

AUFSÄTZE

KLARA TÖNSHOFF

**Die Rolle des EuGH bei der Wahrung der Rechtsstaatlichkeit in der EU –
Eine Darstellung am Beispiel der Republik Polen**

SIMON GEIERSBACH

Die Recovery and Resilience Facility zur Bekämpfung der wirtschaftlichen Folgen der Pandemie

TIMO MARCEL ALBRECHT, SVENJA BRAND, LEONORE MERTH, CHRISTOPH SCHUCH UND TRISTAN WISSGOTT

Recht und Literatur – Ein interdisziplinärer Forschungsüberblick mit Werkstattbericht

AHMET ARSLAN

Der ius-Begriff im römischen Recht

FALLBEARBEITUNGEN

JONATHAN STELTER

Abgemacht ist abgemacht – oder?!

MATTHIAS DÖLLING

Ungern gesehene Gäste

STUDIUM UND DIDAKTIK

ANDREAS BASSE UND FRANCESCA-MARIA WURZEL

Die Säulen der Examensvorbereitung – oder: Was trägt die Pflichtfachprüfung?

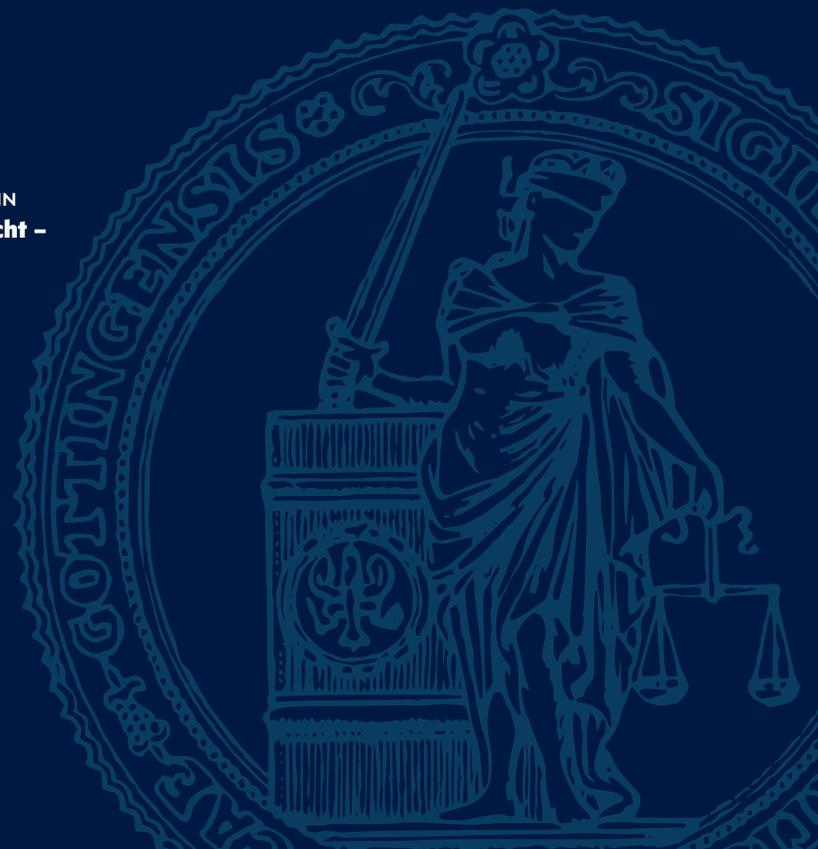
PROF. DR. PHILIPP M. REUSS, MJUR (OXFORD)

Professorenvorstellung

VARIA

TIMO MARCEL ALBRECHT, CHRISTIAN MAGAARD UND JAKOB SCHÜNEMANN

**Veranstaltungsbericht: 70 Jahre Bundesverfassungsgericht –
Verfassungsgerichtsbarkeit auf dem Prüfstand**



GRZ | Göttinger
Rechtszeitschrift

Impressum



Göttinger
Rechtszeitschrift e. V.

Platz der Göttinger Sieben 6
37073 Göttingen

Registergericht: Amtsgericht Göttingen
Registernummer: VR 201862

Vorstandsvorsitzende: Denise Wenzl
Schriftführer: Jakob Schünemann
Kassenwartin: Carlotta Schümann

Mail: kontakt@g-rz.de
Web: <https://www.goettinger-rechtszeitschrift.de>

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie. Detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <https://portal.dnb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten.
Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Seine Nutzung ist im Rahmen der Creative Commons Lizenz "CC BY-ND 3.0 DE" gestattet. Das Werk darf daher unter angemessener Namensnennung und ohne Bearbeitung oder Veränderung zu beliebigen Zwecken in jedwedem Format oder Medium verbreitet oder vervielfältigt werden. Weitere Informationen: <https://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/d>

Ausgabe 2/2021, 4. Jahrgang, 1. Auflage, Dezember 2021

© 2021 Göttinger Rechtszeitschrift e. V.

Satz Nils Kretzmer
Druck Hubert & Co. GmbH & Co. KG, Göttingen
Schrift Equity und Concourse von MB Type

ISSN 2627-3721

Printed in Germany

Informationen

Erscheinungsweise
Die Göttinger Rechtszeitschrift erscheint halbjährlich.

Autor:in werden
Für kommende Ausgaben suchen wir stets Autor:innen, die Interesse an der Veröffentlichung von wissenschaftlichen Beiträgen sowie Klausuren, Seminararbeiten, Studienarbeiten oder Erfahrungsberichten haben. Für weitere Informationen wenden Sie sich bitte an redaktion@g-rz.de.

Zitiervorschlag
Autor:in, GRZ 2021, Seite

Mitwirkende

Redaktionsleitung
Niklas Middelbeck, Zivilrecht
Anna Sophia Peuser, Öffentliches Recht
Louisa Lingner, Strafrecht
Timo Marcel Albrecht/Meret Unruh, Grundlagen des Rechts
Leonard Hoffmann, Studium und Didaktik

Schriftkoordination
Tim Becker

Ressort für Zivilrecht
Friederike Ammann, Tim Becker, Caspar Baumeister, Nathalie Haß, Lisa Metz, Torben Schneider, Carlotta Schümann, Niklas Middelbeck, Sven Neubert

Ressort für Öffentliches Recht
Vera Bahlmann, Jonas Backhaus, Johanna Gärtner, Julian Jansen, Erik Meyer, Sophie Norbeck, Jakob Schünemann, Sven Wedemeyer

Ressort für Strafrecht
Tom Becker, Louisa Lingner, Ole Timm, Hendrik Uken, Denise Wenzl

Ressort für Grundlagen des Rechts
Mattis Bieberle-Aumann, Victor Loxen, Jennifer Reh, Victoria Sochor, Tristan Wißgott

Ressort für Studium und Didaktik
Gregor Bosold, Lea Gottschalk, Lena John, Christian Magaard

Öffentlichkeitsarbeit
Christian Maagard und Hendrik Uken

Publikationsdirektor
Nils Kretzmer

Wissenschaftlicher Beirat
Prof. Dr. Martin Ahrens
Prof. Dr. Stefanie Bock
Prof. Dr. Gunnar Duttge
PD Dr. Sina Fontana, MLE
Dr. Simon Gerdemann
Prof. Dr. Stefan Harrendorf
Prof. Dr. Hans Michael Heinig
Dr. Alexander Heinze, LL.M. (TCD)
Prof. Dr. Rüdiger Krause
Prof. Dr. Inge Hanewinkel
PD Dr. Roman Lehner
Prof. Dr. Gerhard Lingelbach
Prof. Dr. Thomas Mann
Prof. Dr. Joachim Münch
Prof. Dr. Dr. Dietmar von der Pfordten
Prof. Dr. Marcus Schladebach, LL.M.
Prof. Dr. Angela Schwerdtfeger
Prof. Dr. Alexander Thiele

Vorwort

Sehr geehrte Leserinnen und Leser, liebe Studierende,

für das Universitätsleben und damit auch für unser Vereinsleben stellte sich das noch im Vorwort der letzten Ausgabe erblickte Licht am Ende des Tunnels als trügerisch heraus. Nach nur wenigen hybriden Arbeitstreffen mussten wir wieder auf ein rein digitales Format umschalten. Zumindest konnten wir jedoch einige Beiträge der neuen Ausgabe in Präsenz miteinander redigieren und etwas Zeit analog zusammen verbringen.

Die vergangenen Monate waren aber auch aus juristischer und politischer Perspektive ereignisreich. Die Wahl zum 20. Deutschen Bundestag und der 70. Geburtstag des Bundesverfassungsgerichts gaben Anlass, das Verhältnis von Recht und Politik zum Gegenstand unserer in Kooperation mit dem Alumniverein der Studienstiftung organisierten Veranstaltungsreihe »Recht interdisziplinär« zu machen.

BVR Prof. Dr. *Andreas Paulus*, BVR a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. mult. *Dieter Grimm*, LL.M. (Harvard), Bundesjustizministerin a.D. *Sabine Leutheusser-Scharrenberger* und Dr. *Thomas Darnstädt* führten zum Thema »70 Jahre Bundesverfassungsgericht – Verfassungsgerichtsbarkeit auf dem Prüfstand« eine anregende Diskussion unter Moderation von PD Dr. *Sina Fontana*, MLE. Wir bedanken uns ganz herzlich für den spannenden Abend! Eine ausführlichen Veranstaltungsbericht finden Sie in diesem Heft.

Wie gewohnt beinhaltet auch diese Ausgabe darüber hinaus spannende und abwechslungsreiche Fragestellungen, die nicht nur für die rechtswissenschaftliche Ausbildung von Interesse sind. Diese Beiträge wären ohne das herausragende und konstruktive Engagement der Mitglieder unseres Wissenschaftlichen Beirates nicht möglich gewesen. Für die Begutachtung der zahlreichen Beitragseinreichungen gebührt Ihnen unser herzlicher Dank!

In der Aufsatzrubrik beleuchtet *Klara Tönshoff* die Rolle des EuGH bei der Wahrung der Rechtsstaatlichkeit in der EU am Beispiel von Polen. *Simon Geiersbach* zeigt die wirtschaft-

lichen Folgen der Pandemie auf und wie sich diese bekämpfen lassen. *Timo Marcel Albrecht*, *Svenja Brand*, *Leonore Merth*, *Christoph Schuch* und *Tristan Wißgott* bieten einen umfassenden Einblick in das interdisziplinäre Forschungsgebiet Recht und Literatur. *Ahmet Arslan* erklärt die Entwicklung und Bedeutung des römischen *ius*-Begriff.

Speziell für Erstsemester-Studierende findet sich in dieser Ausgabe die Originalklausur Strafrecht I von *Matthias Dölling*. Im Zivilrecht ermöglicht die Fallbearbeitung für Fortgeschrittene von *Jonathan Stelter* das Trainieren grundlegender zivilrechtlicher Fragestellungen.

In der Rubrik Studium und Didaktik stellt sich Professor Dr. *Philipp M. Reuß*, MJur (Oxford) als neuer Professor am Institut für Privat- und Prozessrecht an der Juristischen Fakultät Göttingen vor. *Andreas Basse* und *Francesca-Maria Wurzel* geben Einblick in die Examensvorbereitung und veranschaulichen die Möglichkeiten der Studierenden für diese wichtige Phase des Studiums.

Die Ausgabe vollenden die Rechtsprechungsübersichten von *Sophie Norbeck*, *Tim Becker* sowie *Louisa Lingner* und *Ole Timm*, die wie gewohnt dem Überblick über wichtige aktuelle Gerichtsentscheidungen dienen.

Die Redaktion der GRZ wünscht eine angenehme Advents- und Weihnachtszeit und freut sich, wenn Sie, liebe Leserinnen und Leser, die neue Ausgabe der GRZ als angenehme und lehrreiche Lektüre empfinden. Ihre Zuschriften und Anregungen, sehr geehrte Leserinnen und Leser, sind stets willkommen!

Im Namen der Redaktion

Der Vorstand der Göttinger Rechtszeitschrift e.V.

