Problemsituation zu unterstellen. Die Beweislast für das Nichtbestehen einer Krise als Ausnahme hätte, entsprechend den Grundsätzen der Beweislast⁶², der/die Gesellschafter/in.

Um auch den Verzicht auf dessen/deren Möglichkeit, diese Vermutung ggf. zu widerlegen, zu rechtfertigen, bedarf es deswegen eines Grundes, der über das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel hinausgeht. Der einzig ersichtliche – und auch einzig vorgebrachte – Mehrwert dieses Verzichts ist, dass auf diese Weise keine Verzögerungen durch Gerichtsverfahren zu befürchten sind.⁶³

Ob diese Sorge allein hinlänglich ist, darf jedoch bezweifelt werden. Denn es gilt zu beachten, dass sich die Qualität des staatlichen Eingriffs bei formellen und materiellen Typisierungen unterscheidet. Eine materielle Typisierung bedeutet – im Gegensatz zu einer formellen Typisierung – für den im Einzelfall unberechtigten Normadressaten überdies, der Möglichkeit effektiven Rechtsschutzes beraubt zu werden. Diese ist mit Art. 19 IV 1

GG jedoch nicht nur verfassungsrechtlich garantiert. Sie ist auch – mangels Gesetzesvorbehalts – nur durch kollidierendes Verfassungsrecht einschränkbar.⁶⁴

Zwar sind selbstredend auch die Forderungen der Gläubiger im Insolvenzverfahren von Art. 2 I und 14 I 1 GG gedeckt.⁶⁵ Diese könnten damit grundsätzlich ein solches kollidierendes Verfassungsrecht darstellen. Allerdings muss rekapituliert werden, dass diejenige Besserstellung der Gläubiger, welche mitunter von der materiellen Typisierung bewirkt wird, ja eigentlich zu Unrecht erfolgt. Verfassungsrechtlich gerechtfertigt kann die materielle Typisierung deshalb einzig dann sein, wenn man dem Verzicht auf Prozesse – und dem damit verbundenen Mehrwert für die Effektivität der Verwaltung gemäß Art. 20 III GG – den Vorrang ggü. Art. 19 IV GG einräumt.

M. E. n. überwiegt der Rechtseinschnitt für die Gesellschafter/innen die in Frage stehenden Erleichterungen für Insolvenzverwalter und -gerichte jedoch deutlich. Nicht zuletzt besteht gerade das Wesen effektiven Rechtsschutzes darin, dass materiell-rechtlich unbegründete Sachverhalte vor Gerichten gerügt werden können. Dass nicht jede Rüge im Einzelfall berechtigt oder erfolgreich ist, macht die Möglichkeit, einen Sachverhalt einer Überprüfung zugänglich zu machen, nicht disponibel. Das damit verbundene Verzögerungsrisiko ist Rechtsschutz i. A. immanent und ist zur Gewährleistung von Rechtsstaatlichkeit hinzunehmen.

3. Zwischenergebnis

Eine unwiderlegbare Vermutung einer Krise innerhalb der gesetzlichen Anfechtungsfristen kann das Legitimationsdefizit des Rechts der Gesellschafterdarlehen nicht überbrücken.⁶⁶

IV. Verfassungskonforme Auslegung

Die endgültige Entscheidung über die Rechtskonformität der Regelung darf gleichwohl nicht vorschnell erfolgen. Ihr muss *favor legis* die Beantwortung einer letzten Frage vorausgehen: Lassen sich die §§ 39 I Nr. 5, 44 lit. a und 135 InsO verfassungskonform auslegen?⁶⁷ Dies würde voraussetzen, dass sich die Nachrangigstellung von Gesell-

⁵⁹ BVerfGE 11, 245 (254).

⁶⁰ BVerfGE 17, 1 (23 f.); 34, 62 (69); 44, 290 (295); Rüfner, in: BK-GG, Band 1, Stand: 167. EL 5/2014, Art. 3 Rn. 113, 114; Jarass, in: ders./Pieroth, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 3 Rn. 20 m. w. N.

⁶¹ BT-Drucks. 16/6140, S. 26, 42, 60.

⁶² Vgl. E. Schmidt, Die Beweislast in Zivilsachen – Funktionen und Verteilungsregeln, JuS 2003, 1007 (1010).

⁶³ Siehe nur Bork, ZGR 2007, 250 (256).

⁶⁴ Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Band I, 3. Aufl. 2013, Art. 19 IV Rn. 105; vgl. auch Lorenz, Das Gebot effektiven Rechtsschutzes des Art. 19 IV GG, Jura 1983, 393 f.

⁶⁵ BVerfGE 51, 150 (156); 83, 201 (211 f.).

⁶⁶ A. A. die wohl h. M. in der Lit., vgl. Altmeyden, NJW 2008, 3601 (3603); Bork, ZGR 2007, 250 (256); Hirte, WM 2008, 1429 (1430); Vogel-sang, HRN 2011, 49 (53, 54); kritisch K. Schmidt, GmbHR 2009, 1009 (1012, 1013).

⁶⁷ Vgl. zu diesem generellen Erfordernis Löwer, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band III, 3. Aufl. 2005, § 70 Rn. 126; Voßkuhle, Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte. Kritische Bestandsaufnahme und Versuch einer Neubestimmung, AöR 125 (2000), 177 (178, 183).

schafterdarlehen dahin gehend verstehen lässt, dass das Merkmal der Krisenfinanzierung auch weiterhin Bedingung für die Einräumung einer schlechteren Befriedigungsposition ist. Dem steht jedoch der – ausdrücklich gegenläufige – gesetzgeberische Wille als indisponible Maxime der verfassungskonformen Auslegung⁶⁸ entgegen: Dieser hat im Rahmen der MoMiG-Reform nicht nur das Merkmal „kapitalersetzend“ gestrichen, sondern, in Anlehnung an einen entsprechenden Vorschlag der Literatur⁶⁹, auch ausdrücklich auf ein inhaltsgleiches Surrogat verzichtet.⁷⁰ Vor diesem Hintergrund mangelt es daher an dem notwendigen interpretativen Spielraum.

V. Ergebnis

Insoweit die Regelungen der §§ 39 I Nr. 5, 44 lit. a und 135 InsO betroffenen Gesellschaftern nicht die Möglichkeit offen halten darzulegen, dass die Gewährung des zu sanktionierenden Fremdkapitals nicht im Zustand der Krise der Gesellschaft erfolgte, sind sie verfassungswidrig.

VI. Die Einführung einer Beweislastumkehr

Dies wirft die Frage auf wie sich eine derartige Unterscheidung rechtskonform gestalten lässt. Naheliegender wäre zunächst, in Anlehnung an die vorherige Gesetzesfassung zur Krise als positivem Tatbestandsmerkmal zurückzukehren.

Eine solche Korrektur stünde aber nicht nur in offensichtlichen Widerspruch zu dem verfolgten Gesetzeszweck der Vereinfachung, sondern würde auch den praktischen Regelfall nur unangemessen würdigen. Überdies wäre sie auch keineswegs erforderlich, denn – wie gezeigt – ist einzig die materielle Typisierung der Krise problematisch, nicht jedoch die formelle. Um das Spannungsverhältnis zwischen Praxistauglichkeit und Legitimationsbedürfnis aufzulösen, dem die §§ 39 I Nr. 5, 44 lit. a und 135 InsO unterliegen, kommt deswegen nur ein Mittelweg aus vor-maliger und gegenwärtiger Rechtslage in Form einer einfachen Beweislastumkehr in Betracht.

C. Die Ziele des Rechts der Gesellschafterdarlehen

Die Regelungen des Rechts der Gesellschafterdarlehen avisieren zwar maßgeblich, den Gebrauch von Fremdkapital zu sanktionieren. Hält man sich jedoch die bilanztechnische Konzeption der Gesellschaft vor Augen wird v. a. eines deutlich: Erst der Mangel an Vermögen der Gesellschaft – und damit eine niedrige Eigenkapital-

quote – macht den Gläubigerschutz überhaupt zu einem Anliegen. M. a. W.: Zwischen der Eigenkapitalquote einer Gesellschaft und dem Schutzbedürfnis ihrer Gläubiger besteht eine Relation.⁷¹

I. Sanktion vs. Motivation

Für das Recht der Gesellschafterdarlehen bedeutet dies, dass das Regel-Ausnahmeverhältnis seines Gesamtregelungskomplexes eigentlich verkehrt herum ausgestaltet ist: Sein Schwerpunkt sollte nicht darauf gerichtet sein, Fremdkapital zu sanktionieren, sondern darauf Anreize für den Einsatz des Privatvermögens der Gesellschafter/innen zu schaffen.

Denn wenn diese der Gesellschaft bspw. eine Barschenkung zu Teil werden lassen, Forderungen übertragen oder auch Sachwerte vermachen, steigt das Eigenkapital der Gesellschaft automatisch. Für die wirtschaftliche Behandlung von Fremd- als Eigenkapital, besteht dann kein Bedarf mehr.

II. Repression vs. Prävention

Darüber hinaus ist nicht zu bezweifeln, dass zwar der Einsatz von Fremdkapital in der Krise als verwerflich anzusehen ist, er aber nur dann zur Konstruktion eines Vorwurfs führen kann, wenn er Hand in Hand mit einem vorherigen Fremdkapitaleinsatz geht. Denn wäre der Gesellschaft bereits vor einer Krise Vermögen – und nicht bloß Fremdkapital – zu Teil geworden, so wäre es vielleicht gar nicht erst zur Insolvenz gekommen. Damit gilt es eine gänzlich neue Zielsetzung ins Auge zu fassen: Die Krisenprävention.

Schließlich steht sowohl in der Betriebswirtschafts- als auch in der Rechtslehre übereinstimmend fest: Je eher in positiver Weise auf das Unternehmen eingewirkt wird, desto höher sind im Ernstfall die Chancen für den Erfolg einer Sanierung.⁷² Es lässt sich nicht leugnen: Sowie dem/der Gesellschafter/in eine Finanzierungsfolgenverantwortung obliegt, trägt auch der Gesetzgeber bis zu einem gewissen Maß eine – aus seinem Regelungsauftrag resultierende – Finanzierungsvorsorgeverantwortung.

III. Zwischenergebnis

Aus der *ratio* des § 39 I Nr. 5 InsO lässt sich schließen, dass es zielgerechter ist die Gesellschafter/innen zu mo-

⁶⁸ BVerfGE 110, 226 (267); 101, 312 (329); Steiner, in: Festschrift für Walter Leisner zum 70. Geburtstag, 1999, S. 569 (573).

⁶⁹ Huber/Habersack, BB 2006, 1 (2).

⁷⁰ BT-DruckS. 16/6140, S. 56.

⁷¹ Dieses Verhältnis resultiert letztlich aus der Natur der Bilanz einer Gesellschaft, vgl. bspw. Schels/Seidel, Das große Excel-Handbuch der Controller, 2009, S. 424.

⁷² Medla, Präventive Unternehmenssanierung im deutschen und im französischen Recht – Rechtsvergleichende Analyse unter Berücksichtigung des Code de Commerce durch das Gesetz vom 26. Juli 2005, 2008, S. 40, 41 m. w. N.; Rattunde, Sanierung durch Insolvenz?, ZIP 2003, 2103 f.

tivieren Vermögen in die Gesellschaft einzubringen, als lediglich Fremdkapital Nachrang und Anfechtung zu unterwerfen.

Um über den Zweck der Sanierung hinaus eine Krisenprävention zu betreiben, sollten Gesellschafter/innen motiviert werden, dieses Vermögen bereits im gesunden Zustand der Gesellschaft beizusteuern.

IV. Eine ökonomische Analyse der Gesellschafterfremdfinanzierung

Wenn Recht Verhaltensänderungen intendiert, ist es für die Analyse der Gesetzesfolgen notwendig, eine theoretische Grundlage heranzuziehen die über reine Gerechtigkeitsaspekte hinausgeht.⁷³ Für eine solche bietet sich einzig die ökonomische Theorie an.⁷⁴ Damit erweist sich eine Betrachtung der Gesellschafterfremdfinanzierung aus rechtsökonomischer Perspektive als unausweichlich.

1. Ausgangssituation

Betrachtet man zunächst den Kapitalzufluss (K) der Gesellschaft insgesamt, sowohl vor, als auch nach der Krise, ergibt sich folgendes Bild:

$$K_{\text{gesamt}} = K_{\text{gesund}} + K_{\text{Krise}}$$

Differenziert man nun darüber hinaus nach den beiden maßgeblichen Kapitalarten, gewinnt die Gleichung ein wenig mehr an Vielfalt:

$$K_{\text{gesamt}} = (V_{\text{gesund}} + D_{\text{gesund}}) + (V_{\text{Krise}} + D_{\text{Krise}})$$

Problematisch sind nun zweierlei Umstände. Lässt man das das Stamm- sowie das Grundkapital einmal außer Acht, so beträgt sowohl das im gesunden Zustand der Gesellschaft zugeführte Vermögen (V_{gesund}), als auch das in der Krise zugeführte Vermögen (V_{Krise}) regelmäßig Null. Beides gilt es zu modifizieren.

2. Die Situation des/der Gesellschafter(s/in) in der Krise

Dazu wiederum ist zu hinterfragen, warum ein/e Gesellschafter/in auf dessen Einsatz kontinuierlich verzichtet. Zunächst ist dabei die Krise ins Auge zu fassen. In der Erwartung eines positiven Sanierungsausgangs, aber mit einem gewissen Grad an Ungewissheit, ist er regelmäßig bereit der Gesellschaft einen festen Betrag (A) zur Verfügung zu stellen. Dieser stellt die Gesamtheit des in der Krise zugeführten Kapitals (K Krise) dar. Damit gilt grundsätzlich:

⁷³ KIRSTEIN, Ökonomische Analyse des Rechts – Discussion Paper 2003-06, http://www.uni-saarland.de/fak1/fr12/csle/publications2003-06_oear.pdf (20.6.2014), S. 22.

⁷⁴ DERS., ebd.

$$K_{\text{Krise}} = A$$

A selbst definiert sich in Abhängigkeit mehrerer Faktoren. Zum einen ist eine faktische Grenze durch die dem/der Gesellschafter/in zur Verfügung stehenden Mittel gesetzt. Zum anderen hat die Risikobereitschaft des/der Gesellschafter(s/in), welche aus der Ungewissheit der wirtschaftlichen Zukunft des Unternehmens resultiert, maßgeblichen Einfluss.

$$A = \text{Faktische Mittel} + \text{Risikobereitschaft}$$

Gegenwärtig führen die mit dem Vermögenseinsatz in Aussicht gestellten Vorteile dazu, dass sich der Kapitaleinsatz in Form von Fremdkapital erschöpft. Das bedeutet, v. a. folgende Regelkorrelation ist problematisch:

$$A = D_{\text{Krise}}$$

3. Die Erhöhung der Risikobereitschaft

Während die finanziellen Ressourcen des/der Gesellschafter(s/in) nicht beeinflussbar – und damit notwendigerweise hinzunehmen – sind, ist seine/ihre Risikobereitschaft sehr wohl modifizierbar.

Um gerade diese zu ändern, bedarf es zweierlei Anknüpfungspunkten. Zum einen müssen solche Gesellschafter/innen von den nachteiligen Wirkungen der Nachrangigstellung ihrer Gesellschafterdarlehen befreit werden, die sich um die Zuführung von Vermögen in der Krise bemühen. Es bedarf somit der Möglichkeit, ein Vielfaches (X) des eingesetzten Eigenkapitals weitgehend risikofrei als Darlehen zu gewähren.

$$V_{\text{Krise}} \times X = D_{\text{Krise}} \text{ (ohne Nachrang)}$$

Damit diese Freistellung jedoch wirklich anreiztauglich ist, muss das von dem Nachrang befreite Fremdkapital umfangreicher sein, als das zugeführte Vermögen. Denn auf ein Nullsummenspiel würde sich kein/e rational handelnde/r Gesellschafter/in einlassen.

Gleichzeitig darf die Bevorzugung auch kein exzessives Ausmaß annehmen, um dem Missbrauch Einhalt zu gebieten. Dies legt den Schluss nahe, eine Freistellung in Höhe von zusätzlichen 100 % zu bestimmen. Dies würde bedeuten:

$$X = 2,0$$

Darüber hinaus gilt es zu beachten, dass die Motive für den Fremdkapitaleinsatz auch in gesellschaftsfremden Territorien liegen. Ein wesentlicher Grund sind die mit ihm verbundenen steuerrechtlichen Befreiungen.⁷⁵

⁷⁵ POHL/RAUPACH, in: Festschrift für Wolfram Reiß zum 65. Geburtstag, 2008, S. 431 f.

In systematischer Ausnahme zu § 20 II EStG fallen aus Fremdkapitaleinsatz resultierenden Erträge gemäß § 32d II Nr. 1 lit. b S. 1 EStG nicht unter die Einkommenssteuerpflicht. Diese Befreiung sollte deshalb erschwert werden, indem man sie an die Vermögenszufuhr koppelt. Nur durch eine solche, dual wirkende, Vermögensprivilegierung lässt sich der notwendige Anreiz schaffen, der die Entscheidung des/der Gesellschafter(s/in) hin zu einer Finanzierung lenkt, die sowohl den dauerhaften Einsatz von Privatvermögen- als auch Fremdkapital umfasst. Final würde dies dann die gewünschte Folge hervorrufen:

$$A = V \text{ Krise} + D \text{ Krise (ohne Nachrang)}$$

In der Wirkung würde dies damit dazu führen, dass die Gesellschafter/innen zwar von ihrer Finanzierungsfreiheit frei Gebrauch machen können, allerdings für den Einsatz von Fremdkapital grundsätzlich nicht nur mit einem Nachrang ihrer Forderungen, sondern auch mit entsprechenden Steuerbelastungen sanktioniert werden.

Gegenüber der jetzigen Regelung hätte dies den Vorteil, dass sich dasjenige Kapital, welches der Gesellschaft insgesamt zur Verfügung gestellt wird erhöht. Gleichzeitig bliebe die Haftungsmasse, die den Gläubigern im Insolvenzfall zur Verfügung steht konstant. Auch die Steuervorteile – und damit auch die Belastungen für die Allgemeinheit – unterlägen in der Summe keiner Veränderung. Der Unterschied wäre nur, dass sie sich die Gesellschafter/innen diese erst mittels Vermögenseinsatzes „verdienen“ müssten.

4. Die Einführung eines Krisenpräventionsmechanismus

Weil nicht nur der fehlende Eigenkapitalzufluss ein wesentliches Finanzierungsdefizit darstellt, sondern insbesondere auch die Tatsache, dass auf dieses auch im Vorfeld einer Krise verzichtet wird, stellt sich zudem die Frage, wie man Gesellschafter/innen zu einer Vorfeldfinanzierung mittels Eigenkapitals anhält. Das Gesellschaftsrecht erweist sich diesbezüglich als herausfordernd.

a) Erhöhung des zur Gründung erforderlichen Stamm- oder Grundkapitals?

Zunächst ist zu erwägen, den Umfang des zur Gründung erforderlichen Stamm- oder Grundkapitals zu erhöhen. Allerdings stellt sich diesbezüglich folgendes Problem:

Aufgrund der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit des Art. 49 AEUV müssen im europäischen Ausland gegründete Gesellschaften hierzulande gesellschaftsrechtlich voll anerkannt werden.⁷⁶ Die De-

⁷⁶ EuGH, Slg. 2003, I-10155 (*Inspire Art*) = NJW 2003, 3331 f.; Slg. 2002, I-9919 (*Überseering*) = NJW 2002, 3614 f.; Slg. 1999, I-1459 (*Centros*) = NJW 1999, 2027 f.; *Weller*, Europäische Rechtsformwahl-

nunzierung einer ausländischen Kapitalgesellschaft zu einer Personengesellschaft mit der Folge der akzessorischen Haftung der Gesellschafter/innen – wie sie zunächst vom BGH vertreten wurde⁷⁷ – ist auf Grundlage der geltenden europäischen Rechtsprechung nicht (mehr) möglich.

Damit müssen aber auch solche Gesellschaften wie bspw. die englische Limited Company, deren Gesellschafter/innen ebenfalls beschränkt haften, obwohl für ihre Gründung lediglich ein Stammkapital von nur 1 £ aufgebracht werden muss, hierzulande anerkannt werden. Der deutsche Gesetzgeber ist dem begegnet, indem er die Unternehmensgesellschaft (UG) eingeführt hat, die zur Gründung ebenfalls nur 1 € Stammkapitals bedarf, jedoch demselben Haftungsmodell wie die GmbH unterliegt.⁷⁸

Dies zeigt: Die Gründung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung muss – um die internationale Wettbewerbsfähigkeit des deutschen Gesellschaftsrechts zu gewährleisten – auch praktisch ohne Privatvermögen möglich sein.⁷⁹ Die umfangreiche Inanspruchnahme der UG seit ihrer Einführung⁸⁰ unterstreicht dies.

b) Vorfeldanreize im Recht der Gesellschafterdarlehen

Damit verbleibt nur die Möglichkeit einen entsprechenden Anreiz auf eigenständige Weise im Recht der Gesellschafterdarlehen zu manifestieren. Allerdings ist es in dieser Hinsicht nicht gerade modifikationsfreundlich: Die Natur des insolvenzrechtlichen Ansatzes, für den sich der Gesetzgeber entschieden hat, bringt es mit sich, dass seine Wirkungen erst im Nachhinein eintreten.⁸¹ Weil seine Funktion damit repressiv ist, müsste sie derart modifiziert werden, dass sie auch präventiv wirkt. Wie aber lässt sich das vollbringen?

Möglich wäre zunächst folgende Vorgehensweise: Die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen des Eigenkapitalerhöhungsprivilegs und der Eintritt seiner Rechtsfolgen könnten einer zeitlichen Separierung unterzogen werden, d. h.: Das Vermögen müsste der Gesellschaft vor einer Krise zugeführt werden damit in einer Krise die befreienden Rechtsfolgen eintreten. Allerdings

freiheit und Gesellschafterhaftung – Zur Anwendung der Existenzvernichtungshaftung auf Scheinauslandsgesellschaften nach „Überseering“ und „Inspire Art“, Diss., Univ. Heidelberg 2004, S. 11 ff.

⁷⁷ BGHZ 151, 204 f. = NJW 2002, 3539 f.; vgl. auch *Bergmann*, Wegzug und Zuzug von Gesellschaften in der EU, ZEuS 2012, 233 (236).

⁷⁸ BT-Drucksache 16/6140, S. 31 f.; *Kindler*, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, § 14 Rn. 104 f.

⁷⁹ *Lutter*, Zur Entwicklung der GmbH in Europa und der Welt, GmbHR 2005, 1 (4).

⁸⁰ Vgl. dazu insbesondere *Bayer/Hoffmann*, Erste Unternehmensgesellschaften (haftungsbeschränkt) seit Inkrafttreten des MoMiG, GmbHR 2008, 1302 (1302); *Kornblum*, Bundesweite Rechtsstatsachen zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, GmbHR 2012, 728 f.

⁸¹ *Vetter*, ZGR 2005, 788 (797).

stellt sich dabei ein wesentliches Risiko: Die Gesellschafter/innen könnten es aufgrund einer falschen Einschätzung der wirtschaftlichen Zukunft des Unternehmens nicht nutzen. Eine solche Verweigerungsmethodik könnte somit dazu führen, dass die angestrebten Wirkungen im Zweifelsfall überhaupt nicht zum Tragen kommen.

Lässt man aber im Gegensatz dazu die Schaffung der Voraussetzungen des Kapitalmultiplikationsmechanismus uneingeschränkt, d. h. auch in der Krise, zu besteht für die Gesellschafter/innen kein Anreiz, sich um eine vorherige Vermögenseinbringung zu bemühen.

Das so entstehende Dilemma lässt sich nur auf eine Weise auflösen: Zum einen muss man die Möglichkeit in den Genuss dieses Privilegs zu kommen, in der Krise bestehen lassen, zum anderen die Zuführung von Vermögen im Vorfeld einer Krise erst Recht belohnt werden. Dies kann nur dann geschehen, wenn man den Freistellungsfaktor bei vorherigem Vermögen (Y) erhöht. Es muss also gewissermaßen eine Mehrbelohnung der Gesellschafter/innen erfolgen, wenn sie eine weitsichtige, nachhaltige Finanzierungsentscheidung treffen. Anbieten würde sich dabei eine hälftige Erhöhung der Freistellungsquote, was bedeuten würde:

$$Y = 2,5$$

Bei der Berechnung des in der Krise eingesetzten Fremdkapitals würde dann gelten:

$$D_{\text{Krise}} = (V_{\text{Krise}} \times X) + (V_{\text{gesund}} \times Y)$$

Bezieht man noch das zu diesem Zweck eingebrachte Vermögen in die Gesamtberechnung der in der Krise eingesetzten Finanzmittel ein, gilt:

$$K_{\text{Krise}} = V_{\text{Krise}} + (V_{\text{Krise}} \times X) + (V_{\text{gesund}} \times Y)$$

Eine nunmehr erneute Betrachtung des Gesamtkapitalzuflusses ergibt:

$$K_{\text{gesamt}} = (V_{\text{gesund}} + D_{\text{gesund}}) + [V_{\text{Krise}} + (V_{\text{Krise}} \times X) + (V_{\text{gesund}} \times Y)] = (V_{\text{gesund}} + D_{\text{gesund}}) + [V_{\text{Krise}} + (V_{\text{Krise}} \times 2,0) + (V_{\text{gesund}} \times 2,5)]$$

V. Zwischenergebnis

Um zu bewirken, dass die Gesellschafter/innen der Gesellschaft während der Krise Vermögen zur Verfügung stellen – anstelle sich auf Fremdkapital zu beschränken – könnte es zielführend sein, diese für die unbegrenzte Überlassung von Kapital bspw. in Form einer Schenkung an die Gesellschaft im Gegenzug mit einer Freistellung

von der Rechtsfolgen des Rechts der Gesellschafterdarlehen zu belohnen.

Zum Zwecke einer Krisenprävention könnte es sich überdies als förderlich erweisen, eine solche Freistellung im Umfang zu erhöhen, wenn das Vermögen der Gesellschaft bereits vor einer Krise zugeführt wurde.

D. Fazit

Im Ergebnis lässt sich folgendes resümieren:

1. Zwischen der Finanzierungsfreiheit und dem Gläubigerschutz entsteht in der Krise der Gesellschaft ein Spannungsverhältnis. Dieses ist dahingehend aufzulösen, dass die Finanzierungsfreiheit zurücktritt. Die Finanzierungsfolgenverantwortung ist die rechtssprachliche Präzisierung des Resultats dieser Interessenabwägung. Ihre Notwendigkeit resultiert aus dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Die §§ 39 I Nr. 5, 44 lit. a und 135 InsO als zentrale Vorschriften des Rechts der Gesellschafterdarlehen zielen darauf ab, die Finanzierungsfolgenverantwortung durchzusetzen und werden gleichzeitig durch sie legitimiert.
2. Die Finanzierungsfreiheit ist erst auf der Basis der Haftungsbeschränkung effektiv im Stande gläubigergefährdende Wirkung zu entfalten. Die in § 39 IV 1 InsO manifestierte Reduzierung des Anwendungsbereichs des Rechts der Gesellschafterdarlehen auf solche Gesellschaften, in denen eine beschränkte Haftung besteht, ist deshalb notwendig.
3. Soweit es Fremdkapital betrifft, das der Gesellschaft durch ihre Gesellschafter/innen im Zustand der Krise zur Verfügung gestellt wird, ist die Finanzierungsfolgenverantwortung für dessen Sonderbehandlung auch nach der Reformierung des Eigenkapitalersatzrechts durch das MoMiG maßgeblicher Legitimationsgrund.
4. Hinsichtlich Fremdkapitals, das der Gesellschaft durch die Gesellschafter/innen nicht im Zustand der Krise zur Verfügung gestellt wird, besteht kein Spannungsverhältnis zwischen der Finanzierungsfreiheit und dem Gläubigerschutz. Folglich tragen die Gesellschafter/innen außerhalb einer Krise der Gesellschaft auch keine Finanzierungsfolgenverantwortung. Die Schlechterstellung von Gesellschafter(n/innen) aufgrund eines Einsatzes von Fremdkapital ist dann nicht zu rechtfertigen.
5. Insoweit die Regelungen §§ 39 I Nr. 5, 44 lit. a und 135 InsO eine solche Schlechterstellung gleichwohl bewirken, unterliegen sie einem Legitimationsdefizit. Dieses kann durch die unwiderlegbare Vermutung einer Krise innerhalb der gesetzlichen Anfechtungsfristen nicht über-

brückt werden. Eine verfassungskonforme Auslegung der maßgeblichen Vorschriften scheitert an dem dafür erforderlichen interpretativen Spielraum. Folglich sind diese in ihrer gegenwärtigen Ausgestaltung verfassungswidrig. Um ihre Grundrechtskonformität zu gewährleisten, bedarf es jedoch nicht zwangsläufig der Wiedereinführung der „Krise“ als positives Tatbestandsmerkmal. Ausreichend – und auch sachgerechter – ist die Einführung einer einfachen Beweislastumkehr zu Lasten des/der Gesellschafter(s/in).

6. Zwischen der Eigenkapitalquote einer Gesellschaft und dem Schutzbedürfnis ihrer Gläubiger besteht eine Relation. Ein hoher Eigenkapitalanteil macht fremdkapitalbedingten Gläubigerschutz obsolet und umgekehrt. Anstelle Gesellschafter/innen lediglich für den Einsatz von Fremdkapital zu sanktionieren, sollten sie deshalb zur Einbringung von Vermögen in die Gesellschaft motiviert werden. Dazu bedarf es der Schaffung eines ent-

sprechenden Anreizes. Darüber hinaus wäre es förderlich, wenn ein solcher Anreiz nicht nur während einer Krise, sondern auch bereits in ihrem Vorfeld bestehen würde.

7. Zu diesem Zweck bedarf es der Schaffung eines Eigenkapitalerhöhungsprivilegs in Form einer Freistellung von den Rechtsfolgen der §§ 39 I Nr. 5, 44 lit. a und 135 InsO im Gegenzug für in die Gesellschaft eingebrachtes Vermögen. Zudem sollte die Freistellung der daraus resultierenden Erträge von der Einkommensteuerpflicht gemäß § 32d II Nr. 1 lit. b S. 1 EStG ebenfalls an die Einbringung von Vermögen in die Gesellschaft gekoppelt werden. Um einer Krise idealer Weise im Vorfeld zu begegnen, muss ein solches Privileg in seinen begünstigenden Rechtsfolgen solche Gesellschafter/innen zusätzlich besser stellen, die der Gesellschaft bereits vor einer finanziellen Problemsituation dauerhaft Vermögen zur Verfügung gestellt haben.

Olaf Muthorst*

Vertragsschluss auf eBay

BGB §§ 138, 242 Das bloße Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung macht einen auf eBay geschlossenen Kaufvertrag nicht sittenwidrig und begründet keinen Einwand des Rechtsmissbrauchs.

Wer etwas auf einer eBay-Auktion anbietet, trägt das Risiko, dass der Kaufvertrag zu einem Preis zustande kommt, der außer Verhältnis zum Wert der Leistung steht. Allein wegen dieses Missverhältnisses ist ein solcher Kaufvertrag nicht als wucherähnliches Rechtsgeschäft sittenwidrig. Der Verkäufer kann dem Käufer auch nicht allein deshalb den Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegenhalten.

BGH, Urteil vom 12.11.2014 – VIII ZR 42/14, NJW 2015, 548–549

Sachverhalt

V stellte bei eBay einen gebrauchten VW Passat mit einem Startpreis von 1 € ein. K nahm das Angebot mit einem Maximalgebot von 555,55 € wenige Minuten später an. Sieben Stunden später – K war noch immer der einzige Bieter – brach V die Auktion ab. Da er einen Käufer außerhalb der Auktion gefunden hatte, weigerte er sich, das Fahrzeug an K zu liefern. K verlangt Schadensersatz

in Höhe von 5.249 €, da das Fahrzeug 5.250 € wert gewesen sei. Zu Recht?

Problemaufriss

K verlangt von V einen Schadensersatz in Höhe des Wertes der geschuldeten Leistung (5.250 €) abzüglich der ersparten eigenen Gegenleistung (1 €). Ein Anspruch auf einen solchen Schadensersatz statt der ganzen Leistung kann sich aus §§ 280 I, III, 281 BGB ergeben. Diese Norm setzt zunächst voraus, dass der Schuldner dadurch eine Pflicht aus einem Schuldverhältnis verletzt, dass er die fällige Leistung nicht (oder nicht wie geschuldet) erbringt. Ferner muss der Gläubiger dem Schuldner eine angemessene Frist zur Leistung setzen (§ 281 I 1 BGB), wenn nicht der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert oder wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs rechtfertigen (§ 281 II BGB). Schließlich ist der Anspruch gemäß § 280 I 2 BGB ausgeschlossen, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.

Da V die Lieferung des Fahrzeugs verweigerte, ist eine Fristsetzung entbehrlich nach § 281 II, 1. Fall BGB. Da V

* Dr. iur., Juniorprofessor für Bürgerliches Recht mit Zivilprozessrecht an der Universität Hamburg.

deshalb nicht lieferte, weil er einen anderen Käufer gefunden hatte, ist auch das Vertretenmüssen unproblematisch. Dass V nicht mehr liefern konnte, weil er an den anderen Käufer bereits übereignet hatte, ist dem Sachverhalt nicht zu entnehmen.¹ Zweifelhaft kann allein sein, ob V überhaupt verpflichtet war, den Pkw für 1 €, also 0,02 % des Wertes, an K zu liefern – mit anderen Worten: ob V überhaupt eine Pflicht aus einem Schuldverhältnis verletzt hat.

Das hängt zunächst davon ab, ob zwischen V und K ein wirksamer Kaufvertrag (§ 433 I BGB) zustande gekommen war. Ein Kaufvertrag kommt zustande durch Angebot und Annahme (§§ 145 ff. BGB). Das gilt auch, wenn Angebot und Annahme mit Hilfe einer Versteigerungsplattform – wie beispielsweise eBay – erklärt werden.² Dabei wird das Einstellen der Ware als Angebot (nicht nur als unverbindliche *invitatio ad offerendum*³) durch den Verkäufer angesehen, das die Bieter durch ihre Gebote annehmen.⁴ Jedes Gebot steht jeweils unter der aufschiebenden Bedingung, dass es am Auktionsende das Höchstgebot ist, und erlischt, wenn ein anderer Käufer während der Angebotsdauer ein höheres Gebot abgibt.⁵ Dass die Willenserklärungen von Verkäufer und Bieter so auszulegen sind, folgt aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen von eBay:⁶ Diese betreffen zwar unmittelbar nur das Rechtsverhältnis zwischen der Versteigerungsplattform und dem einzelnen Nutzer (sog. Benutzungsverhältnis); soweit sie aber den Mechanismus beschreiben, wie auf eBay Kaufverträge zustande kommen (sog. Marktverhältnis, vgl. § 6 Nr. 2 und 5), sind alle Willenserklärungen der Nutzer so zu verstehen, wie es den eBay-AGB entspricht.