Denise Wenzl, *Carlotta Schümann* und *Jakob Schünemann*

Inhaltsverzeichnis

Aufsätze

Klara Tönshoff

ÖffR Die Rolle des EuGH bei der Wahrung der Rechtsstaatlichkeit in der EU – Eine Darstellung am Beispiel der Republik Polen → 102

Simon Geiersbach

ÖffR Die Recovery and Resilience Facility zur Bekämpfung der wirtschaftlichen Folgen der Pandemie → 112

Timo Marcel Albrecht, Svenja Brand, Leonore Merth, Christoph Schuch und Tristan Wißgott

GdR Recht und Literatur – Ein interdisziplinärer Forschungsüberblick mit Werkstattbericht → 120

Ahmet Arslan

GdR Der ius-Begriff im römischen Recht → 131

Fallbearbeitungen

Jonathan Stelter

ZivilR Abgemacht ist abgemacht – oder?!
Fallbearbeitung im Zivilrecht für Fortgeschrittene → 140

Matthias Dölling

StrafR Ungern gesehene Gäste
Fallbearbeitung im Strafrecht für Anfänger → 150

Studium und Didaktik

Andreas Basse und Francesca-Maria Wurzel

StuDi Die Säulen der Examensvorbereitung – oder: Was trägt die Pflichtfachprüfung? → 163

Prof. Dr. Philipp M. Reuß, MJur (Oxford)

StuDi Professorenvorstellung → 168

Varia

Timo Marcel Albrecht, Christian Maggaard und Jakob Schünemann

Aktuelles Veranstaltungsbericht: 70 Jahre Bundesverfassungsgericht – Verfassungsgerichtsbarkeit auf dem Prüfstand → 170

Tim Becker

ZivilR Rechtsprechungsübersicht Zivilrecht → 176

Sophie Norbeck

ÖffR Rechtsprechungsübersicht Öffentliches Recht → 179

Ole Johannes Timm und Louisa Lingner

StrafR Rechtsprechungsübersicht Strafrecht → 182

ÖffR Aufsatz

Klara Tönshoff*

Die Rolle des EuGH bei der Wahrung der Rechtsstaatlichkeit in der EU

Eine Darstellung am Beispiel der Republik Polen

Die sich in einigen Mitgliedstaaten der EU vollziehenden Rechtsstaatskrisen haben eine große und stetig zunehmende Zahl an Urteilen des EuGH hervorgerufen. Dies gibt Anlass dazu, dessen Rolle bei der Wahrung der Rechtsstaatlichkeit in der EU näher zu beleuchten. Am Beispiel einiger anlässlich der polnischen Justizreformen geführten Verfahren stellt der Beitrag sowohl die Möglichkeiten als auch die Grenzen des Gerichtshofs heraus.

A. Einleitung

Spätestens seit der Ende 2020 sehr präsent geführten Diskussion über den sog. »Rechtsstaatsmechanismus«¹ haben Fragen rund um die Rechtsstaatlichkeit in den Mitgliedstaaten der EU in der öffentlichen Wahrnehmung wieder vermehrt Aufmerksamkeit erfahren. Art. 2 EUV nennt die Rechtsstaatlichkeit als einen der sechs Werte, auf die sich die Union gründet. Ein Beitritt zur selben setzt gemäß Art. 49 EUV die Achtung eben jener Werte voraus. Die in den letzten Jahren in Ländern wie Polen und Ungarn durchgeführten Justizreformen zeigen jedoch eindrücklich, dass eine Aufrechterhaltung dieser Werte, speziell der Rechtsstaatlichkeit, nicht oder zumindest nicht mehr selbstverständlich ist.² Insofern stellt sich die Frage, inwieweit die EU zur Wahrung der Rechtsstaatlichkeit in ihren Mitgliedstaaten beitragen kann. Gerade wegen der Ineffektivität des nunmehr seit Ende 2017 gegen Polen laufenden Sanktionsverfahrens nach Art. 7 EUV³ fällt der Blick unter den ver-

schiedenen Akteuren der EU dabei zunehmend auf den nach Art. 19 I UAbs. 1 S. 2 EUV »zur Wahrung des Rechts« berufenen EuGH. Zum Zwecke der Herausarbeitung der Rolle des EuGH bei der Wahrung der Rechtsstaatlichkeit in der EU wird zunächst die Bedeutung der Rechtsstaatlichkeit für die EU und deren Ausgestaltung (B.) näher dargestellt, bevor unter Heranziehung der Geschehnisse in Polen erst die verschiedenen Verfahren vor dem EuGH zur Sicherstellung der Rechtsstaatlichkeit (C.) und anschließend die Grenzen (D.) seiner Kompetenzen aufgezeigt werden. Ihren Abschluss finden die Ausführungen in einem rechtspolitischen Ausblick (E.).

B. Zur Bedeutung der Rechtsstaatlichkeit in der EU und deren Ausgestaltung

Das Teilen der in Art. 2 EUV genannten Werte ist Grundlage des Unionsrechts und rechtfertigt erst die Existenz gegenseitigen Vertrauens und gegenseitiger Anerkennung zwischen den Mitgliedstaaten.⁴ Bereits die Auflistung der Rechtsstaatlichkeit als einer von sechs grundlegenden Werten des Art. 2 EUV⁵ lässt also die herausragende Bedeutung dieser für die Europäische Union erahnen. Daran knüpft zumindest implizit auch der EuGH an, wenn er die EU als Rechtsgemeinschaft bzw. Rechtsunion bezeichnet.⁶ In den wegweisenden Entscheidungen der Fälle van Gend & Loos und Costa/.ENEL hat der EuGH in den 1960er Jahren zwei Grundprinzipien dieser Rechtsgemeinschaft herausgearbeitet; das Primat des Unionsrechts vor dem

* Die Autorin studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen. Der Beitrag ging aus einer Arbeit im Rahmen des Forschungskolloquiums »Krisen und Recht« bei Frau Prof. Dr. Angela Schwerdtfeger hervor.

1 Verordnung 2020/2092 des Europäischen Parlaments und des Rats vom 16. Dezember 2020 über eine allgemeine Konditionalitätsregelung zum Schutz des Haushalts der Union, ABl. EU 2020 Nr. L 433 I, S. 1; dazu etwa *Sprothen*, Ungarn und Polen wollen gegen EU-Klausel klagen, Zeit Online, 11.12.2020, <https://www.zeit.de/politik/ausland/2020-12/eu-gipfel-klage-ungarn-polen-rechtsstaat-mechanismus-eugh>, zuletzt abgerufen am 8.7.2021.

2 Ähnlich *Müller*, Konsens um jeden Preis, Journal Internationale Politik und Gesellschaft, 15.10.2020, <https://www.ipg-journal.de/rubriken/europaische-integration/artikel/konsens-um-jeden-preis-4720/>, zuletzt abgerufen am 08.07.2021.

3 COM (2017) 835 final; zur Ineffektivität desselben unter vielen etwa *Schiffauer*, Ein Anker der Rechtsstaatlichkeit in der Europäischen Union durch den Verbund der Verfassungs- und Obersten Gerichte, EuGRZ 2019, 549 (551); *Giegerich*, Die Unabhängigkeit der Gerichte als Strukturvorgabe der Unionsverfassung und ihr effektiver Schutz vor autoritären Versuchungen in den Mitgliedstaaten, ZEuS 1/2019, 61 (89); *Müller*, Verfassungsgericht

vs. EuGH: Zur Eskalation der Rechtsstaatskrise in Polen, Der (europäische) Föderalist, 13.2.2020, <https://www.foederalist.eu/2020/02/verfassungsgericht-vs-eugh-eskalation-rechtsstaatskrise-polen.html>, zuletzt abgerufen am 08.07.2021.

4 St. Rspr., s. nur EuGH, Rs. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586 – LM Rn. 35 f.; Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 – Achmea Rn. 34; zur Bedeutung der Prinzipien des gegenseitigen Vertrauens und der gegenseitigen Anerkennung etwa *Moberg*, When The Return of the Nation-State Undermines the Rule of Law: Poland, the EU, and Article 7 TEU in: Bakardjieva Engelbrekt u.a. (Hrsg.), The European Union and the Return of the Nation State – Interdisciplinary European Studies, 2020, S. 59 (60).

5 Zur historischen Entwicklung des Wertes der Rechtsstaatlichkeit in der Europäischen Union vgl. etwa *Nickel*, Integrationspolitische Herausforderungen an den Europäischen Rechtsstaat: »Zur Zukunft der europäischen Rechts- und Wertegemeinschaft«, EuR 2017, 663 (664 ff.).

6 So etwa in EuGH, Rs. C-294/83, Slg. 1986, I-1339 – Les Verts Rn. 23; Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 – Associação Sindical dos Juizes Portugueses [im Folgenden: ASJP] Rn. 31; Rs. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586 – LM Rn. 49.

Recht der Mitgliedstaaten⁷ und die direkte Anwendbarkeit vieler seiner Bestimmungen^{8,9}. Als ein weiteres tragendes Prinzip ist das Bestehen eines umfassenden Rechtsschutzsystems gegen unionsrechtswidrige Handlungen sowohl der Organe als auch der Mitgliedstaaten zu nennen.¹⁰ Eine Rechtsgemeinschaft mit diesen Wesensmerkmalen setzt bereits begriffsnotwendig die Rechtsstaatlichkeit ihrer Mitglieder voraus. Zu ermitteln ist daher, was diese im Einzelnen umfasst und voraussetzt. Eine einzige, allumfassende Definition des Begriffs der Rechtsstaatlichkeit ist kaum zu finden.¹¹ Die Europäische Kommission etwa hat ihre Ausführungen in dem im Jahr 2014 veröffentlichten Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips¹² mit einer Definition begonnen, die in der Gestalt sechs grundlegender Prinzipien daherkommt. Namentlich handelt es sich bei diesen um das Rechtmäßigkeitsprinzip, die Rechtssicherheit, Gleichheit vor dem Gesetz, unabhängige und unparteiische Gerichte, das Willkürverbot und eine wirksame richterliche Kontrolle (die Achtung der Grundrechte beinhaltend).¹³ Abgeleitet wurden diese Prinzipien zum einen aus den Erkenntnissen der Venedig-Kommission¹⁴, zum anderen aus der Rechtsprechung des EGMR und des EuGH.¹⁵ Letzterer wies zuletzt insbesondere der richterlichen Unabhängigkeit tragende Bedeutung im Kontext der Rechtsstaatlichkeit zu.¹⁶

In der Rs. Portugiesische Richter¹⁷ war der EuGH im Jahr 2018 erstmals direkt damit befasst, die Unabhängigkeit eines Gerichts im Hinblick auf einen diese möglicherweise beschneidenden Eingriff der Legislative zu beurteilen.¹⁸ Die besondere Relevanz der Entscheidung¹⁹ besteht primär darin, dass damit zumindest implizit der Anstoß zu einer gerichtlichen Antwort auf die Frage gegeben wurde, ob und inwiefern die grundlegenden Werte des Art. 2 EUV – in dem Falle die Rechtsstaatlichkeit – auch tatsächlich justiziabel sind oder nur die Wirkung eines allgemeinen Handlungsmaßstabs haben.²⁰

7 St. Rspr. seit EuGH, Rs. C-6/64, Slg. 1964, I-1251 – Costa./ENEL.

8 St. Rspr. seit EuGH, Rs. C-26/62, Slg. 1963, I-1 – van Gend & Loos.

9 So auch *Moberg* (Fn. 4), S. 59 (62); *Giegerich* (Fn. 3), *ZeuS* 1/2019, 61 (66 f.).

10 EuGH, verb. Rs. C-584/10 P, C-593/10 P, C-595/10 P, ECLI:EU:C:2013:518 – Kadi II Rn. 66; Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 – ASJP Rn. 31; Rs. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586 – LM Rn. 49; so auch *Giegerich* (Fn. 3), *ZeuS* 1/2019, 61 (67).

11 Vgl. Grabitz/Hilf/Nettesheim/ *Hilf/Schorkopf*, Das Recht der Europäischen Union, 71. EL (2020), Art. 2 EUV Rn. 35.

12 COM (2014) 158 final.

13 COM (2014) 158 final, 4.

14 Die Venedig-Kommission, offiziell bezeichnet als die Europäische Kommission für Demokratie durch Recht, ist ein Gremium des Europarats, das diesen in Verfassungsfragen berät.

15 COM (2014) 158 final, 3 f.

16 Grabitz/Hilf/Nettesheim/ *Hilf/Schorkopf* (Fn. 11), Art. 2 EUV Rn. 35.

17 EuGH, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 – ASJP.

18 Dies ebenfalls herausstellend *Lenarts*, New Horizons for the Rule of Law within the EU, GLJ 21/2020, 29 (30); *Giegerich* (Fn. 3), *ZeuS* 1/2019, 61 (74).

19 Diese ebenfalls betonend etwa *Torres Pérez*, From Portugal to Poland: The Court of Justice of the European Union as watchdog of judicial independence, MJ 27/2020, 105 (107); *Giegerich* (Fn. 3), *ZEuS* 1/2019, 61 (74).

20 Dazu auch Grabitz/Hilf/Nettesheim/ *Hilf/Schorkopf* (Fn. 11), Art. 2

Konkret wurde dem EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens (Art. 267 AEUV) die Frage vorgelegt, ob eine vorübergehende gesetzliche Kürzung der Bezüge u.a. für Richter:innen²¹ einen Verstoß gegen den Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit aus Art. 19 I UAbs. 2 EUV, Art. 47 GrCh darstellt.²²

Zur Beantwortung dieser Frage stellte der EuGH die Bedeutung der Rechtsstaatlichkeit als grundlegenden Wert i.S.d. Art. 2 EUV heraus, welcher durch Art. 19 EUV konkretisiert werde.²³ Dessen sachlicher Anwendungsbereich umfasse alle vom Unionsrecht erfassten Bereiche, sodass es nicht entscheidend sei, in welchem Kontext die Mitgliedstaaten Unionsrecht i.S.v. Art. 51 I GrCh durchführen.²⁴ Der EuGH führte aus, dass Art. 19 EUV den nationalen Gerichten und dem EuGH gemeinsam die Aufgabe des Rechtsschutzes und der Rechtswahrung übertrage, wobei die nationalen Gerichte aus Art. 19 I UAbs. 2 EUV speziell zur Sicherstellung einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle verpflichtet seien; eine wirksame gerichtliche Kontrolle wiederum erfordere insbesondere die Einrichtung von unabhängigen Gerichten;²⁵ dies werde durch Art. 47 II GrCh bestätigt.²⁶ Das Bestehen solcher sei gerade auch für eine funktionierende Kooperation der Gerichte etwa in Form des Vorabentscheidungsverfahrens notwendig.²⁷ Letztlich erwachse den Mitgliedstaaten aus Art. 19 I UAbs. 2 EUV also eine Pflicht zur Sicherstellung der richterlichen Unabhängigkeit.²⁸ Als Kriterien der postulierten Unabhängigkeit nennt der EuGH die Ausübung der richterlichen Funktionen in völliger Autonomie ohne die hierarchische Verbindung oder Unterordnung unter eine andere Stelle, das Fehlen von Anordnungen und Anweisungen und dadurch den Schutz vor Interventionen oder Druck von außen, durch welche die Entscheidungsfreiheit gefährdet werden könnte, die Nichtabsetzbarkeit und eine Vergütung, welche angesichts der ausgeübten Funktionen angemessen ist.²⁹

Die Einstufung des Art. 19 EUV als eine konkretisierende primärrechtliche Bestimmung des Art. 2 EUV lässt dessen Werte erstmals justiziabel werden,³⁰ wodurch der An-

EUV Rn. 46 f; *Schorkopf*, Europäischer Konstitutionalismus oder die normative Behauptung des »European way of life« – Potenziale der neueren Werterechtsprechung des EuGH, NJW 2019, 3418 (3422).

21 Mit der Kürzung wurde das Ziel verfolgt, der aufgrund von Unionsbeschlüssen bestehenden Verpflichtung zum Abbau des Haushaltsdefizits nachzukommen, EuGH, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 – ASJP Rn. 27.

22 EuGH, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 – ASJP Rn. 27.

23 EuGH, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 – ASJP Rn. 30, 32.

24 EuGH, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 – ASJP Rn. 29.

25 EuGH, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 – ASJP Rn. 32 ff.

26 EuGH, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 – ASJP Rn. 41.

27 EuGH, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 – ASJP Rn. 43.

28 EuGH, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 – ASJP Rn. 37, 41; dies ebenfalls erkennend etwa *Torres Pérez* (Fn. 19), MJ 27/2020, 105 (107); *Giegerich* (Fn. 3), *ZeuS* 1/2019, 61 (75).

29 EuGH, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 – ASJP Rn. 44; bestätigt und ausgeführt etwa in EuGH, Rs. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586 – LM Rn. 63 ff.

30 *V. Bogdandy/Spieker*, Countering the Judicial Silencing of Critics: Article 2 TEU Values, Reverse Solange, and the Responsibilities of National

wendungsbereich des Unionsrechts eine bedeutende Ausweitung erfährt.³¹ Die Rechtsstaatlichkeit im Allgemeinen und die richterliche Unabhängigkeit im Speziellen stellen nicht nur abstrakte Wertmaßstäbe, sondern konkrete und gerichtlich durchsetzbare Anforderungen des Unionsrechts dar.³² Maßstab für die Konzeption der nationalen Gerichtsbarkeiten ist damit, soweit diese grundsätzlich mit der Auslegung und Anwendung von Unionsrecht befasst sein können, das durch den EuGH zum Ausdruck gebrachte unionsrechtliche Verständnis und nicht etwa das des jeweiligen Mitgliedstaates.³³ Dies kann indes nicht dahingehend verstanden werden, dass der EuGH den nationalen Gerichten ein bestimmtes Justizmodell vorgeben will bzw. kann.³⁴ Allein aufgrund der in Art. 4 II EUV festgeschriebenen Pflicht zur Achtung der nationalen Verfassungsidentität, welche auch die unterschiedliche Organisation der Gerichtsbarkeit beinhaltet, ist das nicht möglich.³⁵ Die Werte des Art. 2 EUV bilden jedoch die äußere Grenze dessen, was den einzelnen Mitgliedstaaten innerhalb ihrer nationalen Verfassungsidentität möglich ist,³⁶ sodass auch unter Berufung auf diese ein Sich-Entfernen eines Mitgliedstaates von der Rechtsstaatlichkeit nicht erfolgen kann und darf.³⁷

C. Verfahren vor dem EuGH zur Sicherstellung der Rechtsstaatlichkeit

Ein eben solches Entfernen von der Rechtsstaatlichkeit musste zuletzt jedoch in manchen Mitgliedstaaten beobachtet werden. Exemplarisch dafür sollen im Rahmen dieser Ausführungen die einschlägigen Entwicklungen in Polen herangezogen werden, wo die rechtskonservative PiS-Partei seit der Regierungsübernahme und der Erlangung der Mehrheit im polnischen Parlament im Jahre 2015 damit begonnen hat, die Justizstrukturen des Landes weitgehend zu reformieren.³⁸ Bis 2017 erfolgte eine Entmachtung und Neubesetzung des Verfassungsgerichts mit regierungsnahen Richter:innen.³⁹ Seitdem wurden weitere, die richterliche

Unabhängigkeit beschneidende Gesetze erlassen, welche Umstrukturierungen des Obersten Gerichts und der ordentlichen Gerichtsbarkeit zur Folge hatten.⁴⁰

Vor dem Hintergrund dieser Reformen und der zugleich bestehenden Pflicht der Mitgliedstaaten zur Gewährleistung der richterlichen Unabhängigkeit aus Art. 19 I UAbs. 2 EUV stellt sich die Frage, welche Mittel dem EuGH zur gerichtlichen Durchsetzung dieser Verpflichtung konkret offenstehen. Im Zuge der Wahrung der Rechtsstaatlichkeit durch den EuGH sind im Wesentlichen zwei Verfahren zu nennen, welche die gerichtliche Durchsetzung dieser ermöglichen können; das Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV und das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV.

I. Vertragsverletzungsverfahren (Art. 258 – 260 AEUV)

1. Wesen und Funktion des Vertragsverletzungsverfahrens

Das in den Art. 258 – 260 AEUV geregelte Vertragsverletzungsverfahren ermöglicht es den Mitgliedstaaten und der Kommission⁴¹, das Verhalten eines Mitgliedstaates der gerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen, wenn sie der Auffassung sind, dieser habe gegen Unionsrecht verstoßen.⁴² Im Falle eines tatsächlichen Verstoßes verpflichtet das durch den EuGH ausgesprochene Feststellungsurteil den Mitgliedstaat gemäß Art. 260 I AEUV zur Beseitigung der Vertragsverletzung.⁴³

Bei besonders schwerwiegenden Unionsrechtsverletzungen kommen verschiedene Möglichkeiten in Betracht, um eine Verkürzung des regelmäßig mehrjährigen Verfahrens auf wenige Monate zu erreichen; im Wege einer Reduzierung der dem Mitgliedstaat gem. Art. 258 I AEUV aufzuerlegenden Frist bis auf sogar nur wenige Tage, eines Antrags nach Art. 53 EuGHVfO auf Entscheidung mit Vorrang oder eines Antrags gem. Art. 133 III EuGHVfO auf Entscheidung über die Klage im beschleunigten Verfahren.⁴⁴ Zudem ermächtigt Art. 279 AEUV den EuGH zum Erlass einstweiliger Anordnungen, womit eine vorübergehende Aussetzung der verfahrensgegenständlichen Maßnahmen bis zur endgültigen Entscheidung erreicht werden kann.⁴⁵

Judges, EuConst 15/2019, 391 (416 ff.); Grabitz/Hilf/Nettesheim/Hilf/Schorkopf (Fn. 11), Art. 2 EUV Rn. 46a.

31 V. Bogdandy/Spieker (Fn. 30), EuConst 15/2019, 391 (412 ff.); Schorkopf (Fn. 20), NJW 2019, 3418 (3422 f.), der die Wirkung des Urteils in der Rs. C-64/16 mit der Tragweite des Costa/ENEL-Urteils (Fn. 7) vergleicht.

32 So auch Pech/Platon, Judicial Independence under threat: The Court of Justice to the rescue in the ASJP case, CMLRev 55/2018, 1827 (1836).

33 Jaeger, Gerichtsorganisation und EU-Recht: Eine Standortbestimmung, EuR 2018, 611 (623).

34 Lenarts (Fn. 18), GLJ 21/2020, 29 (33).

35 Giegerich (Fn. 3), ZEuS 1/2019, 61 (73).

36 Giegerich (Fn. 3), ZEuS 1/2019, 61 (73).

37 EuGH, Rs. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531 – Kommission/Polen Rn. 52; so auch Lenarts (Fn. 18), GLJ 21/2020, 29 (33).

38 Vgl. etwa Müller (Fn. 3); Moberg (Fn. 4), S. 59 (71 f.).

39 Müller (Fn. 3); auf eine tiefergehende Darstellung dessen muss hier verzichtet werden, eine nähere Beschreibung findet sich aber etwa bei Konciewicz, From Constitutional to Political Justice: The Tragic Trajectories of the Polish Constitutional Court, Verfassungsblog, 27.2.2019, <https://verfassungsblog.de/from-constitutional-to-political-justice-the-tragic-trajectories-of-the-polish-constitutional-court/>, zuletzt abgerufen am 8.7.2021, und bei Brauneck, Rettet die EU den Rechtsstaat Polen?, NVwZ 2018, 1423 (1424).

40 Diese darstellend auch Brauneck (Fn. 39), NVwZ 2018, 1423 (1425).

41 Von der Kommission eingeleitete Vertragsverletzungsverfahren sind in der Praxis der Regelfall (Gurreck/Otto, Das Vertragsverletzungsverfahren, JuS 2015, 1079 (1079)), weshalb sich die nachfolgenden Ausführungen auf diese beschränken.

42 Streinz/Ehricke, EUV/AEU, 3. Auflage (2018), Art. 258 AEUV Rn. 1; Pechstein, EU-Prozessrecht, 4. Auflage (2011), Rn. 253.

43 Streinz/Ehricke (Fn. 42), Art. 258 AEUV Rn. 38; das Urteil hat dabei aber weder rechtstitelverleihende noch rechtsgestaltende Wirkung, Gurreck/Otto (Fn. 41), JuS 2015, 1079 (1081).

44 Diese Befugnisse werden jedoch nur selten angewandt, Grabitz/Hilf/Nettesheim/Karpenstein (Fn. 11), Art. 258 AEUV Rn. 81.

45 Vgl. etwa EuGH, Rs. C-61/77 R, Slg. 1977, 1411 – Irische Fischereimaßnahmen; Rs. C-42/82 R, Slg. 1982, 841 – Weinkrieg II; Grabitz/Hilf/Nettesheim/Karpenstein (Fn. 11), Art. 258 AEUV Rn. 82.