Für den Verkäufer ergibt sich aus den eBay-AGB außerdem die Möglichkeit, „ein Angebot zurückzunehmen und die vorliegenden Gebote zu streichen“ (§ 6 Nr. 6). Insoweit ist das Angebot also nicht bindend.⁷ Das ist auf den Hilfeseiten näher erläutert: „Angebote bei eBay

sind verbindlich. Bei vorzeitigem Beenden des Angebots (...) durch Sie als Verkäufer kommt zwischen Ihnen und dem Höchstbietenden grundsätzlich ein Vertrag zustande. Dies ist nur dann nicht der Fall, wenn ein berechtigter Grund dafür vorliegt, das Angebot zu beenden und die vorliegenden Gebote zu streichen. Nur in den folgenden Fällen sind Sie berechtigt, Ihr Angebot vorzeitig zu beenden: – Sie haben sich beim Eingeben des Angebots geirrt. (...) – Es ist Ihnen unverschuldet unmöglich, den Artikel dem Käufer zu übereignen.“⁸ Liegt keiner der beiden Gründe vor und ist das Angebot auch nicht aus gesetzlichen Gründen nichtig – z. B. weil es sich um ein sittenwidriges Rechtsgeschäft handelt (§ 138 I BGB) oder von einem Anfechtungsrecht Gebrauch gemacht wurde (§§ 142 f. BGB) –, führt der Abbruch der Auktion also zu einem Kaufvertrag mit dem Höchstbietenden.⁹

Aber auch dann, wenn ein wirksamer Kaufvertrag besteht, kann es in seltenen Ausnahmefällen an einer Pflichtverletzung durch den Verkäufer fehlen. Es kann nämlich rechtsmissbräuchlich sein, wenn sich der Käufer auf einen Vertragsschluss beruft; der Verkäufer kann dem Käufer diesen auf § 242 BGB gestützten Einwand unter engen Voraussetzungen entgegenhalten.

Zur Entscheidung

V hatte die Auktion abgebrochen, weil er einen Käufer außerhalb der Auktion gefunden hatte. Das ist kein berechtigter Grund im Sinne der eBay-AGB. Daher war ein Kaufvertrag nur dann nicht zustande gekommen, wenn es sich um ein sittenwidriges Rechtsgeschäft i. S. v. § 138 I BGB handeln würde. Das ist unter anderem dann der Fall, wenn objektiv ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht und subjektiv der Begünstigte aus verwerflicher Gesinnung gehandelt hat (sog. wucherähnliches Geschäft).¹⁰ Ein besonders grobes Missverhältnis rechtfertigt regelmäßig den Schluss auf die verwerfliche Gesinnung.¹¹

Bei Internetauktionen gilt dies aber nicht: Der Anbieter hofft, aufgrund der Dynamik des gegenseitigen Überbietens einen besonders hohen Erlös zu erzielen, und geht andererseits das Risiko ein, dass der Vertrag mit dem Meistbietenden zu einem niedrigen Preis zustande

1 Dann wäre allerdings an § 311 a II BGB bzw. §§ 280 I, III, 283 BGB sowie § 285 BGB als Anspruchsgrundlagen zu denken, vgl. Lorenz, Anmerkung zu BGH NJW 2015, 548, LMK 2015, 365443.

2 Auf derartigen Plattformen finden keine Versteigerungen i. S. v. § 156 BGB statt; vgl. Ellenberger, in: Palandt, BGB, 74. Aufl. 2015, § 156 Rn. 3.

3 Lorenz, LMK 2015, 365443.

4 BGH NJW 2014, 1292 (Tz. 19); Sutschet, Anforderungen an die Rechtsgeschäftslehre im Internet, NJW 2014, 1041 (1041); Oechsler, Der vorzeitige Abbruch einer Internetauktion und die Ersteigerung unterhalb des Marktwerts der Sache, NJW 2015, 665 (665 f.); kritisch Paal, Internetrecht – Zivilrechtliche Grundlagen, JuS 2010, 953 (955).

5 Sutschet, NJW 2014, 1041 (1042); nach a. A. stellt der Bieter sein Gebot unter die auflösende Bedingung, bei Auktionsende Höchstbietender zu sein, vgl. Wagner/Zenger, Vertragsschluss bei eBay und Angebotsrücknahme, MMR 2013, 343 (345).

6 eBay-AGB in der Fassung vom 12.03.2014 (<http://pages.ebay.de/help/policies/user-agreement.html#bestimmungen>, alle Websites zuletzt abgerufen am 04.03.2015); im Fall war eine ältere Fassung maßgebend, auf deren Abweichungen es hier nicht ankommt. BGH NJW 2011, 2643 (Tz. 15); NJW 2014, 1292 (Tz. 18 und 20); Lorenz, LMK 2015, 365443; Wagner/Zenger, MMR 2013, 343 (346 f.).

7 BGH NJW 2014, 1292 (Tz. 18 ff.); Ellenberger, in: Palandt, BGB, 74. Aufl. 2015, § 145 Rn. 7 a. E.

8 http://pages.ebay.de/help/sell/end_early.html; vgl. Wagner/Zenger, MMR 2013, 343 (345 ff.); Wagner/Zenger, Anmerkung zu BGH NJW 2015, 548, MMR 2015, 104 (104 f.). Vgl. ebenfalls den von LG Heidelberg vom 12.12.2014 – 3 S 27/14 entschiedenen Fall.

9 BGH NJW 2015, 1009; bis zu dieser Entscheidung war das in den Fällen umstritten, in denen die Auktion bei Abbruch noch zwölf Stunden oder länger gelaufen wäre, vgl. Hoffmann, Die Entwicklung des Internetrechts bis Ende 2014, NJW 2015, 530 (530).

10 BGHZ 146, 298 (301 ff.); BGH NJW 2014, 1652 (Tz. 10); Ellenberger, in: Palandt, BGB, 74. Aufl. 2015, § 138 Rn. 34; Jacoby/von Hinden, in: StudKommBGB, 14. Aufl. 2013, § 138 Rn. 11.

11 BGHZ 146, 298 (301 ff.); Ellenberger, in: Palandt, BGB, 74. Aufl. 2015, § 138 Rn. 34 a.

kommt. Wenn es zu einem groben Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung kommt, realisiert sich dieses Risiko und es kann daraus nicht auf ein Handeln des Bieters aus verwerflicher Gesinnung geschlossen werden. Es bedarf daher zusätzlicher Umstände, um eine verwerfliche Gesinnung des Bieters zu belegen.¹²

Als solchen Umstand könnte man in Betracht ziehen, dass K selbst ein Maximalgebot von 555,55 € festlegte. Das könnte so zu verstehen sein, dass K in keinem Fall bereit war, einen Preis zu entrichten, der dem Wert des Pkw (5.250 €) entsprach. Auch damit zeigt ein Bieter aber nur, dass er von den Chancen des Auktionsmechanismus Gebrauch machen will – nicht anders als der Verkäufer, der auf einen ungewöhnlich hohen Erlös hofft. Wenn der Bieter sein Maximalgebot nicht am Marktwert ausrichtet, bringt das also keine verwerfliche Gesinnung zum Ausdruck.¹³ Ohnehin definiert der Bieter mit dem „Maximalgebot“ nur das dem *automatischen* Bietsystem gesetzte Limit; wird es überboten, gibt der Bieter eventuell *manuell* ein höheres Gebot ab.¹⁴

Es waren auch keine anderen Umstände ersichtlich, die für eine verwerfliche Gesinnung des K sprechen würden. Daher lag ein wirksamer Kaufvertrag zwischen V und K vor.

Somit war zu entscheiden, ob V dem K den Einwand des Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) entgegenhalten kann. Ein Rechtsmissbrauch kann nur in besonderen Ausnahmefällen bejaht werden, und nur nach sorgfältiger und umfassender Prüfung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalls.¹⁵ Dazu ist von einzelnen Gerichten erwogen worden, bei einer vorzeitig abgebrochenen Internetauktion sei der Käufer nicht schutzwürdig, weil er zu keinem Zeitpunkt damit habe rechnen können, dass ein Kaufvertrag zu einem derart niedrigen Preis zustande kommen würde.¹⁶ Die überwiegende Ansicht sieht den Verkäufer jedoch dadurch hinreichend geschützt, dass er einen Start- oder Mindestpreis festsetzen kann und es ebenso selbst in der Hand hat, die Auktion nicht unbe-

rechtigt abzubrechen.¹⁷ Dem folgt der *Bundesgerichtshof* ohne weitere Begründung.¹⁸

Mithin versagt er dem juristischen Laien (oder gar: Verbraucher) den Schutz des § 242 BGB pauschal mit dem Hinweis darauf, er habe das ihm an die Hand gegebene Instrumentarium gegen die eigenen Interessen eingesetzt. Das kann schon deshalb nicht überzeugen, weil die (Nicht-)Anwendung des § 242 BGB eine Entscheidung des Einzelfalls zu sein hat. Es überzeugt aber vor allem nicht, den Verkäufer an der interessenwidrigen Handhabung der von eBay zur Verfügung gestellten technischen Möglichkeiten festzuhalten, ohne in den Blick zu nehmen, ob mit diesen Möglichkeiten eine sachgerechte Risikoverteilung zwischen den an der Transaktion Beteiligten einhergeht. Im allgemeinen Zivilrecht geht eine unberechtigte Anfechtungserklärung ins Leere. Der Anfechtende trägt das Risiko, an den Vertrag gebunden zu bleiben, den er eingegangen ist und beseitigen will. Demgegenüber führen die eBay-AGB zur Belastung mit dem Risiko, an einen Vertrag gebunden zu sein, bei dem es aller Wahrscheinlichkeit nach gar nicht geblieben wäre, hätte der Erklärende nicht den vermeintlich berechtigten Abbruch veranlasst.¹⁹ Schon aus diesem Grund kann die Überlegung, die Auktion sei freiwillig abgebrochen worden, nicht die Haftung des Verkäufers tragen, mag diese auch im Einzelfall das richtige Ergebnis sein.

12 BGH NJW 2012, 2723 (Tz. 18 ff.) = JuS 2012, 839 (Schwab); BGH NJW 2015, 548 (Tz. 9); OLG Köln MMR 2007, 446 (447 f.); LG Detmold MMR 2012, 371 (371); Ellenberger, in: Palandt, BGB, 74. Aufl. 2015, § 138 Rn. 34c; Jacoby/von Hinden, in: StudKommBGB, 14. Aufl. 2013, § 138 Rn. 14; Artz, Anmerkung zu BGH NJW 2012, 2723, ZJS 2012, 268 (268 f.); Lorenz, Anmerkung zu BGH NJW 2012, 2723, LMK 2012, 332201; Lorenz, LMK 2015, 365443; Oechsler, NJW 2015, 665 (668); Wagner/Zenger, MMR 2015, 104 (105).

13 BGH NJW 2012, 2723 (Tz. 20); BGH NJW 2015, 548 (Tz. 10); Ellenberger, in: Palandt, BGB, 74. Aufl. 2015, § 138 Rn. 34c.

14 Vgl. <http://pages.ebay.de/help/buy/automatic-bidding.html>.

15 BGHZ 12, 154 (157); 55, 274 (279 f.); 68, 299 (304); BGH NJW 2015, 548 (Tz. 11); Grüneberg, in: Palandt, BGB, 74. Aufl. 2015, § 242 Rn. 38.

16 OLG Koblenz MMR 2009, 630 (631); LG Koblenz NJW 2010, 159 (160 f.).

17 OLG Köln MMR 2007, 446 (448 f.); AG Gummersbach NJW-RR 2011, 133 (134); LG Detmold MMR 2012, 371 (371 f.); LG Berlin MMR 2012, 597 (598); Oechsler, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs und das Internet, Jura 2012, 497 (500); Oechsler, NJW 2015, 665 (667); Hoffmann, Die Entwicklung des Internetrechts bis Ende 2014, NJW 2015, 530; Lorenz, LMK 2015, 365443; Wagner/Zenger, MMR 2015, 104 (105).

18 BGH NJW 2015, 548 (Tz. 12).

19 Vgl. auch den von OLG Hamm MMR 2014, 108 (nicht rechtskräftig) entschiedenen Fall.

Julia Geneuss*

Freiheitsberaubung durch Unterlassen: (Quasi-)Kausalität bei Verstoß gegen Richtervorbehalt

StGB §§ 239, 13 Freiheitsberaubung durch Unterlassen

Unterlässt es der verantwortliche Polizeibeamte, bei einer ohne richterliche Anordnung in Gewahrsam genommenen Person unverzüglich eine richterliche Entscheidung über die Fortdauer des Gewahrsams herbeizuführen, ist dies grundsätzlich geeignet, den Vorwurf der (rechtswidrigen) Freiheitsberaubung durch Unterlassen zu begründen. Das Unterlassen ist jedoch dann nicht (quasi-)kausal für den unrechtmäßigen Erfolg, wenn angenommen werden kann, dass bei Einschaltung eines Richters, dieser den Gewahrsam mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit angeordnet hätte.

BGH, Urteil vom 04.09.2014 – 4 StR 473/13, BGHSt 59, 292–307

Sachverhalt

Der 22 Jahre alte, in Sierra Leone geborene J wird gegen 8.30 Uhr zur Identitätsfeststellung auf das Dessauer Polizeirevier verbracht. Er wird verdächtigt, in alkoholisiertem Zustand Passanten belästigt zu haben. Auf dem Polizeirevier verhält sich J – wie auch schon vor Ort gegenüber den herbeigerufenen Polizeibeamten sowie während der Fahrt zur Wache – renitent, schlägt seinen Kopf in Richtung Wand und Tisch und kann nur mit Mühen von Selbstverletzungen abgehalten werden. Ein hinzugezogener Arzt entnimmt J eine Blutprobe, deren spätere Untersuchung eine BAK von 2,98 Promille sowie Spuren weiterer Drogen ergibt. Da sich die Personalien des J nicht sofort klären lassen, wird dieser nach Feststellung der Gewahrsamsfähigkeit unter erheblichem Widerstand in eine Zelle verbracht und – ebenfalls nach Rücksprache mit dem Arzt – auf dem Rücken liegend mit Hand- und Fußfesseln fixiert. Der zuständige Dienstgruppenleiter D wird hierüber informiert, bekommt J jedoch selbst nicht zu Gesicht und vergewissert sich auch nicht, dass durch die Fixierung selbstgefährdende Handlungen ausgeschlossen sind. Die Zelle des J wird ungefähr jede halbe Stunde kontrolliert; eine Überwachung durch einen im Zellenrakt ständig anwesenden Beamten findet hingegen nicht statt. Einen Richter informiert D über die Ingewahrsamnahme des J nicht. D macht geltend, dass ihm die einfachgesetzlichen Vorschriften (Strafprozessordnung, Polizeirecht), nach denen die „unverzügliche“ Vorführung bzw. das „unverzügliche“

Herbeiführen einer richterlichen Entscheidung gefordert wird, unbekannt seien. Er sei davon ausgegangen, dass er den J bis zu 12 Stunden ohne richterliche Anordnung festhalten dürfe. In den zwölf Jahren als Dienstgruppenleiter habe er noch nie einen Richter über eine freiheitsentziehende Maßnahme zur Identitätsfeststellung informiert; diese Praxis sei seinen Vorgesetzten auch bekannt, aber nie thematisiert worden.

Nach der Feststellung des LG kommt J gegen 12 Uhr auf die Idee, die Matratze, auf der er fixiert ist, mit einem Feuerzeug anzuzünden. Dabei ging er davon aus, dass die Beamten auf das Feuer aufmerksam und ihn aus der Zelle befreien würden. D hält den daraufhin ausgelösten Feueralarm zunächst für einen Fehlalarm und überprüft die Zelle des J erst nach einigen Minuten. J verstirbt und es kann nicht geklärt werden, ob er bei sofortigem Hinunterteilen hätte gerettet werden können.

Nachdem der BGH das den D vom Vorwurf der Körperverletzung mit Todesfolge freisprechende Urteil des LG Dessau aufgehoben hatte, verurteilte ihn das LG Magdeburg wegen fahrlässiger Tötung zu einer Geldstrafe. Die Revisionen von D, der Staatsanwaltschaft und der Nebenkläger hatten keinen Erfolg.

Problemaufriss

Wie bei den Begehungsdelikten kann eine Person nur dann wegen eines unechten Unterlassungsdelikts bestraft werden, wenn sie den Erfolgseintritt durch ihr Verhalten verursacht hat. Da ein Unterlassen, also ein „Nichtstun“, einen Erfolg jedoch nicht real bewirken kann, lässt sich die Kausalität nicht mit der üblichen *conditio-sine-qua-non*-Formel herleiten. Sie wird daher modifiziert zu einer „hypothetischen Kausalität“ (sog. Quasi-Kausalität). Nach Rspr. und h.L. ist ein Unterlassen in diesem Sinne kausal, wenn die rechtlich gebotene Handlung nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass der tatbestandsmäßige Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfielen (sog. Vermeidbarkeitstheorie).¹ In Zweifelsfällen, wenn also nicht festgestellt werden kann, ob der Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit

* Dr. iur., LL.M. (NYU), wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Juristische Zeitgeschichte an der Universität Hamburg.

¹ St. Rspr., vgl. nur BGH NStZ 1985, 26 (27); aus der jüngeren Rspr. vgl. zudem das Urteil zum Einsturz der Bad Reichenhaller Eissporthalle BGH NJW 2010, 1087 mit Anm. Kühl; Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2013, § 49 Rn. 13; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 44. Aufl. 2014, Rn. 711.

lichkeit abgewendet worden wäre, entfällt *in dubio pro reo* die (Quasi-)Kausalität.

Eine Mindermeinung in der Literatur befürchtet Strafbarkeitslücken und hält es für ausreichend, dass die unterlassene Handlung bei ihrer Vornahme das Risiko des Erfolgseintritts verringert hätte (sog. Risikoverringerungslehre).² Gegen diesen Ansatz wird jedoch zu Recht eingewandt, dass die hypothetische Kausalität stark überdehnt werde, da dem Unterlassenden ggf. ein Erfolg zugerechnet wird, den er möglicherweise gar nicht hätte verhindern können. Dies sei mit dem Grundsatz *in dubio pro reo* nicht vereinbar.³

Zur Entscheidung

Im Rahmen der Prüfung des Tatbestands der Freiheitsberaubung stellt der BGH zunächst fest, dass der Schwerpunkt des dem D rechtlich vorzuwerfenden Verhaltens in einem Unterlassen zu sehen sei: D habe den Gewahrsam des J aufrechterhalten, ohne einen Richter einzuschalten. Dabei war D als Dienstgruppenleiter verantwortlich dafür, dass die Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung des J gewahrt werden und der Gewahrsam ordnungsgemäß vollzogen wird; er sei insofern Beschützergarant. Daher oblag dem D auch die in sämtlichen potentiell einschlägigen einfachgesetzlichen Rechtsgrundlagen der Ingewahrsamnahme (§§ 128 oder 163 c StPO bzw. Polizeirecht) normierte Pflicht, den J unverzüglich einem zuständigen Richter vorzuführen bzw. unverzüglich eine richterliche Entscheidung über die Fortdauer des Gewahrsams herbeizuführen. Als Zwischenfazit stellt der BGH daher an dieser Stelle ausdrücklich fest, dass das Unterlassen der auf die Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung zielenden Handlungen – d. h. der Verstoß gegen den Richtervorbehalt – grundsätzlich geeignet sei, den Vorwurf der Freiheitsberaubung durch Unterlassen zu begründen.

Sodann lehnt der BGH jedoch das Vorliegen einer (rechtswidrigen) Freiheitsberaubung durch Unterlassen mangels (Quasi-)Kausalität ab. Unter ausdrücklicher Ablehnung der Risikoverringerungslehre prüft der BGH, ob die Vornahme der gebotenen Handlung – die unverzügliche Einschaltung eines Richters – hinzugeacht werden könne, ohne dass der Erfolg – die rechtswidrige Freiheitsberaubung – mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfele, ob also die gebotene Handlung den Erfolg verhindert hätte. Davon sei im vorliegenden Fall nicht auszugehen: Ein von D hinzugezogener und nach Recht und Gesetz handelnder Richter hätte den Gewahrsam des J mit an Sicherheit grenzender

Wahrscheinlichkeit angeordnet. Dabei prüft der BGH inzident die Voraussetzungen der für die Ingewahrsamnahme des J in Betracht kommende Rechtsgrundlage (Schutzgewahrsam nach Polizeirecht), wobei er etwaige dem Richter eingeräumte Beurteilungsspielräume *in dubio pro reo* zu Gunsten des D auslegt. Da damit die Verwirklichung des Grunddelikts ausschied, war der Qualifikationstatbestand der Freiheitsberaubung durch Unterlassen mit Todesfolge nicht weiter zu prüfen.

Der Verurteilung wegen fahrlässigen Tötung, § 222 StGB, wird vom BGH hingegen unproblematisch bestätigt. Als Dienstgruppenleiter habe D die – auch in der Polizeigewahrsamsverordnung ausdrücklich normierte – Pflicht gehabt, den Vollzug des Gewahrsams so auszugestalten, dass keine Gefahr für die Gesundheit des J besteht. Aufgrund der Sachlage (starke Alkoholisierung, aggressives selbstschädigendes Vorverhalten, eingeschränkte Selbstschutzmöglichkeiten infolge Fixierung) hätte D für eine ständige auch optische Überwachung des J sorgen müssen. Diese Gefahrenlage habe D aufgrund mangelnder Sorgfalt nicht erkannt. Was die Vorhersehbarkeit des Erfolges – den Tod des J – angehe, sei nicht erforderlich, dass D die Folgen seines Nichthandelns in allen Einzelheiten voraussehen kann. Es reiche aus, dass sie in ihrem Gewicht im Wesentlichen voraussehbar waren. Dies sei hier der Fall, D habe mit aggressivem und selbstschädigendem Verhalten des J rechnen müssen. Zwar könnten gänzlich vernunftwidrige Verhaltensweisen des Geschädigten die Vorhersehbarkeit des Erfolges entfallen lassen. Im vorliegenden Fall musste D jedoch angesichts der Sachlage mit irrationalen Handlungen des J rechnen. Auch sei die objektive Zurechnung des Erfolges nicht etwa deshalb zu verneinen, weil eine vorsätzliche selbstschädigende Handlung des J vorgelegen habe. Zum einen habe J sich nicht selbst schädigen, sondern aus seiner Zelle bereit werden wollen. Zum anderen sei er schon allein wegen seiner erheblichen Alkoholisierung nicht zu einer eigenverantwortlichen Entscheidung zur Selbstschädigung in der Lage gewesen.

Anmerkung

Die vom BGH vorgenommene Prüfung der Freiheitsberaubung durch Unterlassen ist dogmatisch und kriminalpolitisch bemerkenswert. In dogmatischer Hinsicht prüft der BGH die (Quasi-)Kausalität wie üblich anhand der Formel, ob der Erfolgseintritt bei Vornahme der gebotenen Handlung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfallen wäre. Dabei stellt der BGH bei der von D unterlassenen, rechtlich jedoch gebotenen Handlung auf die Einschaltung eines Richters – und nicht etwa die Freilassung des J – ab. Diese Handlung zielt zwar nicht auf die Beendigung der tatbestandsmäßigen Situation, wohl aber auf die Herstellung der Rechtmäßigkeit des Freiheitsentzugs. Im Rahmen der hypothetischen Kausa-

² Otto, Strafrecht AT, 7. Aufl. 2004, § 9 Rn. 101; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 13 Rn. 52 ff.

³ Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 49 Rn. 16; Stree, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 13 Rn. 63.

lität prüft der BGH sodann, ob diese Handlung den Erfolg verhindert hätte. Dies verneint der BGH, da ein von D eingeschalteter Richter die Fortdauer der Ingewahrsamnahme mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit angeordnet hätte. Der Freiheitsentzug wäre also auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten des D nicht entfallen, sein Unterlassen war folglich nicht kausal für den Erfolg. Durch die Figur der „hypothetischen Richteranordnung“ zieht der BGH im Ergebnis die Ebenen von objektivem Tatbestand und Rechtswidrigkeit zu einem Gesamt-Unrechtstatbestand zusammen und überträgt die Erwägungen des rechtmäßigen Alternativverhaltens auf die Rechtswidrigkeitsebene.⁴

Ungeachtet dieser komplexen dogmatischen Konstruktion, begegnet die Lösung des BGH auch erheblichen kriminalpolitischen Bedenken. Bei einer hoheitlichen Freiheitsentziehung – als dem intensivsten Eingriff in das in Art. 2 II GG geschützte Grundrecht auf Freiheit – bewirkt sie eine erhebliche Schwächung des durch Art. 104II GG verfassungsrechtlich gebotenen Richtervorbehalts. Polizeibeamte können sich danach bei Ver-

stoß gegen den Richtervorbehalt zwar theoretisch der Freiheitsberaubung strafbar machen. In der Praxis wird man jedoch – unter Berücksichtigung von *in dubio pro reo* – nur in seltenen Ausnahmefällen zu dem Ergebnis kommen, dass ein Richter die Anordnung des Gewahrsams verweigert hätte. Die Lösung des BGH überrascht um so mehr, als er selbst betont, dass es sich beim Richtervorbehalt nicht nur um eine rein formale Voraussetzung der Gewährung richterlichen Gehörs handelt, sondern dessen Sinn und Zweck auch darin besteht, dass sich eine unabhängige Instanz vom konkret-gegenwärtigen Zustand der betroffenen Person überzeugt.⁵ Dieser Aspekt kann durch hypothetische *ex post* Erwägungen nicht neutralisiert werden. Berücksichtigt man zudem die jüngere Rspr. des BVerfG, wonach alle staatlichen Organe verpflichtet sind, dafür Sorge zu tragen, dass der Richtervorbehalt als Grundrechtssicherung praktisch wirksam wird,⁶ wird man entgegen der Auffassung des BGH zu dem Ergebnis kommen müssen, dass der Richtervorbehalt bei hoheitlichem Freiheitsentzug – zumindest bei bewusster Missachtung oder, wie vorliegend, grober Verkenning des Richtervorbehalts – hypothetischen Erwägungen nicht zugänglich ist.⁷

⁴ Eine ähnliche dogmatische Konstruktion, bei der ebenfalls die Konzeption der objektiven Zurechnung des Erfolges auf die Ebene der Rechtswidrigkeit übertragen wird, findet sich bei der Figur der „hypothetischen Einwilligung“, die bei ärztlichen Heileingriffen im Rahmen des § 223 StGB diskutiert wird; vgl. *Kuhlen*, Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Einwilligung des Betroffenen, JR 2004, 227; *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 4. Aufl. 2006, § 13 Rn. 119 ff. Zu Begriff, Funktion und Abgrenzung von Tatbestand und Rechtswidrigkeit sowie der Frage eines zwei- oder dreistufigen Verbrechenaufbaus, vgl. *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 116 ff.; *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, § 7 Rn. 4 ff. und § 10 Rn. 3 ff.

⁵ Unter Verweis auf BVerfG NJW 2007, 3560.

⁶ Grundlegend BVerfGE 103, 142 (zu Art. 13 II GG); vgl. auch BVerfGE 105, 239 (zu Art. 104 II GG).

⁷ Vgl. hierzu auch *Schluckebier*, in: Leipziger Kommentar-StGB, 12. Aufl. 2015, § 239 Rn. 23 f., 27. Im Strafprozessrecht wird der „hypothetische Ersatzeingriff“ im Zusammenhang mit den Beweisverboten diskutiert: Können unter Verstoß gegen den Richtervorbehalt (z. B. aus Art. 13 II GG bei Durchsuchungen), also rechtswidrig erlangte Beweismittel im Verfahren verwertet werden? Vgl. hierzu *Rogall*, Hypothetische Ermittlungsverläufe im Strafprozess, NStZ 1988, 385 m. w. N.

Ulrike Lembke*

Zum Auskunftsanspruch des Scheinvaters über Sexualpartner der Mutter

Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG Zu Notwendigkeit und Voraussetzungen einer gesetzlichen Grundlage für einen Auskunftsanspruch des Scheinvaters gegen die Mutter auf Nennung ihrer Sexualpartner.

1. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt mit der Intimsphäre auch das Recht, selbst zu entscheiden, ob, wie und wem gegenüber Informationen über das eigene Sexualleben inklusive bestimmter Sexualpartner/innen offenbart werden.

2. Die gerichtliche Entscheidung, auf Grundlage von § 1353 I i. V. m. § 242 BGB eine Mutter zu verpflichten, dem Scheinvater zur Durchsetzung seines Unterhalts-Regressanspruches Auskunft über die Person

des mutmaßlichen Vaters des Kindes zu geben, überschreitet die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung.

BVerfG, Beschluss vom 24.02.2015, Az. 1 BvR 472/14.

Die angegriffenen Gerichtsentscheidungen

Das Amtsgericht Bad Segeberg und das Schleswig-Holsteinische OLG hatten entschieden, dass der vormalig rechtliche, aber nicht biologische Vater eines Kindes (sog.

Scheinvater) nach erfolgreicher Vaterschaftsanfechtung gegen die Mutter des Kindes einen Anspruch aus § 242 BGB auf Auskunft über die Person des mutmaßlichen biologischen Vaters habe, damit er seinen Unterhaltsregressanspruch aus § 1607 III BGB gegen letzteren durchsetzen könne.¹

Die Gesetzeslage

Rechtlicher Vater eines Kindes wird ein Mann nach § 1592 BGB, wenn er mit der Mutter verheiratet ist, die Vaterschaft anerkannt hat oder seine Vaterschaft gerichtlich festgestellt wurde. Die rechtliche Vaterschaft setzt die biologische nicht voraus; im Konfliktfall war sie vielmehr lange Zeit vorrangig. Hatte ein Kind einen gesetzlichen Vater (meist der Ehemann der Mutter), galt der nur-biologische Vater als mit dem Kind nicht verwandt und hatte auch keinerlei Rechte.² Mit veränderten gesellschaftlichen Diskursen über die Bedeutung genetischer Verwandtschaft, der Entwicklung von Vaterschaftstests zum preisgünstigen Massenverfahren, dem Recht des Kindes auf Kenntnis der Abstammung und dem Aufstieg des biologischen Vaters in der Rechtsprechung des EGMR entstand auch Änderungsbedarf für die deutsche Rechtslage.³

Die Rechte des biologischen Vaters erfuhren eine erhebliche Stärkung.⁴ Die Regelungen über die Anfechtung der Vaterschaft in §§ 1600 ff. BGB wurden mehrfach geändert.⁵ Der rechtliche Vater nach § 1592 Nr. 1 oder 2 BGB (durch Ehe oder Anerkennung) ist gemäß §§ 1600 I Nr. 1, 1600b BGB berechtigt, seine Vaterschaft innerhalb von zwei Jahren nach Kenntniserlangung von Umständen, welche Zweifel an seiner Vaterschaft begründen, anzufechten. Ist die Vaterschaftsanfechtung erfolgreich, kann der sog. Scheinvater nun gemäß § 1607 III S. 2 BGB den mutmaßlichen biologischen Vater auf Erstattung des dem Kind geleisteten Unterhalts verklagen („Scheinvaterregress“). Nicht nur mit Blick auf das Kindeswohl erscheint

der dadurch entstehende erhebliche finanzielle Anreiz für eine Anfechtung der Vaterschaft mehr als fragwürdig.⁶

Da dem sog. Scheinvater der biologische Vater oft nicht bekannt ist, sprachen ihm die Zivilgerichte bisher grundsätzlich einen Auskunftsanspruch gegen die Mutter aus § 242 BGB zu, der auch durch Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden konnte.⁷ Dabei sollte es sich um eine Ausprägung des allgemeinen Auskunftsanspruchs nach § 242 BGB handeln, der bei Streitigkeiten über Rechtsverhältnisse besteht, in denen die anspruchsberechtigte Person in entschuldbarer Weise über das Bestehen oder den Umfang ihres Rechts im Ungewissen ist, und die anspruchspflichtige Person unschwer die zur Beseitigung dieser Ungewissheit erforderlichen Auskünfte erteilen kann. Eine explizite gesetzliche Regelung über diesen Auskunftsanspruch des sog. Scheinvaters existiert nicht.

Grundrechtlicher Intimitätsschutz und Zivilgerichtsbarkeit

Interessant an der Entscheidung des BVerfG ist zum einen der souveräne Umgang mit der Thematik sexueller Interaktion, auch wenn die verwendete Begrifflichkeit „geschlechtlicher Beziehungen“ etwas veraltet anmutet. Trotz der weiterhin erheblichen Bedeutung rechtlicher Regelungen für (einverständliche) sexuelle Interaktionen⁸ ist die Rechtsprechung des BVerfG zur sexuellen Selbstbestimmung jenseits strafrechtlich zu verwirklichender Schutzpflichten recht spärlich. Nun aber stärkt es seine früheren, eher beiläufigen Überlegungen zum Schutz vor der Kenntniserlangung Anderer im Interesse sexueller Entfaltung⁹ und stellt fest: „Für die meisten Menschen dürfte es wenige Vorgänge von größerer Intimität geben, deren Geheimhaltung ihnen um ihrer persönlichen Integrität willen wichtiger wäre als ihre geschlechtlichen Beziehungen.“¹⁰

Den Zivilgerichten wirft das BVerfG vor, diese erhebliche Bedeutung verkannt zu haben. Das ist insofern etwas ungerecht, als die verfassungsgerichtliche Entscheidung zur Vaterschaftsfeststellung¹¹ dem Recht der Mutter, selbst darüber zu befinden, ob, in welcher Form und wem sie Einblick in ihre Intimsphäre und ihr Geschlechtsleben gibt, gegenüber dem Recht des gesetzlichen Vaters zu erfahren, ob es sich wirklich um ein genetisch von ihm

* Juniorprofessorin für Öffentliches Recht und Legal Gender Studies an der Universität Hamburg.

¹ OLG SH vom 28.01.2014, Az. 15 UF 165/13; AG Bad Segeberg vom 27.09.2013, Az. 13a F 40/13.

² Zu den diesbezüglichen Diskussionen bei der Konzeption des Grundgesetzes vgl. *Wapler*, Familie und Familienschutz im Wandel, in: *Rechtswissenschaft* 1/2014, S. 57 (57 ff.).

³ Ausf. *Lembke*, Was darf der Staat? Insbesondere zur Bedeutung des Grundgesetzes für das Abstammungsrecht, in: *Anne Röthel/Bettina Heiderhoff* (Hg.), *Regelungsaufgabe Vaterstellung: Was kann, was darf, was will der Staat?*, 2014, S. 37–71.

⁴ Vorläufiger Schlusspunkt war das Gesetz zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters vom 04.07.2013, BGBl. I, S. 2176; vorhergehend EGMR vom 11.12.2012, Nr. 11858/10; EGMR vom 22.03.2012, Nr. 23338/09; EGMR vom 15.09.2011, Nr. 17080/07; EGMR vom 21.12.2010, Nr. 20578/07; BVerfGE 127, 132–165; BVerfGK 18, 274–283; BVerfG vom 29.11.2005, Az. 1 BvR 1444/01. Erst mit BVerfGE 92, 158–190, Rn. 61–65, war der nur-biologische Vater in den Schutzbereich von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG einbezogen worden.

⁵ Dazu BVerfG FamRZ 2014, 449 ff.; BVerfG FamRZ 2014, 191 ff.; BVerfGE 117, 202–244. Ferner *Schenkel*, Die Reduzierung des Konfliktpotentials in der Vaterschaftsanfechtung, 2012, S. 93 ff., m. w. N.