2. Vertragsverletzungsverfahren gegen Polen

Anlässlich der erwähnten Justizreformen in Polen hat die Kommission in jüngerer Vergangenheit mehrere Vertragsverletzungsverfahren gegen Polen eingeleitet. Bemerkenswert ist an dieser Stelle insbesondere, dass in diesen, im Folgenden dargestellten Verfahren, erstmals auch die systemische Verletzung von Grundwerten des Art. 2 EUV – konkretisiert durch Art. 19 EUV – zum Klagegegenstand gemacht wurde, nachdem durch frühere Vertragsverletzungsverfahren⁴⁶ der Eindruck entstanden war, diese wären nur zur Feststellung von Detailverletzungen geeignet.⁴⁷ Diese Entwicklung verdeutlicht einmal mehr die oben (B.) dargestellte Schlüsselwirkung des EuGH-Urteils in der Rs. Portugiesische Richter.

a) Rs. C-619/18

Am 24.6.2019 erging die Entscheidung des EuGH zu einer am 2.10.2018 von der Kommission eingereichten Vertragsverletzungsklage. Gegenstand dieser war das im Dezember 2017 verabschiedete polnische Gesetz zum Obersten Gericht, das u.a. eine gesetzliche Herabsetzung des obligatorischen Pensionseintrittsalters der Richter:innen vorsah,⁴⁸ wobei die Amtszeit im Einzelfall durch eine nach freiem Ermessen getroffene Entscheidung des:der Staatspräsident:in verlängert werden konnte.⁴⁹ Der EuGH kam dabei zu dem Ergebnis, dass diese Bestimmungen gegen die sich aus Art. 19 I UAbs. 2 EUV ergebende Pflicht der Mitgliedstaaten zur Gewährleistung der richterlichen Unabhängigkeit, welche u.a. auch die Unabsetzbarkeit erfordert,⁵⁰ verstoßen.⁵¹ Diese Entscheidung stellt insofern eine direkte Fortsetzung und damit Bestätigung der in der Sache Portugiesische Richter entwickelten Rechtsprechungswende dar.⁵²

Außerdem erwähnenswert ist im Kontext dieser Rechts-sache, dass die in Frage stehenden gesetzlichen Regelungen zum Zeitpunkt der Entscheidung des EuGH nicht mehr in Kraft waren,⁵³ nachdem der EuGH zuvor einem Antrag

der Kommission auf Erlass einer einstweiligen Anordnung in vollem Umfang stattgegeben hatte.⁵⁴ Angesichts dessen, dass es sich bei dem Erlass solcher eher um eine Seltenheit handelt,⁵⁵ ist dies mehr als nur bemerkenswert und zeigt das Engagement des EuGH in Bezug auf die Gewährleistung der Rechtsstaatlichkeit.⁵⁶ Überdies war die Klage dem beschleunigten Verfahren unterworfen worden,⁵⁷ was nochmals das Bewusstsein für die Bedeutung der Entscheidung illustriert.

b) Rs. C-192/18

Gegenstand eines weiteren Vertragsverletzungsverfahrens waren die gesetzlichen Reformierungen der ordentlichen Gerichte von Juli 2017, welche ebenfalls die Herabsetzung des Renteneintrittsalters der amtierenden Richter:innen bei paralleler Befugnis des:der Justizminister:in zur Verlängerung der Dienstzeit im Einzelfall beinhalteten.⁵⁸ Mit seinem Urteil vom 5.11.2019 hat der EuGH u.a. festgestellt, dass diese Regelungen auch bei den ordentlichen Gerichten eine Verletzung des Unionsrechts begründen.⁵⁹ Im Zuge seiner Ausführungen hat der EuGH dabei zusätzlich zu dem in der Rs. Portugiesische Richter ergangenen nun auch immer wieder auf das im vorgenannten Vertragsverletzungsverfahren gefällte Urteil verwiesen;⁶⁰ die Entscheidung des EuGH in der Rs. C-192/18 reiht sich damit in die vorliegend dargestellte Rechtsprechungslinie ein. Da auch in dieser Sache die beanstandeten Vorschriften zum Zeitpunkt des Urteils nicht mehr in Kraft waren, besteht die Bedeutung dieser Entscheidung primär in der Verfestigung und Begründung der zu ihr führenden Rechtsauffassungen.⁶¹

c) Rs. C-791/19

Ein drittes Verfahren⁶² richtete sich gegen die im Zuge des neuen Gesetzes über das Oberste Gericht erlassene

⁴⁶ Beispielhaft kann hier das Vertragsverletzungsverfahren gegen Ungarn in der Rs. C-286/12 anlässlich einer Absenkung der richterlichen Altersgrenze genannt werden, in welchem Klagegegenstand nur der Verstoß gegen die Gleichbehandlung im Beruf gebietende Richtlinie 2000/78/EG war, nicht aber eine Verletzung der richterlichen Unabhängigkeit, EuGH, Rs. C-286/12, ECLI:EU:C:2012:687 – Kommission/Ungarn; so auch *Giegerich* (Fn. 3), ZEuS 1/2019, 61 (90).

⁴⁷ *Giegerich* (Fn. 3), ZEuS 1/2019, 61 (90 f.).

⁴⁸ Diese galt nicht etwa nur für die Zukunft, sondern betraf auch die bereits amtierenden Richter:innen, EuGH, Rs. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531 – Kommission/Polen Rn. 26.

⁴⁹ EuGH, Rs. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531 – Kommission/Polen Rn. 9 ff.

⁵⁰ EuGH, Rs. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531 – Kommission/Polen Rn. 75 f.

⁵¹ EuGH, Rs. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531 – Kommission/Polen Rn. 96, 123 f.; dies so zusammenfassend auch *Schorkopf* (Fn. 20), NJW 2019, 3418 (3421).

⁵² *Torres Pérez* (Fn. 19), MJ 27/2020, 105 (108); *Schorkopf* (Fn. 20), NJW 2019, 3418 (3421).

⁵³ Was die Klage indes nicht gegenstandslos macht, s. EuGH, Rs.

C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531 – Kommission/Polen Rn. 31; maßgeblicher Zeitpunkt für die Vertragsverletzung ist der Ablauf der in der letzten begründeten Stellungnahme durch die Kommission festgelegte Frist, s. nur EuGH, Rs. C-196/07, Slg. 2008, I-41 – Kommission/Spanien Rn. 25; *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Karpenstein* (Fn. 11), Art. 258 AEUV Rn. 60.

⁵⁴ EuGH, Beschluss v. 19.10.2018, Rs. C-619/18 R, ECLI:EU:C:2018:852; dies ebenfalls hervorhebend *Schiffauer* (Fn. 3), EuGRZ 2019, 549 (560); *Giegerich* (Fn. 3), ZEuS 1/2019, 61 (92).

⁵⁵ *Jelić/Kapetanakis*, European Judicial Supervision of the Rule of Law: The Protection of the Independence of National Judges by the CJEU and the ECtHR, Hague J Rule Law 13/2021, 45 (67).

⁵⁶ *Sarmiento*, Interim Revolutions: the CJEU gives it first interim measures ruling on the rule of law in Poland, EU Law Analysis, 22.10.2018, <https://eulawanalysis.blogspot.com/2018/10/interim-revolutions-cjeu-gives-its.html>, zuletzt abgerufen am 09.07.2021; *Schiffauer* (Fn. 3), EuGRZ 2019, 549 (560).

⁵⁷ EuGH, Beschluss v. 18.11.2018, Rs. C-619/18 R, ECLI:EU:C:2018:910.

⁵⁸ EuGH, Rs. C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924 – Kommission/Polen Rn. 14 ff.

⁵⁹ EuGH, Rs. C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924 – Kommission/Polen Rn. 136.

⁶⁰ EuGH, Rs. C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924 – Kommission/Polen Rn. 98 ff., 108 ff.

⁶¹ *Schiffauer* (Fn. 3), EuGRZ 2019, 549 (560).

⁶² EuGH, Rs. C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596 – Kommission/Polen.

Disziplinarordnung, speziell gegen die auf dieser Grundlage eingerichtete Disziplinarkammer, welche für Disziplinarsachen gegen Richter:innen zuständig ist. Als problematisch erachtete die Kommission insbesondere, dass deren Besetzung auf Vorschlag des Landesjustizrates erfolgt, dessen Mitglieder wiederum weit überwiegend von der Legislative bzw. Exekutive ernannt oder gewählt werden; die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Disziplinarkammer sei damit zu bezweifeln.⁶³

Der EuGH hat im laufenden Verfahren einem Antrag der Kommission auf einstweilige Anordnungen stattgegeben, womit Polen verpflichtet wurde, die betreffenden Bestimmungen außer Kraft und somit jede Tätigkeit der Disziplinarkammer bis zur endgültigen Entscheidung des Gerichts auszusetzen.⁶⁴ Dabei ist er, soweit erkennbar, weiter gegangen als je zuvor, indem er festgestellt hat, dass eine Einrichtung wie die Disziplinarkammer aufgrund des Umfangs ihrer Disziplinargerichtsbarkeit und der Tatsache, dass ein Mangel an Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, einen schwerwiegenden und irreparablen Schaden für das Unionsrecht bewirken kann.⁶⁵ Ungeachtet dessen setzte die Disziplinarkammer ihre Tätigkeit weiter fort.⁶⁶ In seinem Urteil vom 15.7.2021 hat der EuGH schließlich bestätigt, dass die nach Art. 19 I UAbs. 2 EUV erforderlichen Kriterien der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit im Falle der Disziplinarkammer sowohl mit Hinblick auf das Verfahren zur Ernennung ihrer Mitglieder als auch unter Berücksichtigung der Gesamtschau der die polnische Justiz betreffenden Reformen nicht gewährleistet seien,⁶⁷ insbesondere entstünden »berechtigte Zweifel an ihrer Unempfänglichkeit [...] für unmittelbare oder mittelbare Einflussnahmen durch die Legislative und die Exekutive«⁶⁸. Nachdem die polnische Regierung das Urteil des EuGH zunächst noch vollumfänglich zurückgewiesen hatte,⁶⁹ verkündete sie am 7.8.2021 die zukünftige Abschaffung der Disziplinarkammer in ihrer derzeitigen Gestalt.⁷⁰

⁶³ EuGH, Beschluss v. 08.04.20, Rs. C-791/19 R, ECLI:EU:C:2020:277, Rn. 53 ff.

⁶⁴ EuGH, Beschluss v. 08.04.20, Rs. C-791/19 R, ECLI:EU:C:2020:277, Rn. 114.

⁶⁵ EuGH, Beschluss v. 08.04.20, Rs. C-791/19 R, ECLI:EU:C:2020:277, Rn. 93; *Pech*, Protecting Polish judges from Poland's Disciplinary 'Star Chamber': Commission v Poland. Case C-791/19 R, Order of the Court (Grand Chamber) of 8 April 2020, EU:C:2020:277, 29.08.2020, S. 8, <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3683683>.

⁶⁶ Legal Tribune Online, EU-Kommission droht Polen mit weiterer Klage, 27.01.2021, <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/justizreform-polen-kommission-droht-mit-weiterer-klage/>, zuletzt abgerufen am 06.07.2021.

⁶⁷ EuGH, Rs. C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596 – Kommission/Polen Rn. 113.

⁶⁸ EuGH, Rs. C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596 – Kommission/Polen Rn. 112.

⁶⁹ *Sehl/Cremer*, EuGH verurteilt Polen wegen Richter-Disziplinarkammer – Wohin führt der Justiz-Streit in Europa?, Legal Tribune Online, 15.07.2021, <https://www.lto.de/recht/justiz/j/eugh-c791-19-disziplinarkammer-polen-unabhaengigkeit-justiz-verstoss-eu-recht-pis-partei-eugh-bverfg/>, zuletzt abgerufen am 5.9.2021.

⁷⁰ *Hassel*, Manövriert Warschau das EuGH-Urteil aus?, Süddeutsche Zei-

d) Rs. C-204/21 R

Im April 2020 leitete die Kommission ein weiteres Vertragsverletzungsverfahren gegen Polen ein. Gegenstand dessen ist das im Dezember 2019 verabschiedete Justiz-Gesetz⁷¹, welches u.a. die Möglichkeiten zur Disziplinierung von Richter:innen erweitert⁷² sowie diese darin hindert, Bestimmungen des EU-Rechts zur Gewährleistung der richterlichen Unabhängigkeit anzuwenden und sich mit Vorabentscheidungsersuchen zur Klärung entsprechender Fragen an den EuGH zu wenden.⁷³ Erst fast ein Jahr nach Verfahrenseinleitung, namentlich am 31.3.2021, leitete die Kommission schließlich das Klageverfahren vor dem EuGH ein.⁷⁴ Ein endgültiges Urteil des Gerichtshofs steht noch aus. In einer einstweiligen Anordnung vom 14.7.2021 verfügte er aber, die betreffenden Vorschriften bis dahin auszusetzen;⁷⁵ dies verlangt letztlich eine vollständige Einstellung aller Tätigkeiten der Disziplinarkammer.⁷⁶ Außerdem ordnete der EuGH eine vorübergehende Aufhebung der von der Disziplinarkammer bereits getroffenen Entscheidungen an.⁷⁷ Einen Antrag Polens auf Aufhebung dieser Anordnungen lehnte der Gerichtshof mit Beschluss vom 6.10.2021 ab.⁷⁸

tung, 9.8.2021, <https://www.sueddeutsche.de/politik/polen-justiz-eugh-manoever-1.5377900>, zuletzt abgerufen am 5.9.2021.

⁷¹ Dieses wird in der Literatur wegen der damit intendierten Einschüchterung von Richter:innen und Verhinderung von Regierungskritik vielfach als »muzzle law« (deutsch: Maulkorb-Gesetz) bezeichnet; so etwa *Pech*, Polish ruling party's »fake judges« before the European Court of Justice: Some comments on (decided) Case C-824/18 AB and (pending) Case C-132/20 Getin Noble Bank, EU Law Analysis, 7.3.2021, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2021/03/polish-ruling-partys-fake-judges-before.html>, zuletzt abgerufen am 6.7.2021; *Pech/Sadurski/Scheppele*, Open Letter to the President of the European Commission regarding Poland's »Muzzle Law«, Verfassungsblog, 9.3.2020, <https://verfassungsblog.de/open-letter-to-the-president-of-the-european-commission-regarding-polands-muzzle-law/>, zuletzt abgerufen am 6.7.2021.

⁷² Insbesondere wurde der Begriff des Disziplinarvergehens einmal mehr weiter gefasst, sodass es in einer noch größeren Zahl an Fällen als zuvor schon möglich wurde, den Inhalt gerichtlicher Entscheidungen als Disziplinarvergehen einzustufen, Europäische Kommission, Rechtsstaatlichkeit – Europäische Kommission leitet Vertragsverletzungsverfahren zum Schutz der Unabhängigkeit polnischer Richter ein, IP/20/772, 29.4.2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_20_772, zuletzt abgerufen am 5.9.2021.