⁶ Sehr kritisch auch *Heiderhoff*, Die Vaterschaftsklärung und ihre Folgen – von der Vaterschaftsanfechtung zur Vaterschaftsbeendigung, FamRZ 2010, S. 8 (9 f.).

⁷ Zuletzt BGH FamRZ 2014, 1440 ff.; BGHZ 196, 207 ff.; BGHZ 191, 259 ff.

⁸ Vgl. dazu die Beiträge in: *Lembke* (Hg.), *Regulierungen des Intimen*, erscheint 2015.

⁹ BVerfGE 101, 361, 382 – *Caroline von Monaco II*.

¹⁰ BVerfG vom 24.02.2015, Az. 1 BvR 472/14, Rn. 28.

¹¹ BVerfGE 117, 202–244.

abstammendes Kind handele, ausgesprochen wenig Bedeutung beimaß.¹² Nun aber stellt das BVerfG die Abwägung zwischen der Intimsphäre der Mutter und den finanziellen Interessen des sog. Scheinvaters in den Mittelpunkt seiner Überlegungen und befindet, dass letztere nur überwiegen könnten, wenn ein früheres schädigenes Verhalten der Mutter gegenüber dem sog. Scheinvater vorliegt.

Von der Zivilgerichtsbarkeit verlangt das BVerfG eine entsprechend differenzierte Abwägung im Einzelfall. Die Sentenz von den Generalklauseln als Einfallstore für die Grundrechte im Privatrecht wird mit Leben gefüllt. Geradezu überschwänglich lobt das BVerfG die durch Generalklauseln eröffneten Möglichkeiten der Zivilgerichte zur Effektuierung der grundrechtlichen Schutzgebote, welche die gesetzgeberischen Möglichkeiten weit übersteigen würden, und lässt unschwer erkennen, dass es sich hierbei um Pflichten handelt. Angesichts der verbreiteten Konzeption des Zivilrechts als Regelung der Beziehungen zwischen Privaten hätte es sich ggf. angeboten, die Bedeutung der Zivilgerichte als staatliche Institutionen, welche zur Verwirklichung der Grundrechte verpflichtet sind, aber auch hoheitliche Eingriffe in diese vornehmen können, sowie die daraus folgende Notwendigkeit gesetzlicher Grundlagen für solche Eingriffe zu betonen, wie der letzte Abschnitt der Entscheidung zeigt.

Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung?

Obwohl der Erfolg der Verfassungsbeschwerde schon gesichert war, nachdem das BVerfG festgestellt hat, dass die Zivilgerichte die Bedeutung der Grundrechte der Beschwerdeführerin nicht hinreichend berücksichtigt haben, lässt es seine Entscheidung und deren weiterreichende Wirkungen letztlich darauf beruhen, dass für einen Auskunftsanspruch des sog. Scheinvaters die notwendige gesetzliche Grundlage fehlt.

Im Gegensatz zum allgemeinen Auskunftsanspruch komme eine Herleitung des Anspruchs des sog. Scheinvaters aus § 242 BGB im Wege richterlicher Rechtsfortbildung nicht in Betracht. Dieses Ergebnis ist sicher richtig, der Weg dorthin allerdings primär verwirrend. Angesichts des vom BVerfG betonten schwer wiegenden Eingriffs in die Intimsphäre als Kernbereich des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts hätte die geeignete Leserin nun Ausführungen zu Vorbehalt des Gesetzes und Wesentlichkeitstheorie erwartet, welche das Urteil auch wesentlich verkürzt hätten. Streitentscheidend war nämlich nicht die Frage nach Voraussetzungen und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung,¹³ sondern die Frage, ob als

gesetzliche Grundlage des Eingriffs in die Intimsphäre § 242 BGB genügt oder ein spezielleres Gesetz notwendig ist; es ging also primär um den Gesetzgeber, nicht die Gerichte. Davon lenken allgemeine Überlegungen zur Rechtsfortbildung genauso ab wie langatmige Ausführungen zu widerstreitenden Interessen im Privatrecht.

Die vom BVerfG gewählte Argumentation vom Anspruch statt vom Eingriff her mag auf eine erhöhte Zugänglichkeit dieser Entscheidung für Zivilgerichte abzielen, ist aber mit methodischen Unklarheiten und einer kaum erklärlichen Fokussierung auf die (finanziellen) Interessen des sog. Scheinvaters erkaufte, während der grundrechtliche Intimitätsschutz der Mutter zum gegenläufigen Interesse wird, dessen Bedeutung immer wieder betont werden muss. Im Rahmen der vorliegenden Verfassungsbeschwerde hätte sich eine umgekehrte Konzeptionierung mehr als angeboten. Überdies lassen die abschließenden Worte an den Gesetzgeber, mit denen das BVerfG auf die hohen Hürden der Einführung eines gesetzlichen Auskunftsanspruchs hinweist, vermuten, dass es letztlich um die Korrektur einer aus verfassungsgerechter Sicht als kritikwürdig angesehenen Entwicklung der Gesetzeslage¹⁴ geht. Das auszusprechen, ist das BVerfG sonst auch nicht schüchtern.

Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, genannt, der sich auf 250 Seiten schon nicht festlegen will, ob es um Lückenschließung, Rechtswandel, Konkretisierung, Normkorrektur oder generelle Regelungen gehen soll. Die erheblichen Vorteile eines kompetenzorientierten Ansatzes entfaltet dagegen instruktiv *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004.

¹⁴ Dazu passt auch, dass das BVerfG ausdrücklich darauf hinweist, dass der Gesetzgeber zu einer solchen Regelung weder durch Grundrechte des sog. Scheinvaters noch einen europäischen Konsens angehalten sei. Der Unterstellung, der Gesetzgeber habe den Auskunftsanspruch des sog. Scheinvaters absichtlich nicht geregelt, mangelt es allerdings an Plausibilität.

¹² Besonders bedenklich war die Begründung, sie habe ihm doch schon Zugang zu ihrer Intimsphäre eröffnet und ihn an ihrem Geschlechtsleben teilhaben lassen.

¹³ Exemplarisch für die methodologischen Probleme sei *Wank*,

David Sörgel: Die Implementation der Grundlagenfächer in der Juristenausbildung

Von Fuluk Liu*

In den letzten 70 Jahren gab es zwei große Reformwellen in der deutschen Juristenausbildung, eine um 1970 und die zweite im Jahr 2002. Im Rahmen der Reformdiskussionen war einer der wiederkehrenden Hauptkritikpunkte am rechtswissenschaftlichen Studium der Rückgang und die zunehmende Bedeutungslosigkeit der juristischen Grundlagenfächer. Dieser als Ausdruck eines allgemeinen Gefühls gewachsenen, aber oft nicht empirisch nachgewiesenen Kritik geht David Sörgel in seiner 2014 veröffentlichten Dissertationsschrift nach.¹

Er setzt sich in seinem Werk mit der Frage nach der tatsächlichen Implementation der Fächer Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie und Rechtstheorie, welche seit den Mainzer Beschlüssen von 1969 allgemein unter dem Begriff Grundlagenfächer zu verstehen sind, in das Rechtsstudium in der Zeit zwischen 1945 und 2002 auseinander. Die Hauptquellen der Untersuchung bilden dabei die Prüfungsordnungen der verschiedenen Bundesländer sowie eine Auswahl an Vorlesungsverzeichnissen verschiedener deutscher Universitäten aus dem untersuchten Zeitraum.

Die Implementation von Grundlagenfächern ist ein Prozess, den Sörgel in drei Abschnitte unterteilt. Zunächst befasst er sich mit den Ausbildungsgesetzen und Prüfungsordnungen, also der Implementation durch die Landesgesetzgeber. Dieses Kapitel ist mit 111 Seiten das umfangreichste. Seine Betrachtungen beginnen bei den reichsweit einheitlichen Juristenausbildungsordnungen von 1934 und 1939, die auch nach dem Kriegsende lange Zeit als Rechtsgrundlagen oder Vorbilder für neue Studienordnungen dienten. Während diese mehr Wert auf sogenannte „Völkische Grundlagen“ legten, stellt Sörgel für die 50er und 60er Jahre eine erste ausdrückliche Implementation der Grundlagenfächer in allen Bundesländern fest. Überall wurden die deutsche und römische Rechtsgeschichte in den Kanon der Prüfungs-fächer aufgenommen. Rechtsphilosophie und Rechtsso-

* Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Deutsche und Nordische Rechtsgeschichte der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg. Besprechung von *David Sörgel*, Die Implementation der Grundlagenfächer in der Juristenausbildung nach 1945, Tübingen: Mohr Siebeck 2014, Reihe: Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts, Bd. 80, XII, 322 S., brosch., Euro 64,00. ISBN: 978-3-16-152413-4.

¹ Die Promotion erfolgte am 08.05.2012 an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt.

ziologie blieben dagegen nahezu unbeachtet. Eine neue Stufe der Implementation wurde mit den Reformen um 1970 erreicht durch die Einführung von einem verpflichtenden Grundlagenschein sowie von Wahlfachgruppen im ersten Staatsexamen. Im Zuge dessen führten alle Bundesländer zumindest eine rechtshistorische Wahlfachgruppe ein. Die Reform von 2002 brachte eine weitere Steigerung: Seitdem können Studierende mit ihrem Wahlschwerpunkt Grundlagenfächer zu einem erheblichen Teil in die Examensnote einbringen, da die universitäre Examensprüfung je nach Bundesland bis zu 40% der Gesamtnote ausmacht.

In einem zweiten Schritt befasst sich Sörgel auf 65 Seiten mit der Umsetzung dieser Vorgaben durch die Universitäten am Beispiel von elf Rechtsfakultäten aus dem gesamten Bundesgebiet. Hierbei wertet Sörgel primär Vorlesungsverzeichnisse der Rechtsfakultäten aus. In der Nachkriegszeit stellt er ein Fortwirken der nationalsozialistischen Studienordnungen in der Form fest, dass die Rechtsgeschichte, insbesondere die Privatrechtsgeschichte und die Verfassungsgeschichte der Neuzeit, an allen Universitäten in vier oder fünf Vorlesungen behandelt wurden. Die Rechtsphilosophie war je nach Fakultät mit einer bis zu vier Semesterwochenstunden vertreten. Ende der 60er Jahre traten die Rechtssoziologie und Rechtstheorie überall hinzu. Sörgel wertet den Zuwachs als Folge der Einführung des Grundlagenscheins, der Wahlfächer und des nun „grundlagenorientierten Ausbildungsziels“ (S. 200). Auch die Anzahl an Grundlagenseminaren stieg erheblich an.

Im dritten und letzten Schritt beschäftigt sich Sörgel mit der faktischen Relevanz, das heißt mit dem tatsächlichen Besuch von Grundlagenveranstaltungen durch Studierende und ferner mit der Wahl eines Grundlagenfaches als Examensfach. Auf 40 Seiten stellt er die Ergebnisse von Belegungsstatistiken und Befragungen ehemaliger Studierender aus acht verschiedenen Bundesländern dar. Dabei stieß er in allen Bundesländern auf ein relativ konstantes und vergleichbares Verhalten der Studierenden. Bis 1975 belegte der Großteil der befragten Studierenden keine Grundlagenfächer, da diese nicht gefordert waren und auch keine Examensrelevanz besaßen. Erst mit den Reformen änderte sich die Lage. Insbesondere seit der Einführung der Wahlschwerpunkte spielen Grundlagenfächer im Rechtsstudium eine größere Rolle. Seit 1975 liegt die Wahl eines Grundlagenfaches bei ca. 2% (Bayern) bis ca. 6,5% (Niedersachsen). Je differenzierter das Schwerpunktprofil und je höher der Anteil an der Examensnote war, desto größer war auch das Interesse der Studierenden an einem Grundlagenwahlschwerpunkt.

Sörgel zieht nach seiner Untersuchung den Schluss, dass das „düstere“ Bild vom Rückgang der Grundlagen diffe-

renzierter betrachtet werden müsse. Gesetzlich gesehen habe seit den 60er Jahren eine stetige Implementationszunahme stattgefunden. An den Universitäten wurden die Landesordnungen so umgesetzt, dass die Rechtsgeschichte und -philosophie am meisten Beachtung fanden und die Rechtssoziologie und -theorie weitgehend zurückblieben. Für die Resonanz der Studierenden stimmt Sörgel dem negativen Eindruck zu, dass nur ein konstant kleiner Teil von ihnen Interesse an Grundlagenfächern zeigen und diese besuchen. Damit verblieben diese Fächer in der Realität in einer randständigen Rolle.

Mit der Implementation der Grundlagenfächer in der Juristenausbildung hat sich Sörgel ein rechtshistorisches und -soziologisches Thema ausgewählt, das mehrschichtig ist und unter anderem zwei große Schwierigkeiten birgt. Zum einen ist die Juristenausbildung kein Zustand, der sich nach einer bestimmten Zeit ändert. Sie unterliegt der durchgehenden Veränderung und ständigem „Experimentieren“. Zum anderen ist die rückblickende Untersuchung der tatsächlichen Relevanz der Grundlagenfächer angesichts der großen Anzahl an Rechtsstudierenden und der Vielfalt ihres Studierverhaltens ein schwieriges Unterfangen. Die Betrachtung der Studienordnungen und Vorlesungsverzeichnisse zu den großen Reformzeiten ist ein geeignetes Mittel, mit dem ersten Problem umzuge-

hen. Sörgel unterteilt diese Kapitel nachvollziehbarerweise in Zeiträume, die sich an den Reformen orientieren, und gibt einen guten Überblick über die gesetzliche Lage. Auch die einzelnen Darstellungen der ausgewählten Universitäten eignen sich gut dazu, dem Leser die verschiedenen Umsetzungen und Unterschiede zwischen den Rechtsfakultäten vor Augen zu führen. Der Umgang mit dem Problem der faktischen Relevanz ist dagegen weniger vollständig. Hier zeigen sich an verschiedenen Stellen Lücken aufgrund des begrenzten Materialumfangs und der ungenügenden Anzahl an Befragungsteilnehmern. Sörgel weist allerdings an den entsprechenden Stellen auf diese Probleme hin und zieht seine Schlüsse ausdrücklich nur aus den vorliegenden Quellen. Das Endergebnis der Dissertation fällt mit knapp zwei Seiten zu kurz aus. Dies wird allerdings teilweise durch umfangreiche Zwischenergebnisse aufgefangen.

Mit dem ersten Werk überhaupt, das den Umgang der Juristenausbildung in Deutschland mit den Grundlagenfächern wissenschaftlich aufarbeitet und länderübergreifend vergleichend betrachtet, hat Sörgel eine solide Grundlage für die Aufarbeitung dieses Themas geschaffen. Die Dissertation gibt gleichzeitig einen umfassenden Einblick in die Thematik und für die zukünftige vertiefende Forschung ist sie eine wertvolle erste Anlaufstelle.

Barbara Lange: Jurastudium erfolgreich

Christof Gramm/Heinrich Amadeus Wolff: Jura – erfolgreich studieren

Von Nathalie Olotu*

I. Einführung

Was ist Jura? Wie schaffe ich es, ein Jurastudium erfolgreich abzuschließen? Das sind zwei zentrale Fragen, die sich Schüler/innen sowie Studierende stellen, wenn sie sich für das Studienfach Jura interessieren bzw. bereits eingeschrieben sind. Es gibt mittlerweile einige Studi-

ebücher jüngerer Datums, die sich mit dem Themenbereich beschäftigen. Zu nennen sind insbesondere zwei Klassiker in der Ausbildungsliteratur, *Lange* und *Gramm/Wolff*, die bereits in der 7. Auflage und in der 6. Auflage erschienen sind. Die Werke bieten eine umfangreiche Darstellung aller relevanten Fragestellungen mit konkreten Ratschlägen zum Jurastudium allgemein. Diese Rezension möchte allen Interessierten und Studierenden eine Hilfestellung bei der Auswahl eines der genannten Werke oder eines vergleichbaren Lehrbuchs geben. In der Anschaffung preislich überschaubar

* Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg. Besprechung von Barbara Lange, *Jurastudium erfolgreich: Planung – Lernstrategie – Zeitmanagement (mit Examensvorbereitung)*, 7. Auflage, München: Vahlen 2012, XX-XII, 405 S., kart., 19,80 €, ISBN: 978-3-8006-3882-6 und von Christof Gramm/Heinrich Amadeus Wolff, *Jura – erfolgreich studieren: für Schüler und Studenten*, 6. Auflage, München: Dt. Taschenbuch-Verl. 2012, XIII, 264 S., 14,90 €, ISBN: 978-3-423-50624-3. Die 7. Auflage war bei der Bearbeitung noch nicht lieferbar.

sind beide Bücher. Das Werk von *Gramm/Wolff* liegt bei 14,90 €. Das von *Lange* verfasste Studienbuch ist mit einem Preis von ca. 19,80 € etwas teurer. Die Darstellung von *Gramm/Wolff* ist wesentlich kürzer als von *Lange*. Die Bücher sprechen unterschiedliche Zielgruppen an. *Lange* wendet sich an Studienanfänger/innen, Fortgeschrittene und Examenkandidaten/innen, während sich *Gramm/Wolff* an Schüler/innen und Studierende in den Anfangssemestern richtet. Gleichwohl werden von beiden Werken sämtliche Phasen des Jurastudiums erfasst. Der Unterschied ergibt sich aus der Schwerpunktsetzung und dem Umgang mit Literaturhinweisen. Das Buch von *Lange* wird durch eine Webseite ergänzt.

II. Verständlichkeit der Inhalte

Beide Werke zeichnen sich durch eine klare, präzise Sprache und gute Lesbarkeit aus. *Lange* verwendet zahlreiche Beispiele in ihrem Buch. Sie beginnt etwa mit einem Beispiel von verschiedenen Studienverläufen bis hin zu der Ersten Juristischen Prüfung und analysiert die Unterschiede. Weitere Anwendungsbeispiele bringt die Autorin für konkrete Zeitpläne (Grobplan, Semesterplan, Kalendarium, Wochenstundenplan) und unterschiedliche Lerntypen. Das Buch von *Gramm/Wolff* arbeitet hingegen mit bildlichen Assoziationen. Visualisierungen (Diagramme/Tabellen) finden sich bei *Gramm/Wolff* nur im Anhang. Die optische Darstellung ist in dem Werk deutlich schlichter gehalten und erhöht den Lesefluss im Vergleich zu *Lange*.

Der Umgang mit Literaturhinweisen stellt für die hier mitumfasste Zielgruppe der Studienanfänger/innen unter Umständen noch eine gewisse Schwierigkeit dar. Die Rezensentin vermag daher nicht abschließend zu beurteilen, ob die zahlreichen Nachweise in dem Werk von *Lange* für den/die Leser/in nützlich sind. Die kenntnisreichen Anmerkungen von *Lange* in den Fußnoten bringen jedenfalls viele weiterführende Hinweise. Das Verständnis des Werkes von *Lange* wird durch die systematische Zusammenfassung von wichtigen Punkten erleichtert. Der Verzicht auf Fußnoten lässt *Gramm/Wolff* anschaulicher werden. Die Autoren erläutern gleichwohl essentielle Anmerkungen im hinteren Teil des Buchs. Die Literaturhinweise von *Gramm/Wolff* sind auf einige Lesetipps reduziert. Das Werk eignet sich vor diesem Hintergrund nur bedingt als Nachschlagewerk. Die Bücher arbeiten mit einem Sachverzeichnis und erwarten von dem/der Leser/in aktive Mitarbeit. Der zeitliche Aufwand zur Bewältigung der gestellten Aufgaben dürfte bei dem Werk von *Lange* höher sein.

III. Darstellung der Juristenausbildung

Die Autoren bieten statistische Angaben zum Jurastudium in Deutschland. Bei *Lange* werden die Angaben teil-

weise an unerwarteter Stelle in den Fußnoten aufgeführt. *Gramm/Wolff* stellen die Informationen dem/der Benutzer/in hingegen im Anhang zur Verfügung. Erfreulich ist die vergleichende Perspektive bezüglich der Juristenausbildung im Ausland von *Gramm/Wolff*. Die Autoren erwähnen das angloamerikanische Hochschulsystem und die dortigen Eliteuniversitäten. Die Informationen zu den Voraussetzungen und Bedingungen des Jurastudiums in Deutschland sind in beiden Büchern anschaulich aufbereitet. Die folgende Aufzählung ist daher nicht abschließend und soll nur einen kursorischen Überblick über die angesprochenen Themen geben:

Gramm/Wolff weisen umfassend auf die Informationen zu den verschiedenen Universitäts-Rankings und zu der Wahl der Hochschule in Deutschland hin. *Lange* fordert den/die Benutzer/in auf, sich das Wissen über die Anforderungen des Jurastudiums anhand einer von ihr gestellten Anleitung selbst zu erarbeiten. Die Schwerpunktbereiche der Universitäten stellt sie deshalb nur beispielhaft dar. Die Ausführungen von *Gramm/Wolff* enthalten eine ausführliche und übersichtliche Darstellung der Schwerpunktbereiche und der Ersten Juristischen Prüfung an den Fakultäten Deutschlands im Anhang. Der/die Benutzer/in erhält von beiden Werken Informationen zu Auslandsaufenthalten sowie Studienmöglichkeiten im Ausland. Das Buch von *Gramm/Wolff* erfasst in der Darstellung auch Sommerkurse an ausländischen Universitäten. *Lange* bietet eine Checkliste und weiterführende Literatur zu dem Thema Auslandsstudium. Die für Studierende wichtige Möglichkeit, unter bestimmten Voraussetzungen den sogenannten Freischuss zu erhalten, wird von beiden Werken erwähnt.

Die Hinweise zu interdisziplinären Bezügen (Stichwort: Nebenfächer/Doppelstudiengänge) fallen weniger positiv auf. *Gramm/Wolff* erläutern immerhin die Bachelor- und Masterabschlüsse am Anfang des Buches. Auch der Studiengang Wirtschaftsrecht wird von den Autoren vorgestellt. Bei *Lange* findet der/die Nutzer/in Ausführungen beim Schwerpunktbereich und bei den Schlüsselqualifikationen.

IV. Konkrete Tipps für das Gelingen des Jurastudiums

Die Erläuterung wichtiger Abkürzungen wird insbesondere in dem Werk von *Lange* vorgenommen. Das Werk bietet darüber hinaus eine eingehende Beschäftigung mit Leseregeln. *Gramm/Wolff* verzichten mit dem Hinweis auf die vielen Einführungsbücher in der Darstellung bewusst auf die Verwendung von Aufbauschemata. *Lange* verweist diesbezüglich auf weiterführende Literatur. Sie stellt jedoch eine Methode zur Erarbeitung juristischer Aufgaben vor. Die Werke warnen zu Recht vor der bloßen Übernahme von Checklisten. Eine umfang-

reiche Darstellung der Klausurtaktik auf fast 60 Seiten sowie eine ausführliche Erklärung der Mind-Map-Technik mit Schaubild erleichtern dem/der Leser/in bei *Lange* die systematische Erfassung der Falllösungstechnik. Das Thema „Lernen mit Karteikarten“ wird von *Lange* im Detail erklärt.

Beide Werke geben dem Leser/der Leserin viele nützliche Tipps. Es wird beispielsweise darauf eingegangen, wie Studierende mit didaktisch weniger überzeugenden Vorlesungen umgehen können. *Gramm/Wolff* gehen ausführlich auf Präsentationsmöglichkeiten für mündliche und schriftliche Prüfungen ein. Das Zeitmanagement wird von beiden Büchern dargestellt. *Lange* bietet in ihrer Darstellung ein eigenes Kapitel zur Analyse der Zeitprobleme. Ein Schwerpunkt bei *Lange* stellt die Examensvorbereitung dar. Ein Link zum Download eines Formulars mit dem Gesamtplan der Examensvorbereitungsphase wird angegeben. Hinweise zu Schlüsselqualifikationen werden von beiden Werken übersichtlich dargestellt.

Der Berufswahl und den Berufsbildern von Juristen widmet sich sehr ausführlich *Gramm/Wolff*. Die Darstellung umfasst auch statistische Angaben und Informationen zu Frauen in juristischen Berufen. Die Noten als Voraussetzung für bestimmte Berufe wie das Richteramt werden erwähnt. Die Autoren nehmen Stellung zur Juristenausbildung, betonen die Wichtigkeit der Grundlagenfächer und setzen sich somit mit aktuellen Reformbewegungen auseinander. Sie machen aber auch kritische Anmerkungen zu der Justiz im Nationalsozialismus. Die Darstellung von *Lange* umfasst ebenfalls Angaben zur Reform der Juristenausbildung.

Beide Werke eignen sich aus der Sicht der Rezensentin als äußerst lesenswerte Wegbegleiter. Der/die Benutzer/in kann anhand der Bücher bereits im Vorfeld einen Einblick in das Jurastudium erhalten und aufgrund der umfangreichen Hinweise seinen/ihren Weg im Studium effektiver gestalten.

Tarifeinheit per Gesetz?

Von Gero Thole*

Der Gesetzesentwurf zur Tarifeinheit im Betrieb war Thema einer lebhaften Diskussion an der Universität Hamburg. Unter dem Titel „Tarifeinheit per Gesetz: nur ein Placebo – ohne Risiken und Nebenwirkungen für Koalitionsfreiheit und Arbeitskampfrecht?“ fand am 18. März 2015 ein Vortrags- und Diskussionsabend, veranstaltet vom Hamburger Verein für Arbeitsrecht e. V. in Kooperation mit Prof. Dr. Felix Hartmann, LL.M. (Harvard), statt. Nach einem Einführungsvortrag von Prof. Dr. Matthias Jacobs stritt ein hochrangiges Podium über politische und juristische Fragen. Als Befürworter des Gesetzesentwurfs waren Helga Nielebock, Leiterin der Abteilung Recht des Deutschen Gewerkschaftsbunds (DGB), und Roland Wolf, Geschäftsführer und Leiter der Abteilung Arbeitsrecht der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA), angereist. Ihnen gegenüber standen Rechtsanwältin Angela Dick-

höver-Döring, Geschäftsführerin des Landesverbands Hamburg im Marburger Bund, Gerhart Baum, Bundesinnenminister a. D. und Rechtsanwalt, sowie Claus Welsky, Bundesvorsitzender der Gewerkschaft Deutscher Lokomotivführer (GDL). Moderiert wurde die Diskussion von Rechtsanwalt Jens Peter Hjort.

Die Veranstaltung eröffnete Prof. Dr. Felix Hartmann, der die „Freunde und Feinde der Tarifeinheit“ begrüßte, die aufgrund des Andrangs auch die Fensterbänke des Hörsaals im Rechtshaus besetzten.

Prof. Dr. Jacobs, der sich bereits in seiner Promotion mit der Tarifeinheit auseinandergesetzt hat, äußerte scharfe Kritik an dem Gesetzesvorhaben. Verfassungsrechtlich stelle das Vorhaben einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG dar, dessen Rechtfertigung eigentlich schon auf der Ebene des legitimen Zwecks, spätestens aber im Rahmen der Erforderlichkeit und Ange-

* Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Hamburg.

messenheit scheitere. Auf einfachgesetzlicher Ebene ermögliche insbesondere die Betriebsdefinition erheblichen Missbrauch durch den Arbeitgeber, da dieser den Betrieb frei zuschneiden könne. Auch die erforderliche Ermittlung der Mehrheitsgewerkschaft im Betrieb sei aus diversen Gründen problematisch – Mitgliederlisten der Gewerkschaften seien jedenfalls ungeeignet.

In ihrem Einführungsstatement bezeichnete Frau Dickhöver-Döring das Gesetzesvorhaben als „letale Dosis für das Tarifvertragsrecht“, welches unter anderem die Beseitigung des Marburger Bunds bezwecke. Es würde immer damit gerechtfertigt, dass „englische Verhältnisse“, eine „Balkanisierung“, Kaskadenstreiks oder eine starke Vermehrung von Gewerkschaften drohten. Nichts davon sei seit Aufgabe der Rechtsprechung zur Tarifeinheit durch das BAG eingetreten.

Geschlossenheit gegenüber dem Arbeitgeber war das zentrale Thema des ersten Beitrags von Frau Nielebock. Zurzeit spielten die Arbeitgeber die gespaltenen Gewerkschaften gegeneinander aus. Die beste Vertretung der Arbeitnehmer könne dadurch erreicht werden, die Interessenunterschiede im Vorfeld gemeinsam zu klären und erst dann mit dem Arbeitgeber zu verhandeln. Auch der DGB sei gegen eine Einschränkung von Arbeitskämpfen – die Befriedungsfunktion beziehe sich auf die Verteilungsgerechtigkeit. Zuletzt kritisierte sie den Entwurf auf einfachgesetzlicher Ebene. Vor allem das Verfahren zur Mehrheitsfeststellung sei „mies und indiskutabel“.

Dass das aktuelle Tarifsyste funktioniere, betonte Herr Weselsky zunächst. Bezüglich der Kooperationsgespräche mit größeren Gewerkschaften schilderte er den Versuch der EVG, die GDL „bedingungslos zu unterwerfen“. „Wenn Sie das nicht unterschreiben, bricht Ihnen die Bundesregierung das Genick“, zitierte er einen Verhandlungspartner. Durch die Privatisierung der Bahn habe der Staat außerdem deutlich gemacht, dass der Zugverkehr nicht zur Daseinsvorsorge gehöre. Zu den jüngsten Streiks hätte auch eine bewusste Provokation der Arbeitgeberseite geführt. Abschließend fragte er in die Runde, wieso es eigentlich keine Tarifeinheit der Arbeitgeber gebe.

Herr Wolf stellte zunächst heraus, dass das Gesetz nicht zur Anwendung komme, wenn eine klare Abgrenzung zwischen den Zuständigkeitsbereichen der Gewerkschaften bestehe. Zentraler Zweck des Tarifsystems sei es, die Arbeitsbeziehungen zu ordnen und zu befrieden. Ohne das Gesetz werde die Auseinandersetzung in die Gewerkschaften hereingetragen. Außerdem könnten für gleiche Arbeitnehmer nicht unterschiedliche Regelungen gelten. Auf demselben Straßenabschnitt könnten auch nicht für den einen 50 km/h und den anderen 30 km/h als Höchstgeschwindigkeit vorgeschrieben sein. Wegen der klaren

Verhältnisse, die in der Praxis bestünden, seien die sich stellenden Auslegungsfragen wenig problematisch.

Dass der Arbeitskampf zur Demokratie gehöre, daran erinnerte Herr Baum, der an einer Verfassungsbeschwerde gegen das Gesetz arbeite. Überschneidungen in Tarifverträgen zu verhindern, müsse als Ziel hinter das Streikrecht zurücktreten. Durch das Gesetz würde die Konkurrenz unter den Gewerkschaften noch angefeuert, da die entsprechenden Mitgliederzahlen noch wichtiger würden. Zurzeit gebe es keine Streikexzesse – das ganze Land werde nicht lahmgelegt. Schließlich kritisierte er das Mehrheitsprinzip, welches nicht zu unserem Tarifsyste passe.

Die folgende Diskussion drehte sich zunächst um die Frage der unterschiedlichen Arbeitsbedingungen im selben Betrieb. Auf den Einwand, dass allein schon durch die Zulässigkeit der Arbeitnehmerüberlassung unterschiedliche Bedingungen gölten, antwortete Wolf damit, dass hier zwei verschiedene Arbeitgeber betroffen seien. Er musste sich jedoch entgegenhalten lassen, dass auch Altnormen aus Tarifverträgen zu unterschiedlichen Regelungen führen.

Mit Blick auf das Mehrheitsprinzip führte Wolf ins Feld, dass es dieses bereits bei der Allgemeinverbindlichkeitsklärung gebe, womit keiner ein Problem habe. Dass Berufsgruppen zum Teil unter den Tisch fallen würden, konterte er damit, dass Tarifpluralität zu einem Wegfall des Solidaritätsgedankens geführt hätte. Anstatt dass die Starken für die Schwachen kämpfen, würden lediglich Partikularinteressen durchgesetzt.

Zum Abschluss hatte das Publikum Gelegenheit, Fragen direkt an die Diskutanten zu richten. Dabei zeigte sich, dass auch die Mehrheit der Zuhörer wenig Liebe für den Entwurf übrig hatte. Nielebock sah sich der Frage ausgesetzt, wie es zusammenpasse, dass DGB-Gewerkschaften einerseits versuchten, Differenzierungsklauseln durchzusetzen, und andererseits die Position verträten, es müssten die gleichen Arbeitsbedingungen für alle im Betrieb gelten. Sie berief sich auf die primäre Aufgabe, die Interessen der Gewerkschaftsmitglieder zu vertreten.

Außerdem wurde aus dem Publikum angemahnt, dass ein Wechsel der Mehrheitsverhältnisse innerhalb eines Betriebs problematische Konsequenzen insbesondere bei langfristigen Tarifregelungen haben könnte. Aufgrund der kurzen Verfahrensdauer zur Feststellung der Mehrheitsverhältnisse sei dies jedoch nicht zu befürchten, so Wolf.

Zum Ausklang standen im Foyer des Rechtshauses Brezeln und Wein bereit, sodass auch nach dem offiziellen Ende der Veranstaltung engagiert weiterdiskutiert werden konnte.

Recht sprechen lernen: Sprache im juristischen Studium

Leonard Szabó*

Zur sechsten Jahrestagung des Zentrums für rechtswissenschaftliche Fachdidaktik (ZerF) der Universität Hamburg am 16. und 17. März 2015 kamen circa 90 Interessenten zusammen. Der Einladung folgten Teilnehmer aus Deutschland, aber auch Luxemburg, Österreich und Großbritannien. Tagungsort war das Gästehaus der Universität.

Das Aperçu von der „Sprache als Handwerkszeug des Juristen“ ist, insbesondere innerhalb dieser Gruppe, bekannt und weist auf die Bedeutung von Sprache für die Methodik des Rechts sowie für die Rechtspraxis hin. Es erstaunt daher, wie wenig Beachtung Sprache in schriftlicher aber auch verbaler Form im Studium der Rechtswissenschaft findet. Hinzukommt, dass Sprache im Allgemeinen einer Dynamik unterliegt, durch welche sich Alltags- aber auch Fachsprachen verändern. Konkret stellt sich gegenwärtig die Frage, wie mit der zunehmenden Mehrsprachigkeit, der sprachlichen Pluralität der Rechtspraxis, aber auch Rechtswissenschaft und der zunehmenden Medialisierung umzugehen ist. Daran knüpft die Frage an, welche Auswirkungen diese Entwicklungen auf die Text- Schreib- und Sprachkompetenzen der Studierenden haben, aber auch, wie diese Entwicklung bei der Gestaltung von Curricula berücksichtigt und fruchtbar gemacht werden kann. Die Tagung bot einen Rahmen, um sich diesen Themen aus rechtswissenschaftlicher, linguistischer und schreibwissenschaftlicher Perspektive anzunehmen, sowie mögliche Strategien zu erörtern und zu diskutieren.