⁷³ Europäische Kommission (Fn. 72).

⁷⁴ Europäische Kommission, Rechtsstaatlichkeit: Europäische Kommission verklagt Polen vor dem Gerichtshof der Europäischen Union, um Unabhängigkeit polnischer Richterinnen und Richter zu schützen, und fordert einstweilige Anordnungen, IP/21/1524, 31.03.2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_21_1524, zuletzt abgerufen am 06.07.2021; das lange Warten der Kommission bis zur Klageeinreichung ist teilweise auf starke Kritik gestoßen, vgl. dazu etwa *Pech* (Fn. 71).

⁷⁵ EuGH, Beschluss v. 14.07.2021, Rs. C-204/21 R, ECLI:EU:C:2021:593 – Kommission/Polen Rn. 255.

⁷⁶ *Pech*, Protecting Polish Judges from Political Control, A brief analysis of the ECJ's infringement ruling in Case C-791/19 (disciplinary regime for judges) and order in Case C-204/21 R (muzzle law), Verfassungsblog, 20.07.2021, <https://verfassungsblog.de/protecting-polish-judges-from-political-control/>, zuletzt abgerufen am 5.9.2021.

⁷⁷ EuGH, Beschluss v. 14.07.2021, Rs. C-204/21 R, ECLI:EU:C:2021:593 – Kommission/Polen Rn. 255; *Pech* (Fn. 76).

⁷⁸ EuGH, Beschluss v. 6.10.2021, Rs. C-204/21 R-RAP, EC-

II. Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV)

1. Wesen und Funktion des Vorabentscheidungsverfahrens

Das zweite relevante Verfahren, in welchem der EuGH direkt auf die Gewährleistung der Rechtsstaatlichkeit in den Mitgliedstaaten hinwirken kann, ist das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV. Bei diesem können⁷⁹ nationale Gerichte dem EuGH entscheidungserhebliche unionsrechtliche Fragen unter Aussetzung des bei ihnen anhängigen Gerichtsverfahrens zur inzidenten Klärung vorlegen.⁸⁰ Es handelt sich somit um ein »Instrument der Zusammenarbeit zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten«⁸¹, mit dem die Einheit und Einhaltung des Unionsrecht gewahrt werden soll.⁸² Die Auslegung des Unionsrechts bildet in diesem Verfahren die Urteilsformel; ihre Anwendung bleibt den nationalen Gerichten überlassen.⁸³ Im Gegensatz zur Entscheidung im Vertragsverletzungsverfahren, welche bloß inter partes bindet, entfaltet diese Auslegung Wirkung inter omnes.⁸⁴

2. Vorabentscheidungsverfahren anlässlich der polnischen Justizreformen

Den EuGH haben in jüngerer Vergangenheit mehrere Vorabentscheidungsersuchen angesichts der in Polen seit 2015 mehr und mehr erodierenden Rechtsstaatlichkeit erreicht, von denen hier zwei beispielhaft dargestellt werden.⁸⁵

a) Verb. Rs. C-585/18, C-624/18 und C-625/18

In dem Vorabentscheidungsverfahren in den verb. Rs. C-585/18, C-624/18 und C-625/18 haben sich drei polnische Richter in eigener Sache an den EuGH gewendet. Dabei ging es u.a. um die Frage, ob das vorliegende Gericht trotz der eigentlichen Zuständigkeit der beim Obersten Gericht neu eingerichteten Disziplinarkammer verpflichtet sei, die nationalen Bestimmungen bzgl. der gerichtlichen Zuständigkeiten wegen Zweifeln an der Unabhängigkeit der betreffenden Kammer⁸⁶ unangewendet zu lassen und die

inhaltliche Klärung dieser Rechtssachen ggf. selbst zu übernehmen.⁸⁷

In seinem Urteil vom 19.11.2019 hat der EuGH dazu festgestellt, dass das durch Art. 47 GrCh garantierte Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf verletzt wird, wenn für Rechtsstreitigkeiten über die Anwendung von Unionsrecht eine Einrichtung zuständig ist, die kein unabhängiges und unparteiisches Gericht ist.⁸⁸ Das vorliegende Gericht musste somit prüfen, ob die Disziplinarkammer unabhängig ist, um feststellen zu können, ob diese über Rechtsstreitigkeiten entscheiden kann, oder ob dies von einem anderen Gericht zu übernehmen ist, das die Unabhängigkeitsbedingung erfüllt.⁸⁹ Eine Anwendung der getroffenen Auslegung des Unionsrechts durch den EuGH hat, dem Charakter des Art. 267 AEUV entsprechend,⁹⁰ somit nicht stattgefunden; doch hat der Gerichtshof unter Hinweis auf die Disziplinarkammer direkt kennzeichnende Faktoren kaum einen Zweifel daran gelassen, wie die Unabhängigkeit der Disziplinarkammer aus seiner Sicht zu beurteilen ist.⁹¹ Das polnische Oberste Gericht kam unter Anwendung der vom EuGH bereitgestellten Auslegung zu dem Schluss, dass die Disziplinarkammer kein unabhängiges Gericht sei und die von ihr getroffenen Entscheidungen damit nichtig.⁹² Das von der Disziplinarkammer daraufhin angerufene Verfassungsgericht setzte diesen Beschluss aber als verfassungswidrig aus.⁹³ Wie bereits gesehen⁹⁴ setzte die Disziplinarkammer ihre Tätigkeit weiter fort.

b) Rs. C-824/18

Ein am 2.3.2021 ergangenes Vorabentscheidungsurteil des EuGH betraf das Erfordernis eines Rechtsbehelfs im Zusammenhang mit der Besetzung des polnischen Obersten Gerichts.⁹⁵

Fünf Richter:innen hatten zuvor Beschwerde beim Obersten Verwaltungsgericht eingelegt gegen die Entscheidung des Landesjustizrates, sie nicht für einen Richterposten beim Obersten Gericht vorzuschlagen. Eine Gesetzesänderung vom Juli 2018 sah vor, dass die Entscheidung des Landesjustizrates bestandskräftig wurde, wenn sie nicht von allen Teilnehmer:innen des Auswahlverfahrens⁹⁶ angefochten

LI:EU:C:2021:834 – Kommission/Polen.

⁷⁹ Letztinstanzliche Gerichte sind gem. Art 267 IV AEUV gar vorlageverpflichtet.

⁸⁰ Mächtle, Das Vorabentscheidungsverfahren, JuS 2015, 314 (314).

⁸¹ So etwa EuGH, verb. Rs. C-297/88, C-197/89, Slg. 1990, I-3763 – Dzodzi Rn. 33; Rs. C-379/98, Slg. 2001, I-2099 – Preussen Elektra Rn. 8; Rs. C-35/99, Slg. 2002, I-1529 – Arduino Rn. 24.

⁸² Grabitz/Hilf/Nettesheim/Karpenstein (Fn. 11), Art. 267 AEUV Rn. 1 f.

⁸³ Schiffauer (Fn. 3), EuGRZ 2019, 549 (559).

⁸⁴ Schiffauer (Fn. 3), EuGRZ 2019, 549 (560).

⁸⁵ Auf die Darstellung weiterer Vorabentscheidungsverfahren muss hier des Umfangs wegen verzichtet werden. Das jüngste Urteil des EuGH anlässlich der polnischen Rechtsstaatskrise erging am 6.10.2021, EuGH, Rs. C-487/19, ECLI:EU:C:2021:798 – W.Ż.; in diesem stellte er fest, dass nicht einvernehmliche Versetzungen von Richter:innen an andere Gerichte oder zwischen zwei Abteilungen desselben Gerichts gegen die Grundsätze der Unabsetzbarkeit von Richter:innen und der richterlichen Unabhängigkeit verstoßen können.

⁸⁶ Siehe dazu bereits C.I.2.c).

⁸⁷ EuGH, verb. Rs. C-585/18, C-624/18, C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982 – A.K. Rn. 39 ff., 51 f.

⁸⁸ EuGH, verb. Rs. C-585/18, C-624/18, C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982 – A.K. Rn. 119 ff.

⁸⁹ EuGH, verb. Rs. C-585/18, C-624/18, C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982 – A.K. Rn. 153 ff.

⁹⁰ EuGH, verb. Rs. C-585/18, C-624/18, C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982 – A.K. Rn. 132.

⁹¹ EuGH, verb. Rs. C-585/18, C-624/18, C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982 – A.K. Rn. 133 ff.; so auch Müller (Fn. 3).

⁹² Polnisches Oberstes Gericht, Beschluss v. 23.1.2020, BSA I-4110-1/20.

⁹³ Polnisches Verfassungsgericht, Urteil v. 20.4.2020, U 2/20.

⁹⁴ Siehe C.I.2.c).

⁹⁵ EuGH, Rs. C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153 – A.B. u.a.

⁹⁶ Also einschließlich derer, die zur Ernennung vorgeschlagen wurden und bei denen damit kaum ein Interesse daran bestehen konnte, gegen die Entscheidung vorzugehen, EuGH, Rs. C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153 – A.B.

wurde.⁹⁷ Während deshalb bereits die Effektivität des dato bestehenden Rechtsbehelfs ernsthaft anzuzweifeln war,⁹⁸ wurde derselbe im Wege einer erneuten Gesetzesänderung im Jahr 2019 gar vollständig abgeschafft.⁹⁹ Gleichzeitig wurden dabei alle noch anhängigen Beschwerden für erledigt erklärt und dem vorlegenden Gericht so letztlich die Zuständigkeit für die Entscheidung über diese Rechtsbehelfe sowie die Gelegenheit genommen, eine Antwort auf die an den EuGH gerichteten Vorlagefragen zu erhalten.¹⁰⁰ Ergänzend hat das vorlegende Gericht dem Gerichtshof deshalb die Frage nach der Vereinbarkeit dieser neuen Bestimmungen mit dem Unionsrecht vorgelegt.¹⁰¹

In seinem Urteil führte der EuGH aus, dass das Fehlen von Rechtsmitteln im Ernennungsverfahren zu einem nationalen Gericht zwar grundsätzlich gerechtfertigt sein könne, dies aber dann nicht der Fall sei, wenn der konkrete nationale Kontext »systemische Zweifel an der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit« der in diesem Verfahren ernannten Richter:innen wecken kann.¹⁰² Solche Zweifel können besonders dann entstehen, wenn die Unabhängigkeit einer Einrichtung wie des für die Ernennung verantwortlichen Landesjustizrates¹⁰³ in Frage gestellt wird.¹⁰⁴ Sollte dieser tatsächlich keine ausreichenden Garantien für seine Unabhängigkeit bieten, wäre das Vorhandensein eines den erfolglosen Kandidat:innen zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfs erforderlich, um diese Zweifel zu zerstreuen.¹⁰⁵ Wie im zuvor dargestellten Verfahren ließ der EuGH auch hier klar erkennen, wie diese vom nationalen Gericht vorzunehmende Beurteilung seiner Ansicht nach ausfallen müsste.¹⁰⁶ Dabei hat er einmal mehr bekräftigt, dass die EU-Mitgliedstaaten das in Art. 19 EUV zum Ausdruck kommende Erfordernis der richterlichen Unabhängigkeit respektieren müssen¹⁰⁷, und das nationale Gericht an seine Verpflichtung erinnert, die betreffenden Bestimmungen bei der Feststellung eines Verstoßes dagegen unangewendet zu lassen.¹⁰⁸ Erwähnens-

wert ist zudem die Feststellung des Gerichtshofs, dass gegen Art. 267 AEUV und den in Art. 4 III UAbs. 3 EUV verankerten Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit verstoßen wird, wenn nationale Bestimmungen dahingehend geändert werden, dass der EuGH daran gehindert wird, über ihm vorgelegte Fragen zu entscheiden und nationalen Gerichten die Möglichkeit genommen wird, zukünftig ähnliche Ersuchen einzureichen.¹⁰⁹

D. Grenzen der Möglichkeiten des EuGH

An die Darstellung der Möglichkeiten des EuGH zur gerichtlichen Durchsetzung der Rechtsstaatlichkeit schließt sich zwangsläufig die Frage danach an, wo sein Wirken seine Grenzen erreicht.

I. Probleme der tatsächlichen Durchsetzbarkeit

Wie es die Tatsache, dass die polnische Disziplinkammer ihre Tätigkeit trotz entgegengesetzter Entscheidungen des EuGH weiter fortsetzte, bereits erahnen lässt, liegt eine dieser Grenzen in der tatsächlichen Durchsetzbarkeit seiner Urteile.