Mit einem in das Thema einleitenden Grußwort, wendete sich Prof. Dr. *Tilman Reppen*, Dekan der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg, an die Anwesenden. *Reppen* stellte einen historischen Zusammenhang von Recht und Sprache her und wies, unter Bezugnahme auf Walter Hallstein und Joseph von Eichendorff, auf die Eigenschaft des Rechts als Kulturerscheinung hin. Durch den historischen Blick auf die Entwicklung des Rechts, genauer von Rechtstexten, konnte dessen zunehmende Verschriftlichung nachvollzogen werden. Mit dem Aspekt des Rechts als Kulturerscheinung gehe einher, dass dieses von Kultur zu Kultur übertragen werden könne. Somit sei das Recht keine außermenschliche Existenz, sondern den Menschen zugänglich und durch diese gestaltbar. Kulturen wandeln sich und als Teil von ihnen unterliegt auch die Sprache diesem Wandel, was

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Zentrum für rechtswissenschaftliche Fachdidaktik (ZerF) der Universität Hamburg.

das Problem zu Tage fördert, wie mit Normtexten älterer Kulturen umzugehen ist. Diesem Problem versucht die Rechtswissenschaft, spätestens seit Friedrich-Carl von Savigny, durch die Methode der Auslegung aber auch anderer Methoden wie die der Rechtsvergleichung zu begegnen. Die Verbindung von Sprache und Recht ist zwar die Ursache für diese Unwägbarkeit, gleichwohl sei die Sprache nicht das Kleid des Rechts, sondern dessen Leib, sodass eine stetige Auseinandersetzung mit dieser Problematik unerlässlich sei.

Prof. Dr. *Peer Zumbansen*, King's College London, blickte aus einer transnationalen Perspektive auf das Thema. Das Scheitern der Übernahmerichtlinie im Europäischen Parlament nahm er zum Ausgangspunkt, um auf die verschiedenen Kulturen, Ansichten und Vorstellungen zum (Gesellschafts-)Recht hinzuweisen. Aus einer Lehrendenperspektive eröffne diese Transnationalität zugleich die Möglichkeit, Studierenden ein rechtliches Thema aus den Blickwinkeln verschiedener Kulturen/Jurisdiktionen näher zu bringen. Die Studierenden würden dadurch angehalten, die Bedeutungen hinter den verschiedenen Rechtspositionen zu reflektieren, was zu einer aktiven Auseinandersetzung führen würde. Von diesem Beispiel gelöst, sprach sich *Zumbansen* für eine Kontextualisierung des Studiums aus. Eine Kontextualisierung von rechtlichen Themengebieten und der transnationale Blick auf ein solches, hätten positive Auswirkungen auf den Lerneffekt der Studierenden. Davon ausgehend plädierte *Zumbansen* für eine Implementierung von Kontexten in die Vorlesungen. Beispielsweise könne ein Normsetzungsprozess anhand des Normsetzungsverfahrens zur Übernahmerichtlinie für die Studierenden greifbarer gemacht werden. Auf diese Weise würde eine Abstandsverkürzung zwischen Studierenden und der Praxis erfolgen. Lernen durch und in einem Kontext fördert das Hinterfragen, die kritische Reflexion, weshalb in Vorlesungen Brücken zu praktischen Anknüpfungspunkten geschlagen werden und inhaltliche Rahmensetzungen erfolgen müssten.

Der Vortrag von Prof. Dr. Dr. h.c. *Ingrid Gogolin*, Universität Hamburg, nahm den mit der zuvor angesprochenen Transnationalität in Verbindung stehenden Aspekt der Mehrsprachigkeit aus einer erziehungswissenschaftlichen Perspektive auf. Nach einem Abriss der Entwicklung der Migrationssituation in Deutschland und Hamburg zeigte *Gogolin* die bildungsbezogene Janusköpfigkeit von Migration auf. Ein nicht unwesentlicher Teil der Migranten komme aus Familien mit bildungs-

ferner Herkunft, mit welcher eine Bildungsbenachteiligung einhergehen könne. Andererseits wachsen Migranten zumeist mehrsprachig auf, wodurch eine (kognitive) Bildungsreserve entstehe. Nach der Sprachwerttheorie wirkt sich Mehrsprachigkeit positiv auf die kognitiven Fähigkeiten einer Person aus. Insbesondere die sogenannten Registerfähigkeiten seien bei mehrsprachig aufgewachsenen und/oder agierenden Personen weitaus stärker entwickelt als bei Personen, die allein eine Sprache beherrschen und/oder nutzen. An diesen Befund anknüpfend plädierte *Gogolin* für einen strategischen Einsatz der Mehrsprachigkeit im Studium als Lehr-Lern-Mittel. Insbesondere in Bereichen, in denen es um das „Verstehen“ geht, kann eine mehrsprachige Behandlung sinnvoll sein. In diesem Zusammenhang, aber auch im Allgemeinen, dürfe nicht verkannt werden, dass sich Sprache an den konkreten Gegenstand anpasst. Im Alltag in der Peer-Group wird eine Umgangssprache verwendet, an der Hochschule hingegen eine Fachsprache. Daher müsse die Alphabetisierung einer Fachsprache auch an dem Ort erfolgen, an welchem sie gegenständlich ist. Der Erwartung, dies müsse bereits im Vorfeld an der Schule oder gar in den Familien erfolgen, trat *Gogolin* entgegen. Auf diese Weise würden auch Studierende aus bildungsfernen Familien weniger benachteiligt.

Francine Uwera, Universität Luxemburg, stellte anschließend vor, wie Internationalität und Mehrsprachigkeit bereits an der Universität Luxemburg in das Curriculum und die Prüfungsordnungen aufgenommen wurde. Aufgrund der vielfältigen Nationalitäten der Studierenden und um das Potenzial von Mehrsprachigkeit wissend, wird teilweise innerhalb einer Lehrveranstaltung in verschiedenen Sprachen kommuniziert. Die Lehrperson wechselt dabei je nach Bedarf zwischen zwei oder auch mehreren Sprachen, wodurch die von *Zumbansen* und *Gogolin* aufgezeigten Vorteile einer multilingualen Lehrveranstaltungsgestaltung nutzbar gemacht werden.

Prof. Dr. *Martin Morlok*, Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf, widmete sich dem Tagungsthema, indem er beleuchtete, inwiefern das Jurastudium der Einübung der juristischen Fachsprache diene. *Morlok* explizierte Merkmale, welche für die juristische Fachsprache charakteristisch seien: der Syntax sei durch Passivformulierungen, der Verwendung des Nominalstils sowie durch frühere sprachliche Epochen geprägt. Diese Prägung schlägt sich auch in den Fach-Texten-Sorten, wie Kommentaren, Aufsätzen oder Lehrbüchern nieder. Zudem seien juristische Texte durch eine starke Untergliederung und eine strenge Systematik gekennzeichnet. Insbesondere für Laien und Studienanfänger stellen diese Eigenschaften juristischer Texte eine Herausforderung dar. Um diesen Anforderungen gerecht werden zu können, müsse eine konstante Befassung mit den Eigenheiten über das gesamte Studium hinweg erfolgen. Als Besonderheit der

juristischen Sprache blickte *Morlok* auf den Gutachtenstil, welcher maßgeblich durch die Merkmale der Problemzerlegung und Argumentation gekennzeichnet sei. In einem ersten Schritt müssen rechtlich neuralgische Punkte erkannt und zerlegt werden. Sodann gehe es darum, diesen Punkten die streitenden Argumente zuzuordnen, diese darzustellen und schließlich zur Begründung einer Entscheidung heranzuziehen und abzuwägen. Die Abhandlung dieses Schrittes lasse auf das Systemverständnis des Anwenders schließen. Im Rahmen der Lösung von Problemen bedient sich die Rechtswissenschaft als hermeneutische Disziplin bestimmter Methoden. In diesem Zusammenhang wies auch *Morlok*, wie zuvor *Repgen* und *Zumbansen*, auf die Auslegung von Normen und/oder unbestimmter Rechtsbegriffe als Problem in der Rechtssprache hin. Von einer allgemeinen Offenheit von Begriffen ausgehend, sei das Ergebnis der Auslegung stets durch den gegenwärtigen Kontext beeinflusst. Die Bedeutung müsse immer aufs Neue unter Berücksichtigung des Kontextes und Beachtung einschlägiger Methoden gesucht werden. Die sodann gefundene Bedeutung sei zudem abhängig vom jeweiligen Verwender. Beispielsweise nutzen Gerichte diese Offenheit nicht selten, um sie durch soziale oder gesellschaftspolitische Aspekte zu schließen. Es könne dann von einer institutionellen Geschlossenheit gesprochen werden. Schließlich sprach sich *Morlok* dafür aus, nicht nur den Studierenden zu vermitteln, dass das Auseinandersetzen mit und Reflektieren von Begrifflichkeit ein ganz wesentliches Element der Rechtswissenschaft sei.

Rechtsdidaktische Überlegungen aus einer medien- und rechtslinguistischen Perspektive stellte Jun.-Prof Dr. *Friedemann Vogel*, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, an. Auf Grundlage des semiotischen Dreiecks stellte er einen Zusammenhang zwischen Recht, Welt und Sprache her. Dabei zeigte *Vogel* auf, dass es im Allgemeinen aber auch im Konkreten, zum Beispiel dem Recht, aufgrund der Mehrdimensionalität von Begriffen zu fundamentalen Verwechselungen kommen kann, je nach dem, in welchem Zusammenhang ein Begriff verwendet und verstanden wird oder welche Vorstellung der Verwender und der Empfänger von einem Begriff haben. Daran anknüpfend hob der Referent hervor, dass Rechtsarbeit Textarbeit sei und Fachsprachen der Kommunikation im jeweiligen Fach dienen. Durch den Gebrauch institutioneller Methoden der hermeneutischen Textverarbeitung entstünde eine Möglichkeit, Willkürrecht zu kontrollieren. Innerhalb einer Institution/Community werden von anderen „Mitgliedern“ Sprach-, Wissens- und Handlungsmuster erwartet. Zudem werden Textroutinen des Faches erlernt und ein Beitrag zur Methodenreflexion geleistet. Unter dem Stichwort „Normtextkonkretisierung de lege ferenda“ stellte *Vogel* den Entstehungsprozess von Normtexten in vier Schritten dar. Ausgangspunkt ist eine problembasierte Lebenswelt, welche Regelun-

gen erforderlich mache. Die eigentliche Entstehung eines Normtextes beginne sodann mit einer „Normtextprognose, der sich ein „Normtextentwurf“ anschließt, um schließlich in einer „normweltlichen Adaption des Normtextentwurfes zum Normtextes“ zu münden. Letzter Schritt sei beispielsweise die Ausfertigung durch den Bundespräsidenten gemäß Art. 82 Abs. 1 GG. Auch die Interaktion mit Laien sei durch die Fachsprache beeinflusst. Um effektiv mit Laien kommunizieren zu können, müssen die Experten des Faches auch in der Lage sein, die Inhalte verständlich auszudrücken. Abschließend widmete sich *Vogel* der Mediatisierung des Rechts. Unter „Mediatisierung“ sei ein Prozess sozialen und kulturellen Wandels zu verstehen, der dadurch zustande kommt, dass immer mehr Menschen immer häufiger und differenzierter ihr soziales und kommunikatives Handeln auf immer mehr ausdifferenzierte Medien beziehen. Mediatisierung meint also, dass durch das Aufkommen und durch die Etablierung von neuen Medien für bestimmte Zwecke und die gleichzeitige Veränderung der Verwendungszwecke alter Medien sich die gesellschaftliche Kommunikation und deshalb auch die kommunikativ konstruierten Wirklichkeiten, also Kultur und Gesellschaft, Identität und Alltag der Menschen verändern. Auch das Recht unterliege dieser Entwicklung, was sich unter anderem in der zunehmenden Entwicklung und Verwendung elektronischer juristischer Datenbanken ausdrückt. Diese Entwicklung nahm *Vogel* zum Anlass, um mit *Hanjo Hamann* das Projekt „Vom corpus iuris zu den corpora iurum – Konzeption und Erschließung eines juristischen Referenzkorpus“ zu initiieren. Ziel des Projektes ist es, die interdisziplinäre Konzeption, Aufbereitung und erste analytische Erschließung eines juristischen Referenzkorpus (JuReko) als quantitativ-empirischer Beitrag zur juristischen Methodik sowie zur Rechts-, Computer- und Korpuslinguistik. In seinem Fazit plädierte *Vogel* dafür, dass die genannten Aspekte allesamt auch Gegenstand des juristischen Studiums sein sollten. Prof. Dr. *Michael Seibert*, Goethe-Universität Frankfurt am Main, nahm sich in seinem Referat der Sprache des juristischen Schulfalls und ihrer Folgen an. Die Formulierungen vieler juristischer Fälle in einschlägigen Fallbüchern stellen eine Art „Lehrbuchkriminalität“ dar. Neben den Fällen enthalten auch „Muster“-Lösungen Formulierungen, welche die soziale und wirtschaftliche Relevanz, die hinter den Sachverhalt stehe, außer Acht lassen. Daran anknüpfend kritisierte *Seibert*, dass sich die Sprache solcher Schulfälle und dazugehörigen Musterlösungen negativ auf die Sprachkompetenz Studierender und auch noch mancher Praktiker auswirke. Auf diese Weise würden die Studierenden zu „Subsumptionsautomaten“, weil sie die hinter einem Sachverhalt stehende Metaebene bei der Fallbearbeitung außen vor lassen. Zudem sei die Verwendung sprachlich fragwürdigen Formulierungen in juristischen Fallbüchern problematisch, weil eine in der Universi-

tät verpasste sprachliche Sozialisation kaum an anderer Stelle nachgeholt werden könne. Positiv merkte der Referent an, dass die aktuelle Fallbuch-Literatur zunehmend einen Bezug zur tatsächlichen Lebenswelt aufweise. *Seibert* wies zudem darauf hin, dass die „Leidensfähigkeit“ der Studierenden im Hinblick auf den geltenden Prüfungsstoff zugenommen habe, die kritische Auseinandersetzung mit den prüfungsrelevanten Inhalten hingegen gesunken sei. Es sei somit eine mangelnde kritische Reflexion des Rechts, samt dahinter stehenden Implikationen, aber auch der Entwicklung des juristischen Studiums feststellbar. Diesem Umstand müsse durch eine entsprechende Juristenausbildung entgegengetreten werden.

Der zweite Tag der Tagung begann mit einem Referat von Prof. Dr. *Katrin Lehnen* und *Volker Emmerich*, Justus-Liebig-Universität Gießen, zum Thema Entwicklung und Erwerb wissenschaftlicher Textkompetenz – Überlegungen zu einer prozedurorientierten Schreibdidaktik im Jurastudium. Aus schreibdidaktischer Sicht legte *Lehnen* zu Beginn drei Annahmen zugrunde: einerseits sei wissenschaftliches Schreiben ein problemlösendes Handeln (I), welches domänen-, disziplinen- und kulturspezifische (Text-) Traditionen ausdrückt. Andererseits sei es ein Erwerbsprozess (II), welcher sich auf mehreren Ebenen vollzieht. Ebenso sei wissenschaftliches Schreiben sowohl Lerngegenstand als auch Lehrmedium (III). Die erste Annahme unterteilt sich in das Schreiben als kognitiven Prozess und sozialen Prozess. Innerhalb des kognitiven Prozesses steht der individuelle Schreiber im Fokus, es erfolgt eine Auseinandersetzung mit den Schreibprozeduren eines Faches. Innerhalb des sozialen Prozesses stehen der Schreibkontext und die Schreibbedingungen im Vordergrund. Es findet eine Auseinandersetzung mit den spezifischen Textprozeduren einer Disziplin statt. Zur zweiten Annahme führte *Lehnen* aus, dass sich der Erwerb wissenschaftlicher Schreibkompetenz in verschiedenen Dimensionen/Niveaus vollzieht und durch typische Erwerbssphänomene gekennzeichnet ist, die sich in der Folge sprachlich zeigen. Die dritte Annahme bedeutet im Wesentlichen, dass wissenschaftliches Schreiben einerseits Lerngegenstand sein kann (learning to write), der über spezifische Textformen realisiert wird. Andererseits kann das Schreiben in seiner heuristisch-epistemischen Funktion zugleich Lern- beziehungsweise Denkmedium (writing to learn) sein. Mit dem Schreiben entfalten sich somit neue Zusammenhänge und Erkenntnisse. Diese Annahmen bedeuten für das Ziel der Entwicklung einer Schreibkompetenz, dass dieser Prozess sensitiv angelegt sein müsse.

Emmerich stellte den bisherigen Stand seiner Untersuchung zu Textroutinen im juristischen Gutachten dar. Ziel der Untersuchung ist, zu ermitteln, ob sich in juristischen Fachzeitschriften veröffentlichten Lösungsbeispielen zu Fällen und Hausarbeiten eine Textroutine

feststellen lässt. *Emmerich* charakterisierte die Textsorte des juristischen Gutachtens als eine didaktische Gattung, welche sich nicht am Wissenszuwachs orientiere, deren Intertextualitätsanforderungen sich von denen geisteswissenschaftlicher Textsorten unterscheiden und besondere Anforderungen an Ökonomie und Präzision stelle. Aus diesen Eigenschaften folgen nach *Emmerich* Konventionen und Erwartungen der Sprachgemeinschaft, die zu typischen Mustern auf allen Ebenen der Sprache führen. Mittels einer Korpusanalyse versucht *Emmerich* aus den genannten Textquellen typische Formulierungsmuster herauszufiltern. Für die Lehre bedeuten die bisher gewonnenen Erkenntnisse vor allem, dass der Schreibprozess bewusst gemacht und reflektiert werden und eine Schreibpraxis kontinuierlich in den Curricula etabliert werden müsse.