Im Rahmen des Vertragsverletzungsverfahrens besteht für den Fall der Nichtbefolgung des ergangenen Urteils mit der Regelung des Art. 260 II AEUV die Möglichkeit der Anordnung eines Pauschalbetrages oder eines Zwangsgeldes durch den EuGH nach erneuter Klage der Kommission. Von dieser Möglichkeit machte der Gerichtshof mit Beschluss vom 27.10.2021 im Kontext der polnischen Rechtsstaatskrise erstmals Gebrauch, indem er dem Antrag der Kommission auf finanzielle Sanktionen gegen Polen wegen Nichtumsetzung der einstweiligen Anordnung vom 14.7.2021 (Rs. C-204/21 R) stattgab und ein Zwangsgeld in Höhe von 1 000 000 Euro pro Tag verhängte.¹¹⁰

Bewirkt allerdings auch dies kein Einlenken des Mitgliedstaates, so ist eine Sackgasse erreicht.¹¹¹ Insbesondere die Möglichkeit einer Vollstreckung wird von der wohl überwiegend vertretenen Ansicht verneint, schließen die Art. 280, 299 I AEUV eine Vollstreckung gegenüber Mitgliedstaaten doch gerade aus.¹¹² Zudem wäre eine solche auch rein praktisch kaum zu realisieren.¹¹³ Möglich wäre

betont der EuGH noch einmal den Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts, der sich auch auf nationale Vorschriften von Verfassungsrang erstreckt, EuGH, Rs. C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153 – A.B. u.a. Rn. 148 ff.; *Jelić/Kapetanakis* (Fn. 55), 45 (52).

¹⁰⁹ EuGH, Rs. C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153 – A.B. u.a. Rn. 95; *Pech* (Fn. 71).

¹¹⁰ EuGH, Beschluss v. 27.10.2021, Rs. C-204/21 R, ECLI:EU:C:2021:878 – Kommission/Polen.

¹¹¹ So auch *Schiffauer* (Fn. 3), EuGRZ 2020, 549 (563).

¹¹² So etwa v. der Groeben/Schwarze/Hatje/*Wunderlich*, Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage (2015), Art. 260 AEUV Rn. 39; *Bieber/Epiney/Haag/Kotzur*, Die Europäische Union – Europarecht und Politik, 14. Auflage (2021), S. 277; a.A. z.B. bei *Klamert*, Die Durchsetzung finanzieller Sanktionen gegenüber Mitgliedstaaten, EuR 2018, 159 (169).

¹¹³ *Mayer/Steinbeis*, Polen, die EU und das Ende der Welt, wie wir sie kennen: ein Interview mit Franz Mayer, Verfassungsblog, 26.1.2020, <https://>

u.a. Rn. 35.

⁹⁷ EuGH, Rs. C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153 – A.B. u.a. Rn. 23.

⁹⁸ So taten dies auch das vorlegende Gericht in seinen Fragen an den EuGH sowie letzterer in seinem Urteil, EuGH, Rs. C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153 – A.B. u.a. Rn. 45, 157.

⁹⁹ *Jelić/Kapetanakis* (Fn. 55), 45 (51).

¹⁰⁰ EuGH, Rs. C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153 – A.B. u.a. Rn. 56 f.; Legal Tribune Online, Polens Besetzung des Obersten Gerichts könnte rechtswidrig sein, 2.3.2021, <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/eugh-c824-18-polen-besetzung-oberstes-gericht-rechtsbehelf-gesetzesanderung-unionsrechtswidrig/>, zuletzt abgerufen am 5.7.2021.

¹⁰¹ EuGH, Rs. C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153 – A.B. u.a. Rn. 58; Legal Tribune Online (Fn. 100).

¹⁰² EuGH, Rs. C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153 – A.B. u.a. Rn. 129; *Jelić/Kapetanakis* (Fn. 55), 45 (51).

¹⁰³ Siehe dazu bereits C.I.2.c).

¹⁰⁴ EuGH, Rs. C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153 – A.B. u.a. Rn. 130; *Jelić/Kapetanakis* (Fn. 55), 45 (51).

¹⁰⁵ EuGH, Rs. C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153 – A.B. u.a. Rn. 136; *Jelić/Kapetanakis* (Fn. 55), 45 (51).

¹⁰⁶ EuGH, Rs. C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153 – A.B. u.a. Rn. 136; *Jelić/Kapetanakis* (Fn. 55), 45 (51).

¹⁰⁷ EuGH, Rs. C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153 – A.B. u.a. Rn. 146; *Pech* (Fn. 71).

¹⁰⁸ EuGH, Rs. C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153 – A.B. u.a. Rn. 140; dabei

mit der herrschenden Meinung noch eine Aufrechnung von Haushaltsansprüchen der Mitgliedstaaten gegen die Union.¹¹⁴ Dabei ist indes zu beachten, dass damit nicht nur den Regierungen des jeweiligen Mitgliedstaates geschadet wird; gleichzeitig kann so auch die Durchführung von im Unionsinteresse liegenden Maßnahmen gefährdet und den wirtschafts-, infrastruktur- und sozialpolitischen Zielen der EU selbst geschadet werden.¹¹⁵

Weiterhin besteht grundsätzlich die Gefahr von unumkehrbaren Maßnahmen, wenn im Zuge von Justizreformen Strukturen geschaffen werden, welche einmal installiert nicht so leicht rückgängig zu machen sind.¹¹⁶ In den Vertragsverletzungsverfahren in den Rs. C-619/18 und C-192/18 waren die beanstandeten Regelungen zum Zeitpunkt der Entscheidung des EuGH jeweils nicht mehr in Kraft.¹¹⁷ Sie wurden jedoch ersetzt durch solche ähnlicher Zielrichtung,¹¹⁸ deren Rechtsstaatlichkeit und Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht zwar ebenfalls zweifelhaft erscheint, durch das – sich auf die bereits außer Kraft gesetzten Regelungen beziehende – Urteil des EuGH aber noch nicht geklärt ist.¹¹⁹ Ähnliches droht in Bezug auf die polnische Disziplinarkammer, deren Abschaffung nach dem EuGH-Urteil in der Rs. C-791/19 zwar angekündigt wurde, jedoch nur »in der Gestalt, in der sie gegenwärtig funktioniert«¹²⁰. Gegen neu geschaffene Regelungen müssen also immer neue Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet werden, weshalb der Konflikt zwischen dem EuGH und den die Rechtsstaatlichkeit besneidenden Mitgliedstaaten auszugehen droht wie »das berühmte Wettrennen zwischen Hase und Igel«¹²¹. Im Zusammenhang damit ist außerdem nicht zu vergessen, dass der EuGH nicht eigeninitiativ tätig werden kann, sondern auf die Einleitung der Verfahren etwa durch die Kommission oder nationale Gerichte angewiesen ist. Dies kann im Kontext der Wahrung der Rechtsstaatlichkeit insbesondere deshalb zum Problem werden, weil die Kommission zuletzt eher mit einer abwartenden denn einer proaktiven Haltung aufgefallen ist.¹²² Einer Anzahl von 35 Vorabentscheidungsersuchen, die dem EuGH anlässlich der Rechtsstaatskrise in Polen von polnischen Gerichten vorgelegt wurden, stehen

bloß vier Vertragsverletzungsklagen gegenüber, die die Kommission bisher beim Gerichtshof eingereicht hat.¹²³

II. Spannungsverhältnis zwischen dem EuGH und den nationalen Gerichten

Direkt verbunden mit diesen konkret benannten Problemen der praktischen Durchsetzbarkeit ist zudem ein ganz grundlegender Konflikt. Namentlich geht es dabei um den bereits erwähnten Anwendungsvorrang des Unionsrechts (s. B.); zumindest aus EU-Perspektive gilt dieser als absolut.¹²⁴ In vielen Mitgliedstaaten der EU hat sich in den letzten Jahren indes eine Rechtsprechungsentwicklung¹²⁵ vollzogen, in der vermehrt etwaige, sich aus der nationalen Verfassungsidentität ergebende Schranken des Unionsrechts in den Blick genommen und Urteile des EuGH für nicht oder nur eingeschränkt anwendbar erklärt wurden.¹²⁶ Das wiederholte Infragestellen des Vorrangs des Unionsrechts schwächt nicht nur generell die Autorität des EuGH; es droht auch dem Vorabentscheidungsverfahren, als das zentrale Mittel zur Wahrung der Einhaltung und Einheitlichkeit des Unionsrechts,¹²⁷ insofern seine Wirksamkeit zu nehmen, als dass dieses eine vertrauensvolle Zusammenarbeit der Gerichte und deren volle Unabhängigkeit voraussetzt.¹²⁸

Im Kontext des Spannungsverhältnisses zwischen den nationalen Gerichten und dem EuGH lässt sich auch das PSPP-Urteil des BVerfG¹²⁹ vom 5.5.2020 verorten, welches für großes Aufsehen gesorgt hat und insbesondere von der polnischen Regierung mit großem Wohlwollen zur Kenntnis genommen worden sein dürfte.¹³⁰ Dieselbe hat den oben

verfassungsblog.de/polen-die-eu-und-das-ende-der-welt-wie-wir-sie-kennen-ein-interview-mit-franz-mayer/, zuletzt abgerufen am 9.7.2021.

114 Grabitz/Hilf/Nettesheim/Karpenstein (Fn. 11), Art. 260 AEUV Rn. 75; Mayer/Steinbeis (Fn. 113); Müller (Fn. 3); Bieber/Epiney/Haag/Kotzur (Fn. 112), S. 277; vgl. zur a.A. erneut Klamert (Fn. 112), EuR 2018, 159 (171).

115 Müller (Fn. 3); Bieber/Epiney/Haag/Kotzur (Fn. 112), S. 277.

116 Mayer/Steinbeis (Fn. 113); Jelić/Kapetanakis (Fn. 55), 45 (65 f.).

117 Siehe bei C.I.2.a),b).

118 Kaufmann, Warum die EU im Streit mit der PiS nicht aufgeben darf: Polens Justiz kämpft um Unabhängigkeit, Legal Tribune Online, 11.6.2021, <https://www.lto.de/recht/justiz/j/polen-justiz-reformen-pis-eugh-verfahren-disziplinarkammer-unabhaengigkeit-richter-verfassungsgericht/>, zuletzt abgerufen am 9.7.2021.

119 Schiffauer (Fn. 3), EuGRZ 2020, 549 (562).

120 Kaczyński zitiert in Hassel (Fn. 70); es wurden außerdem weder die bereits getroffenen Entscheidungen der Disziplinarkammer aufgehoben noch die anhängigen Verfahren für beendet erklärt, Hassel (Fn. 70).

121 Schiffauer (Fn. 3), EuGRZ 2020, 549 (562).

122 Siehe dazu C.I.2.d).

123 Pech (Fn. 71, eigene Anm.: zum Zeitpunkt der Veröffentlichung waren es erst drei von der Kommission eingeleitete Vertragsverletzungsverfahren).

124 Dazu EuGH, Rs. C-6/64, Slg. 1964, I-1253 – Costa/ENEL; so auch Terhechte, Nationale Gerichte und die Durchsetzung des EU-Rechts, EuR 2020, 569 (577).

125 Beispielhaft dafür EuGH, Rs. C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555 – Taricco (dazu Bassini/Pollicino, The Taricco Decision: A Last Attempt to Avoid a Clash between EU Law and the Italian Constitution, Verfassungsblog, 28.1.2017, <https://verfassungsblog.de/the-taricco-decision-a-last-attempt-to-avoid-a-clash-between-eu-law-and-the-italian-constitution/>, abgerufen am 6.9.2021); Dänisches Oberstes Gericht, Rs. 15/2014, 6.12.2016 – Ajos; Tschechisches Verfassungsgericht, Pl. ÚS 5/12, 31.1.2012, Pl. ÚS 5/12 – Landtová.

126 Terhechte (Fn. 124), EuR 2020, 569, 577 ff.; Müller (Fn. 3).

127 Siehe dazu die Nachweise in Fn. 81, 82.

128 Schiffauer (Fn. 3), EuGRZ 2019, 549, 563; Bieber/Epiney/Haag/Kotzur (Fn. 112), S. 297.

129 BVerfG, BeckRS 2020, 7327; dazu etwa Nettesheim, Das PSPP-Urteil des BVerfG – ein Angriff auf die EU?, NJW 2020, 1631; Kahl, Optimierungspotenzial im »Kooperationsverhältnis« zwischen EuGH und BVerfG, NVwZ 2020, 824; zwar stützt sich das BVerfG in seinem PSPP-Urteil nicht auf eine Verletzung der Verfassungsidentität, sondern auf das Vorliegen eines ultra-vires-Aktes und erkennt den Anwendungsvorrang des Unionsrechts grundsätzlich an (BVerfG, BeckRS 2020, 7327 Rn. 228 f., 234); den Kritiker:innen des EuGH dürfte die Nichtanerkennung seines Urteils dennoch in die Karten spielen, Mayer zitiert in Kaufmann (Fn. 118); Kirchner, Wer hat das letzte Wort in Europa?, Süddeutsche Zeitung, 12.6.2021, <https://www.sueddeutsche.de/politik/bundesverfassungsgericht-eugh-vertragsverletzungsverfahren-1.5319584>, zuletzt abgerufen am 07.07.2021.

130 Biernat, How Far Is It from Warsaw to Luxembourg and Karlsruhe:

dargestellten Urteilen des EuGH unter Verweis auf die sich aus der Verfassungsidentität ergebende ausschließliche Zuständigkeit für die Justizorganisation teilweise ihre Legitimität abgesprochen.¹³¹

Bekräftigt wurde diese Haltung in einer Entscheidung des von der Disziplinarkammer in eigener Sache angerufenen polnischen Verfassungsgerichts vom 14.7.2021, welches einstweilige Anordnungen des EuGH bezüglich der Justiz für nicht mit der polnischen Verfassung vereinbar erklärte.¹³² Noch folgenreicher dürfte jedoch das Urteil desselben vom 7.10.2021 sein. Auf Ersuchen des polnischen Premierministers Mateusz Morawiecki¹³³ erklärte es darin grundlegende Teile des Unionsrechts, darunter Art. 2 EUV und Art. 19 I, Abs. 2 EUV, für nicht vereinbar mit der polnischen Verfassung¹³⁴ und kehrte damit das Vorrangverhältnis zwischen Unions- und nationalem Recht schlicht um. Der Umstand, dass tatsächlich eine Unvereinbarkeit von Unions- und polnischem Verfassungsrecht nicht ersichtlich ist,¹³⁵ verdeutlicht einmal mehr, dass es sich bei dem Urteil um die Entscheidung eines politisch kontrollierten Gerichts¹³⁶ handelt, dessen Zweck die Schaffung eines verfassungsrechtlichen Deckmantels für die Nichtanwendung von EU-Recht und die Sanktionierung von unionsrechtskonform agierenden Richter:innen ist.¹³⁷ Zugleich bedeutet das

Urteil eine weitere und in der Intensität neue Eskalation des Konflikts zwischen Polen und der EU, nachdem damit ein nationales Verfassungsgericht den Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts erstmals derart eindeutig und pauschal abgelehnt hat.¹³⁸

E. Zusammenfassung und rechtspolitischer Ausblick

Es ist festzuhalten, dass sich der EuGH – wie anhand der Verfahren gegen Polen gesehen – durchaus willens und fähig zeigt, gegen die erodierende Rechtsstaatlichkeit in einigen Mitgliedstaaten vorzugehen.¹³⁹ In seinen jüngeren Entscheidungen hat er dargelegt, dass die Rechtsstaatlichkeit als grundlegender Wert des Art. 2 EUV durch Art. 19 EUV konkretisiert und damit justiziabel wird, sowie deren Kriterien, insb. die der richterlichen Unabhängigkeit, herausgearbeitet und weiter spezifiziert. Das Bewusstsein für die Bedeutung der Thematik hat der Gerichtshof zudem durch den Erlass einstweiliger Anordnungen und die Unterwerfung der Klagen unter das beschleunigte Verfahren sowie der jüngst erfolgten Anordnung eines Zwangsgeldes unter Beweis gestellt. Insbesondere mit Blick auf das wirkungslos daher kommende Art.-7-Sanktionsverfahren hat sich der EuGH damit als der zentrale Akteur im Hinblick auf die Wahrung der Rechtsstaatlichkeit in der EU herausgebildet.

Indes sind auch die Möglichkeiten des EuGH nur begrenzt. Probleme bestehen etwa in der tatsächlichen Durchsetzbarkeit seiner Entscheidungen. In jedem Falle ist der Kampf um die Rechtsstaatlichkeit in den Mitgliedstaaten der EU jedoch einer, den der Gerichtshof nicht allein führen kann. Diesbezüglich ist insbesondere an die Kommission zu appellieren, zukünftig entschiedener und zügiger gegen etwaige Vertragsverletzungen vorzugehen.¹⁴⁰ Optimistisch stimmen kann dagegen die Wehrhaftigkeit polnischer Richter:innen, die sich trotz der Ausweitung der Disziplinarmöglichkeiten gegen sie immer wieder mit Vorlagefragen an den EuGH wenden.¹⁴¹ Dies ist auch unbedingt nötig, damit das Vorabentscheidungsverfahren als Instrument zur Wahrung der Einhaltung und Einheitlichkeit des Unionsrechts seine Wirksamkeit behält.

Wichtig wäre außerdem eine Entwicklung des benannten Spannungsverhältnisses zwischen dem EuGH und den nationalen Gerichten wieder mehr in Richtung eines Kooperationsverhältnisses; es schwächt die Autorität des EuGH und damit auch seinen Einfluss auf die Wahrung der Rechtsstaatlichkeit in den Mitgliedstaaten, wenn nationale Gerichte seine Entscheidungen, wie zuletzt vermehrt geschehen, nicht oder nur eingeschränkt anerkennen.¹⁴² In-

The Impact of the PSPP Judgment on Poland, GLJ 21/2020, 1104 (1104 f.); Avbelj, The Right Question about the FCC Ultra Vires Decision, Verfassungsblog, 6.5.2020, <https://verfassungsblog.de/the-right-question-about-the-fcc-ultra-vires-decision/>, zuletzt abgerufen am 9.7.2021.

131 Schiffauer (Fn. 3), EuGRZ 2019, 549 (561).

132 Polnisches Verfassungsgericht, P 7/20, 14.7.2021; Jaraczewski, Polexit or judicial dialogue?: CJEU and Polish Constitutional Tribunal in July 2021, Verfassungsblog, 19.7.2021, <https://verfassungsblog.de/polexit-or-judicial-dialogue/>, zuletzt abgerufen am 6.9.2021.

133 Ausgangspunkt des Antrags des Premierministers war das Urteil des EuGH in der Rs. C-824/18 (vgl. dazu C.II.2.b) und die dortigen Nachweise), in welchem letzterer u.a. erneut klarstellte, dass sich die Anwendung nationaler Bestimmungen im Falle eines Verstoßes dieser gegen Art. 19 I UAbs. 2 EUV verbiete, Heimann/Winde, Polens Verfassungsgericht gibt nationalem Recht Vorrang vor EU-Recht, beck-aktuell, 8.10.2021, <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/polens-verfassungsgericht-gibt-nationalem-recht-vorrang-vor-eu-recht>, zuletzt abgerufen am 17.10.2021. Der Antrag enthielt zahlreiche Verweise auf Urteile anderer nationaler Gerichte, darunter insb. auf das PSPP-Urteil des BVerfG (Fn. 129), Jaraczewski, Gazing into the Abyss: The K 3/21 decision of the Polish Constitutional Tribunal, Verfassungsblog, 12.10.2021, <https://verfassungsblog.de/gazing-into-the-abyss/>, zuletzt abgerufen am 17.10.2021; zur mangelnden Vergleichbarkeit beider Urteile s. bereits Fn. 129 und Thiele, Wer Karlsruhe mit Warschau gleichsetzt, irrt sich gewaltig, Verfassungsblog, 10.10.2021, <https://verfassungsblog.de/wer-karlsruhe-mit-warschau-gleichsetzt-irrt-sich-gewaltig/>, zuletzt abgerufen am 17.10.2021.

134 Polnisches Verfassungsgericht, K 3/21, 7.10.2021; Jaraczewski (Fn. 133).

135 So etwa Jaraczewski (Fn. 133); Zoll und Sadurski zitiert in Finke/Hassel/Kirchner, Ein Konflikt, der kaum noch zu lösen ist, Süddeutsche Zeitung, 08.10.2021, <https://www.sueddeutsche.de/politik/polen-eu-verfassungsgericht-1.5434225>, zuletzt abgerufen am 17.10.2021; Statement of Retired Judges of the Polish Constitutional Tribunal, Verfassungsblog, 11.10.2021, <https://verfassungsblog.de/statement-of-retired-judges-of-the-polish-constitutional-tribunal/>, zuletzt abgerufen am 17.10.2021.

136 Zur mangelnden Unabhängigkeit des polnischen Verfassungsgerichts s. bereits Fn. 39.

137 Jaraczewski (Fn. 133); ähnlich Finke/Hassel/Kirchner (Fn. 135).

138 Ähnlich Thiele (Fn. 133); Jaraczewski zitiert in Amiel/Pitchers, 'Polexit': Will Poland's 'nuclear strike' on EU's legal order lead to the country quitting the bloc?, euronews, 8.10.2021, <https://www.euronews.com/2021/10/08/polexit-will-poland-s-nuclear-strike-on-eu-s-legal-order-lead-to-the-country-quitting-the->, zuletzt abgerufen am 17.10.2021.

139 So auch Müller (Fn. 3).

140 So auch Pech (Fn. 71).

141 Ähnlich Kaufmann (Fn. 118).

142 Müller (Fn. 3).

sofern ist das wegen des PSPP-Urteils gegen Deutschland eingeleitete Vertragsverletzungsverfahren¹⁴³ zu begrüßen. Es ist ein Signal dafür, dass die Nichtanerkennung eines EuGH-Urteils nicht einfach hingenommen wird.¹⁴⁴ Ob aber die Wiederherstellung eines Kooperationsverhältnisses mit dem polnischen Verfassungsgericht noch möglich ist, muss spätestens seit dessen Urteil vom 7.10.2021 ernsthaft bezweifelt werden. Zu befürchten ist vermutlich kein tatsächlicher EU-Austritt; wohl aber, dass Polen die rechtliche Sphäre der Union dauerhaft verlässt¹⁴⁵ und europäische Integration so praktisch unmöglich wird.¹⁴⁶

In den kommenden Monaten wird sich wohl zeigen, wie wehrhaft der EuGH gegenüber Rechtsstaatskrisen in den Mitgliedstaaten der Union tatsächlich ist. Mit Spannung erwartet werden darf insbesondere die Entscheidung über die Nichtigkeitsklagen von Polen und Ungarn (verb. Rs. C-156/21, C-157/21)¹⁴⁷ gegen den sog. »Rechtsstaatsmechanismus«¹⁴⁸ und deren Folgen. Abzuwarten bleibt außerdem die Wirkung des jüngst gegen Polen verhängten Zwangsgeldes¹⁴⁹ – und damit, ob finanzieller Druck tatsächlich zur Lösung des Konflikts beiträgt oder diesen eher verstärkt.¹⁵⁰

Letztlich ist weiterhin zu hoffen, dass der EuGH Polen mit seinen Urteilen – und womöglich auch dem so anhaltenden öffentlichen Diskurs – wenigstens weiter in Rechtfertigungszwang bringt, um so schließlich noch ein Einlenken in Richtung Rechtsstaatlichkeit zu erreichen.¹⁵¹

143 Europäische Kommission, Vorrang des EU-Rechts: Kommission leitet Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland ein, 9.6.2021, https://ec.europa.eu/germany/news/20210609-vertragsverletzungsverfahren_de, zuletzt abgerufen am 09.07.2021.

144 *Nguyen* zitiert in *Kirchner* (Fn. 129).

145 *Jaraczewski* zitiert in *Amiel/Pitchers* (Fn. 138); ein EU-Austritt Polens ist bereits angesichts der in Polens Bevölkerung weit verbreiteten Befürwortung der EU kaum denkbar, *Kornelius*, Was man am Zaun zu Belarus lernen könnte, *Süddeutsche Zeitung*, 17.10.201, <https://www.sueddeutsche.de/meinung/polen-polexit-belarus-lukaschenko-fluechtlingsproblem-1.5440984>, zuletzt abgerufen am 18.10.2021.

146 *Thiele* (Fn. 133).

147 ABl. EU 2021 Nr. C 138, S. 24; ABl. EU 2021 Nr. C 138, S. 27.

148 S. bereits Fn. 1; die mündliche Verhandlung vor dem EuGH fand am 11. und 12.10.2021 statt, eine Dokumentation dieser findet sich bei *Sangi*, Historische Zäsur für den Rechtsstaat: Dokumentation einer Verhandlung in Luxemburg, *Verfassungsblog*, 18.10.2021, <https://verfassungsblog.de/historische-zasur-fur-den-rechtsstaat/>, zuletzt abgerufen am 18.10.2021.

149 S. dazu schon D.I.; EuGH, Beschluss v. 27.10.2021, Rs. C-204/21 R, ECLI:EU:C:2021:878 – Kommission/Polen.

150 *Janisch*, Jetzt geht's ans Geld, *Süddeutsche Zeitung*, 11.10.2021, <https://www.sueddeutsche.de/politik/polen-eu-rechtsstaat-1.5435383>, 18.10.2021; diesbezüglich optimistisch *Winninger*, Warum das Zwangsgeld gegen Polen die Glaubwürdigkeit der EU stärken wird, *Verfassungsblog*, 29.10.2021, <https://verfassungsblog.de/warum-das-zwangsgeld-gegen-polen-die-glaubwuerdigkeit-der-eu-starken-wird/>

151 So auch *Mayer* zitiert in *Kaufmann* (Fn. 118).

ÖffR Aufsatz

Simon Geiersbach*

Die Recovery and Resilience Facility zur Bekämpfung der wirtschaftlichen Folgen der Pandemie

Der Beitrag beschäftigt sich mit den Rechtsakten der EU zur Bekämpfung der wirtschaftlichen Auswirkungen der Covid-19-Pandemie, den rechtlichen Dimensionen der Beschlüsse im Hinblick auf Europa- sowie Verfassungsrecht sowie mit der hiervon ausgehenden politischen Wirkung.