Prof. Dr. *Jantina Nord*, Hochschule Wismar, zeigte anhand pointierter Beispiele die vermeintlich zunehmend schlechter werdende Sprachkompetenz der Studierenden auf. Insbesondere sei in diesem Zusammenhang problematisch, dass die Studierenden nicht mehr über Inhalt und Sinn dessen nachdenken, was sie zu Papier bringen. *Nord* vertrat den Standpunkt, die Sprachkompetenz sei nach wie vor ein notwendiger und essentieller Bestandteil des juristischen Studiums, der Rechtswissenschaft und Rechtspraxis. So entstehe ein Missverhältnis zwischen der Sprachkompetenz der Studierenden und den sprachlichen Anforderungen, denen (angehende) Juristen gerecht werden müssten. Daran anknüpfend warf sie die Frage auf, welcher Bildungsträger die „Sprachgefahr“ jetzt und in Zukunft zu tragen habe. Die Schulen kämen dieser Verpflichtung in nicht hinreichender Art und Weise nach, sodass sich die Universitäten diesem Aspekt annehmen müssen. Daran schloss die Frage an, welche Lehr-Lern-Formate in den Curricula eingesetzt werden können, um die Sprachkompetenz der Studierenden zu fördern. An der Hochschule Wismar hat *Nord* das „Lehrformat Sprachkompetenz“ eingeführt. Das allgemeine Klagen *Nords* über das sprachliche Niveau der Studierenden ist im Plenum, insbesondere unter den anwesenden Sprachwissenschaftlern, nicht ohne Kritik geblieben. Vor allem wurde darauf hingewiesen, dass es keine belastbaren Studien darüber gäbe, dass das Sprachniveau der Studierenden tatsächlich in beschriebener Weise gesunken sei.

Auch Prof. Dr. *Otto Kruse*, Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften, befasste sich in seinem Referat mit der Frage, wie das Schreiben in die Curricula eingebettet werden kann. Dies auf Grundlage einer Studie unter Studierenden verschiedener Fächer, mit dem Ziel, zu ermitteln, wie Studierende sich selbst hinsichtlich mit Sprache in Verbindung stehender Aspekte und Kompetenzen einschätzen. Unter den Teilnehmern waren auch Studierende der Rechtswissenschaft. Bei der Auswertung

wurde einerseits deutlich, dass die Jura-Studierenden mehr mit Texten und Textarbeit befasst sind als Studierende anderer Disziplinen. Andererseits wurde, erstaunlicherweise, deutlich, dass sich die Studierenden zumeist im „oberen/guten“ Bereich einordnen. Hinsichtlich der Kompetenz, sich verbal auszudrücken, fiel die Selbsteinschätzung hingegen schlechter aus. Auch *Kruse* sprach sich für eine kontinuierlich Einbettung der Förderung der Schreibkompetenz im Studium aus. Neben den curricularen Veranstaltungen sollten zudem auch extracurriculare Angebote bereitgestellt und bekannt gemacht werden. Ausdrücklich wies *Kruse* zudem darauf hin, dass die Umfragen ergeben haben, dass die Studierenden sehr an Feedback zu ihren Texten interessiert sind. Dieses Interesse sei als Chance der Lehrenden zu verstehen, mit den Studierenden in einen fachlichen Dialog zu gelangen, der für die Entwicklung der Schreibkompetenz genutzt werden sollte.

Zur Frage der Lehrbarkeit des Gutachtenstils und möglichen Vermittlungsmethoden im Jurastudium referierte *Tina Hildebrand*, Universität Bielefeld. Die Beherrschung des Gutachtenstils werde im Studium der Rechtswissenschaft verlangt, dieser aber selten explizit gelehrt, so *Hildebrand*. Die Studierenden benötigen jedoch Kriterien, an denen sie sich beim Verfassen eines Gutachtens orientieren können. Um diesem Missstand entgegenzuwirken, bietet *Hildebrand* Kurse für Studienanfänger aber auch Fortgeschrittene an der Universität Bielefeld im Rahmen des Projektes „punktum“ an. In diesen Kursen werden die einzelnen Elemente des Gutachtenstils expliziert, behandelt und deren Handhabung eingeübt. Die Komplexität des Schreibprozesses müsse verringert werden, damit die mit dem Gutachtenstil verbundenen Hürden besser überwunden werden können. Dazu sei es nötig, den Schreibprozess zu verlangsamen und die verschiedenen Schritte und deren Sinn und Zweck zu hinterfragen. Auf diese Weise würden die Studierenden in die Lage versetzt, sowohl formell als auch inhaltlich bessere Gutachten schreiben zu können. Das Kursangebot wird von den Studierenden gut angenommen, was für den Bedarf solcher Kurse spricht. Ob es zu einer signifikanten Notenverbesserung nach einer Kursteilnahme kommt, konnte bis dato noch nicht evaluiert werden.

Schließlich trug RiVG Dr. *Christian Steinweg*, Verwaltungsgericht Hamburg, zum Thema „Sprache und Prüfungen in der Juristenausbildung“ vor. Der Vortrag eröffnete damit noch eine weitere Perspektive auf das Tagungsthema. Vorerst stellte *Steinweg* die Grundsätze und den Sinn des Prüfungsrechts dar. Anschließend beleuchtet er die Frage, welche sprachlichen Anforderungen an den Prüfling gestellt werden können. Bevor jedoch konkrete Kriterien aufgestellt werden, sei zu klären, ob es sich bei der Sprache selbst, um ein sachliches oder sachfremdes Kriterium handele. Allein auf Grund

der Notwendigkeit kommunikativer Fähigkeiten von Juristen, sei Sprache als ein sachliches Prüfungskriterium anzusehen. An diese Entscheidung knüpft die Frage an, welche Sprache in Prüfungen gesprochen wird, die Sprache des Rechts oder die der Rechtswissenschaft als Metasprache. Darüber hinaus mache es die Offenheit der Formulierungen der Verwaltungsgerichte schwierig, konkrete, die Sprache betreffende, Kriterien aufzustellen. Im Ergebnis konnte *Steinweg* keine verbindliche Aussage dahingehend treffen, inwieweit die Sprache in juristischen Prüfungen Berücksichtigung finden sollte. Bestandteil soll sie jedoch sein und bei evident falschem Gebrauch auch eine schlechtere Bewertung der Prüfungsleistung rechtfertigen.

Mit diesem Referat endete die Jahrestagung des Zentrums für rechtswissenschaftliche Fachdidaktik. Unter den Teilnehmern herrschte Konsens, dass dem Thema der Sprache im Recht weiterhin Aufmerksamkeit zu schenken ist. Schließlich handelt es sich bei der Sprache nicht um das Kleid, sondern den Leib des Rechts. Die von *Kruse* dargestellte Selbsteinschätzung der Studierenden zur Frage, wie sie ihre verbalen Sprachkompetenzen einschätzen, könnte als Anstoß dienen, sich in Zukunft auch schwerpunktmäßig mit dem gesprochenen Wort im Recht und der Rechtswissenschaft auseinanderzusetzen.

Impressum

HRN – HAMBURGER RECHTSNOTIZEN

ISSN 2191-6543

5. Jahrgang – Heft 1 – Juni 2015

Die Hamburger Rechtsnotizen erscheinen zweimal jährlich. Die Redaktion freut sich über Beiträge in digitaler Form für die nächsten Ausgaben.

<http://www.hamburger-rechtsnotizen.de>

Redaktion und Lektorat

Sebastian Böse
 Johannes Brocks
 Annika Demuth
 Benjamin Dzatkowski
 Christina Giampietro
 Laura Anna Hagen
 Jacob Haller
 Felix Hartmann (V.i.S.d.P.)
 Julian Kanschik
 Sophie Knebel
 Fuluk Liu
 Olaf Muthorst
 Nathalie Olotu
 Daniel Otto
 Ebru Sarikaya
 Sophia Schulz
 David Georg Stark
 Anna-Lia Tanduo
 Jennifer Thiessen
 Gero Thole
 Florian Vogelsang
 Charlotte Wendland
 Fynn Wenglarczyk

E-Mail:
redaktion@hamburger-rechtsnotizen.de

Vertrieb, Anzeigen & PR

E-Mail:
vertrieb@hamburger-rechtsnotizen.de
anzeigen@hamburger-rechtsnotizen.de

Verantwortlich für Anzeigen:
 Felix Hartmann

Internet

Roland Broemel
 Niklas Vogt

Herausgeber

Hamburger Rechtsnotizen e. V.

Postanschrift:
 Fakultät für Rechtswissenschaft
 Rothenbaumchaussee 33, 20148 Hamburg

Hamburger Rechtsnotizen e. V. ist im Vereinsregister des Amtsgerichts Hamburg unter der Registernummer VR 1030 eingetragen.

Einzelvertretungsberechtigt sind:

Erster Vorsitzender:
 Prof. Dr. Felix Hartmann
 Zweiter Vorsitzender:
 Jun.-Prof. Dr. Olaf Muthorst

Layout/Satz

die computerfabrik
 Bernsteinstraße 88, 70619 Stuttgart
 Valentin Funk, Claudia Wittorf,
 Ulrich Böckmann

Druck

Hoffmann-Druck GmbH, Straße der
 Freundschaft 8, 17438 Wolgast/Mahlzow

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.

Soldan Moot Court – Spannende Einblicke in die Praxis deutscher Zivilrechtsanwälte

Von Dennis Rasch*

Der Soldan Moot Court ist ein junger deutscher Moot Court, der dieses Jahr zum dritten Mal stattfindet. Hier wird ein deutsches Gerichtsverfahren simuliert, in dem es um allgemeines Zivilrecht geht. So war etwa letztes Jahr die Frage entscheidend, ob eine Großkanzlei ihr Mandat drei Wochen vor einem wichtigen Termin sanktionslos wegen eines (vermeintlichen) Interessenkonflikts kündigen konnte. Im Gegensatz zu anderen Moot Courts, die Schiedsverhandlungen oder Verhandlungen vor dem Internationalen Gerichtshof simulieren, kommt der Soldan Moot Court der realen Praxis eines Großteils der Rechtsanwälte sehr nahe.

Die Teams bestehen aus vier Studierenden, die in der Schriftsatzphase zusammen zunächst eine Klageschrift erstellen und im Anschluss eine Erwiderung auf eine Klageschrift einer anderen Universität verfassen. Grundlage dieser Schriftsätze ist die ausgegebene Fallakte, die etwa 25 Seiten umfasst.

Nach der Schriftsatzphase geht es in die mündlichen Verhandlungen, die drei Tage lang in Hannover stattfinden. Das Team wird aufgeteilt, um sowohl die Kläger- als auch die Beklagenseite vertreten zu können. Die Verhandlungen sind der wesentliche Teil des Moot Courts: Hier entscheidet sich, wer gewinnt. Daher werden die mündlichen Verhandlungen besonders intensiv im Vorhinein geprobt. Hierfür hat der Lehrstuhl von Prof. Dr. Hinrich Julius, der die Soldan Moot Court Teams der Universität Hamburg betreut, im April 2015 einen kleinen Pre-Soldan Moot Court veranstaltet. Sechs Teams der Universität Hamburg haben an zwei Tagen einen Moot Court nachempfunden und sind in Vorrunden, Halbfinalrunden und Finale gegeneinander angetreten. Für die Finalverhandlung konnte Dr. Jürgen Hübner, ehemals Partner bei Latham & Watkins, gewonnen werden, der auch Verhandlungen des Soldan Moot Courts in Hannover leitet.

Die Teilnahme an einem Moot Court ist eine der schönsten Erfahrungen, die während des Jurastudiums gesammelt werden können. Indem der Soldan Moot Court eine reale deutsche Gerichtsverhandlung simuliert, hilft er Fähigkeiten zu entwickeln, die in Vorlesungen nicht gelehrt werden können: Wie können juristische Argumente einem Richter überzeugend präsentiert werden? Während in der Universität eher auf die rechtliche Schreibtechnik Wert gelegt wird, müssen diese Fähigkeiten selbst entwickelt werden. Leider wird hierfür allzu oft das Referendariat oder erst der Gerichtssaal bemüht.

Die Wichtigkeit einer guten mündlichen Präsentation vor Gericht kann nicht unterschätzt werden. Zwar wird das Gericht aufgrund der Rechtslage entscheiden. Auch wird im echten Leben eine gute Präsentation einen aussichtslosen Fall nicht gewinnen. Aber sie kann den Fokus auf bestimmte Tatsachen oder Argumente lenken, die vom Gericht vorher noch nicht in dem gewünschten Maße beachtet wurden. Die Fähigkeiten, die erforderlich sind, einen Moot Court zu gewinnen, werden vorteilhaft im Gerichtssaal sein. Zudem helfen sie auch ungemein, eine gute mündliche Prüfung im Staatsexamen abzulegen.

Nicht zuletzt nehmen am Soldan Moot Court zudem etwa 45 Praktiker, darunter Richter, Staatsanwälte und zahlreiche Anwälte teil, die dort als Richter Verhandlungen leiten. Es können also auch wertvolle Kontakte geknüpft werden. Im vergangenen Jahr hat Prof. Dr. Reinhard Gaier, Richter des Bundesverfassungsgerichts, die Finalrunde geleitet. Kaum ein Anwalt und erst recht keine Studierenden können von sich behaupten, bereits einmal vor einem Bundesverfassungsgerichtsrichter plädiert zu haben.

* Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Universität Hamburg.

Die Fallakte des nächsten Soldan Moot Courts wird Ende Juni 2015 veröffentlicht, die mündlichen Verhandlungen sind Anfang Oktober 2015 in Hannover. Teilnahmeberechtigt sind alle Semester. Über Anmeldungen, auch von einzelnen Studierenden, oder Fragen freut sich der Lehrstuhl von Prof. Dr. Hinrich Julius (dennis.rasch@uni-hamburg.de) sehr.

Brown Bag Lectures – Mittagspause einmal anders

Von Jennifer Thiessen*

Im November 2014 rief die Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg zusammen mit der Hanseatischen Rechtsanwaltskammer Hamburg erstmals die Veranstaltungsreihe „Brown Bag Lectures“ ins Leben. Ziel der Veranstaltungsreihe ist es, den Studierenden der Fakultät einen Einblick in verschiedene anwaltliche Tätigkeitsfelder zu ermöglichen und gleichzeitig die besondere Bedeutung des Anwaltsberufs im Rechtsstaat darzulegen. Das Besondere dabei: Den Studierenden wird neben einem Einblick in die Praxis auch ein kostenloses Mittagessen aus einer sog. „Brown Bag“ angeboten. Hieraus ergibt sich auch der Name der Veranstaltung. Die Idee der Brown Bag Lectures stammt ursprünglich aus den USA. Insbesondere an amerikanischen Universitäten hat diese Art der Veranstaltung eine gewisse Tradition. So soll es hierbei zu einer effektiven Nutzung von Pausen kommen, indem in dieser Zeit in einer angenehmen und informellen Atmosphäre Informationen an die Teilnehmer der Veranstaltung weitergegeben werden. Hierdurch sollen auch die Teilnehmer ermutigt werden, Fragen zu stellen.

Bereits zweimal fanden die „Brown Bag Lectures“ seit November 2014 an der Fakultät statt. Die Auftaktveranstaltung am 6. November 2014 behandelte das Thema „Berufsrecht – Ein System der Freiheit mit Schranken und Schranken–Schranken. Diskussion am Beispiel des Zugangs zum Beruf – Interessensgegensätze und Bestandsaufnahme“ und wurde von Grußworten des Dekans der juristischen Fakultät, Prof. Dr. Tilman Repgen, und der Vizepräsidentin der Hanseatischen Rechtsanwaltskammer Hamburg, Annette Voges, eingeleitet. Danach stellte Prof. Dr. Eckart Brödermann als Dozent der ersten Veranstaltung verschiedene Perspektiven der anwaltlichen Praxis dar. Insbesondere erarbeitete er zusammen mit den Studenten die Schwierigkeiten und rechtlichen Hürden des Anwaltsberufs. Ein Augenmerk in der Auftaktveranstaltung wurde darauf gelegt, die Studenten nach ihren eigenen Vorstellungen der anwaltlichen Tätigkeit zu befragen und diese mit der Realität zu vergleichen.

Fortgeführt wurde die Veranstaltungsreihe am 20. Januar 2015 von Dr. Till Dunkel, Rechtsanwalt und Mitglied des Vorstandes der Hanseatischen Rechtsanwaltskammer. Er erläuterte den Studenten die Arbeit eines Presserechtsanwalts unter dem Thema „Reputationsmanagement mit rechtlichen Mitteln: aus der Tätigkeit eines Presseanwalts“.

Auch im Sommersemester 2015 soll die Veranstaltungsreihe fortgeführt werden, und so wurde bereits für den 18. Mai 2015 eine weitere Brown Bag Lecture mit dem Thema „Berufsbild des Strafverteidigers – Prozess-, Berufsrecht und Strafbarkeit“ angekündigt. Dozent ist dieses Mal Otmar Kury, Rechtsanwalt und Präsident der Hanseatischen Rechtsanwaltskammer Hamburg.

Wann und wo die nächste Brown Bag Lecture stattfindet, ist dem Schwarzen Brett der Juristischen Fakultät zu entnehmen.

* Studentin der Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg.



Universität Hamburg

DER FORSCHUNG | DER LEHRE | DER BILDUNG



Fakultät
für
Rechtswissenschaft

albrecht m

Albrecht Mendelssohn Bartholdy: Jurist, Friedensforscher, Künstler

endelssohn

Strukturiert promovieren – grundlagenorientiert und interdisziplinär

bartholdy g

raduate sch

Albrecht Mendelssohn Bartholdy
Graduate School of Law

ool of law

www.albrecht-mendelssohn-bartholdy.de

HANSEATISCH JURISTISCH

HAMBURGER
RECHTSNOTIZEN

WISSEN, WAS RECHT IST.

Preis: 4,50 € – ISSN 2191-6543