A. Einleitung

Als das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union im vergangenen Dezember eine politische Einigung über die »Recovery and Resilience Facility« (RRF) erzielten, waren fast sechs Monate seit dem Vorschlag der Europäischen Kommission zur Schaffung des befristeten Aufbauinstruments »Next Generation EU« (NGEU) zur Behebung der wirtschaftlichen und sozialen Schäden der Corona-Pandemie vergangen.

Die RRF bildet hierbei gewissermaßen das »Herzstück« des Ganzen ab: Mit einem Volumen von insgesamt 672,5 Mrd. Euro, welches sich unterteilt in Kredite i. H. v. 360 Mrd. Euro und Zuschüsse i. H. v. 312,5 Mrd. Euro, stellt die Fazilität den größten Pfeiler des 750 Mrd. Euro umfassenden Aufbauinstruments dar. Ermöglicht wird dieses Volumen an Finanzhilfen durch die Emission von EU-Anleihen – die viel titulierte »Coronabonds« – deren Refinanzierung der ebenfalls neu verabschiedete Eigenmittelbeschluss der EU bestimmt. Eine derart umfangreiche Krisenreaktion wirft die Frage nach der rechtlichen Rückkopplung auf. Der Beitrag beschäftigt sich deshalb mit der europa- und verfassungsrechtlichen Kompatibilität (B., C. & D.) sowie mit der Frage, inwiefern die EU anderweitig auf die wirtschaftlichen Folgen der Pandemie hätte reagieren können (E.). Abschließend soll die rechtspolitische Dimension der Beschlüsse, gemessen an der europäischen Integration und den verfassungsrechtlichen Grenzen, kurz beleuchtet werden (F.).

B. Rechtliche Konstruktion der Aufbauinstrumente

I. Die Facility

Unproblematisch, wenn auch aufgrund des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung notwendig, vgl. Art. 5 I 1, II EUV, gestaltet sich zunächst die Bestimmung der Rechtsgrundlage für die RRF. Die Kommission nennt in ihrem Vorschlag Art. 175 III AEUV und führt aus, dass es sich um eine erforderliche Maßnahme handelt, die es den Mitgliedstaaten erlaubt, sich schnell und in nachhaltiger Weise von der Covid-19 Krise zu erholen.¹ Um zu verstehen, auf

welchen Grundüberlegungen die Maßnahme beruht, bietet es sich an, einen ersten Blick auf eine vergangene Krise zu werfen: Die Staatsschuldenkrise in der Eurozone, welche 2010 ausbrach und zahlreiche Finanzhilfen zur Folge hatte, führte schließlich 2012 zu der dauerhaften Etablierung des Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM), dessen rechtliche Stütze sich in dem nachträglich eingefügten Abs. 3 des Art. 136 AEUV findet.² Eingordnet in den Kontext der Krisenbewältigung lassen sich durch den Vergleich der beiden Rechtsgrundlagen erste strukturelle Besonderheiten der Facility erkennen. Anders als der ESM, welcher durch die Mitgliedstaaten aktiviert wird und damit intergouvernementale Hilfen ermöglicht, beschließt die Union nun selbst die Hilfsmaßnahmen.³ Zudem handelt es sich bei dem ESM, wie bereits erwähnt, um ein dauerhaftes Instrument, das ausschließlich Kredite gewährt, während NGEU (und damit auch die RRF) zeitlich befristet ist und neben Krediten auch nicht rückzahlende Zuschüsse gewährt.⁴ Auf einen weiteren Unterschied, betreffend den Rückgriff auf Konditionalitätsklauseln, wird später umfassend eingegangen.

II. Next Generation EU

Betrachtet man nun das die RRF umfassende Gesamtpaket NGEU, stellt man fest, dass es sich hierbei um einen Sonderhaushalt handelt, durch welchen bloß das Aufbauinstrument (European Union Recovery Instrument – EURI)⁵ geschaffen wird, während die RRF ein Programm der Mittelverwendung darstellt. Auch die Finanzierung wird nicht unmittelbar geregelt, sie basiert auf einem separaten Eigen-

Universität Göttingen und ist studentische Hilfskraft am Institut für Völkerrecht und Europarecht. Der Beitrag ging aus einer Arbeit im Rahmen des Forschungskolloquiums zum Öffentlichen Recht bei Frau Prof. Dr. *Angela Schwerdtfeger* hervor.

¹ European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a Recovery and Resilience Facility, 28.5.2020, COM (2020) 408 final; vgl. auch die endgültige Verordnung, ABl. EU 2021 Nr. L 57/17.

² Die Einführung erfolgte durch den EU-Ratsbeschluss, ABl. EU 2011 Nr. L 91/1; der ursprüngliche Rettungsschirm basierte auf einem völkerrechtlichen Vertrag, siehe Calliess/*Rufert/Häde*, EUV/AEUV, 5. Auflage (2016), Art. 136 Rn. 9 f. Die Vereinbarkeit von Art. 136 III AEUV mit EU-Recht wurde später in EuGH, Rs. C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756 – Pringle bestätigt.

³ An der Entscheidung über die Genehmigung der Zahlungsanträge sind sowohl der Rat als auch die Kommission beteiligt, vgl. European Council, Special meeting of the European Council – Conclusions, 21.7.2020, (EUCO) 10/20, S. 6.

⁴ *Hufeld*, BT-Ausschussdr. 19(21)117, S. 2.

⁵ ABl. EU 2020 Nr. L 4331 S. 23.

* Der Autor studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-

mittelbeschluss, welcher einer eigenen Rechtsgrundlage bedurfte, vgl. Art. 2 I des Beschlusses.⁶ Zur Etablierung von NGEU zieht die Kommission Art. 122 AEUV heran, welcher außergewöhnliche Maßnahmen in Krisensituationen als Ausdruck der Solidarität vorsieht.⁷

Auf diese »Notstandsklausel« wurde sich bereits zu Beginn der Pandemie mit der Schaffung des Instruments zur Minderung von Arbeitslosigkeitsrisiken (Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency – SURE) berufen.⁸ Während hierbei noch zwischen Abs. 1 und 2 des Art. 122 AEUV differenziert wurde (der Beschluss sich aber auf beide stützt), wird die Rechtsgrundlage für NGEU nicht weiter spezifiziert. Der Normzweck des Abs. 1 ist auf die Sicherstellung der Güterversorgung zugeschnitten, welche nicht adressiert wird, während Abs. 2 zwar genauen Bezug auf gravierende Schwierigkeiten nimmt, seinem Wortlaut nach aber nur finanziellen Beistand für einen Mitgliedstaat gewährt.⁹ Geht es wie hier um Finanzhilfen, kann Abs. 2 zudem als *lex specialis* gegenüber Abs. 1 gesehen werden, da nur der erstgenannte finanziellen Beistand vorsieht.¹⁰

Letztendlich sprechen jedoch die besseren Argumente für einen Rückgriff auf Abs. 1, insofern die Ausführungen 1, 2 und 4 der Präambel des Beschlusses von einer außergewöhnlichen Wirtschaftslage sprechen, die durch wirtschaftliche und soziale Unterstützung im Geiste der Solidarität adressiert werden soll, was den Normzweck des Art. 122 I AEUV widerspiegelt.¹¹

Fragwürdig erscheint, dass das Aufbauinstrument abseits der Krisenbewältigung auch Investitionen in die Resilienzfähigkeit der Union sowie in die Forschung und den ökologischen Wandel vorsieht, vgl. v. a. Art. 2 (a) (ii, iv, v) des Beschlusses, weshalb der ursprüngliche Krisenzusammenhang hinsichtlich dieser Ausgaben jedenfalls unterbrochen sein dürfte.¹² Allerdings zeigte die Pandemie auf, dass eine Krise nicht isoliert betrachtet werden kann und insbesondere das Schadensausmaß von der wirtschaftlichen, ökologischen und sozialen Resilienz abhängt. Eine effektive Krisenbewältigung erfordert deshalb nicht nur unmittelbaren Anklang findende Maßnahmen, sondern auch die Einbeziehung

der langfristigen Folgen, weshalb Art. 122 AEUV als Rechtsgrundlage geeignet ist.¹³

III. No-Bailout-Klausel, Art. 125 AEUV

Die wirtschaftspolitische Bedeutung der rechtlichen Konstruktion lässt sich anhand des Art. 125 AEUV verdeutlichen. Unterteilt werden die Finanzhilfen der Facility in Kredite und nicht rückzuzahlende Zuschüsse, deren Finanzierung durch von der Kommission ausgegebene Anleihen erfolgen soll. Der sich hieraus ergebende Vorteil gegenüber nationaler Kreditbeschaffung ist einerseits, dass die Union als Schuldner auf den Geld- und Kapitalmärkten bessere Kreditkonditionen erzielen kann, und andererseits, dass die nationalen Schuldenquoten nicht steigen.¹⁴ Es drängt sich jedoch die Frage auf, ob hierdurch, entgegen der »No-Bail-out« – Klausel des Art. 125 AEUV¹⁵, Haftungsverbindlichkeiten eingegangen werden, durch welche die Mitgliedstaaten von der Marktlogik entbunden sind und nicht mehr zur Haushaltsdisziplin angehalten werden (*moral hazard*).¹⁶ Hiergegen spricht, dass die Mitgliedstaaten nur *pro rata* für etwaige Verbindlichkeiten haftbar werden, denn der neue Eigenmittelbeschluss bestimmt, dass lediglich die Unionsbeiträge steigen.¹⁷ Zwar ließe sich argumentieren, dass, indem die Union Anleihen an den Finanzmärkten ausgibt, die Mitgliedstaaten von der Marktlogik entbunden werden und keinem Anreiz zur Haushaltsdisziplin mehr unterliegen.¹⁸ Hierfür spricht, dass sich die Mitgliedstaaten nun günstiger refinanzieren können; dies ist aufgrund hoher Staatsschuldenquoten gerade das Ziel des Aufbauinstruments. Dennoch ist nicht zwangsläufig zu folgern, dass Art. 125 AEUV jede Art finanzieller Unterstützung verbiete.¹⁹ Einerseits geht der Wortlaut des Art. 125 I AEUV nicht so weit, andererseits würde eine zu restriktive Auslegung den systematischen Zusammenhang zu Art. 122 AEUV verkennen, da dieser ansonsten faktisch nicht mehr anwendbar wäre.²⁰ Auch ist keine strikte Konditionalität zur

6 ABl. EU 2020 Nr. L 433I, S. 25, Art. 2 I, welcher auf Art. 5 des Eigenmittelbeschlusses verweist.

7 ABl. EU 2020 Nr. L 433I S. 23; vgl. auch European Commission, Q&A: Next Generation EU – Legal Construction, 9.6.2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_20_1024, zuletzt abgerufen am 9.9.2021.

8 ABl. EU 2020 Nr. L 159, S. 1.

9 Geiger/Khan/Kotzur/Khan/Richter, EUV/AEUV, 6. Auflage (2017), Art. 122 AEUV Rn. 3 f.

10 Calliess/Ruffert/Häde (Fn. 2), Art. 122 Rn. 6; von der Groeben/Schwarze/Hatje/Smulders/Keppenne, Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage (2015), Art. 122 AEUV Rn. 8.

11 Council of the European Union, Opinion of the legal service, 24.6.2020, 9062/20 Rn. 123 f., dieser betont zudem, dass sich Abs. 1 nur »insbesondere« auf gravierende Schwierigkeiten bzgl. der Güterversorgung bezieht, hierin aber keine abschließende Regelung zu sehen sei.

12 Vgl. Schorkopf, Die Europäische Union auf dem Weg zur Fiskalunion, NJW 2020, 3085 (3088).

13 Streinz/Kempen, EUV/ AEUV, 3. Auflage (2018), Art. 122 AEUV Rn. 3; so auch Costamagna/Goldmann, Constitutional Innovation, Democratic Stagnation?, 30.5.2020, DOI: <https://dx.doi.org/10.17176/20200530-133220-0>.

14 Meyer, Next Generation EU, EuZW 2021, 16 (20); die EU hat als Kredit-Rating durchschnittlich »Triple A«, European Commission, EU's Credit Rating, https://ec.europa.eu/info/strategy/eu-budget/eu-borrower-investor-relations/eus-credit-rating_en, zuletzt abgerufen am 8.9.2021.

15 Zur Bedeutung des Begriffes siehe von der Groeben/Schwarze/Hatje/Smulders/Keppenne (Fn. 10), Art. 125 AEUV Rn. 1.

16 EuGH, Rs. C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756 - Pringle Rn. 129 ff., der restriktiv nicht jeglichen finanziellen Beistand verbieten will; diff. Streinz/Kempen (Fn.13), Art. 125 AEUV Rn. 6 f. und Nettesheim, Europarechtskonformität des Europäischen Stabilitätsmechanismus, NJW 2013, 14 (16).

17 Der Eigenmittelbeschluss sieht in Art. 6 die temporäre Erhöhung der Eigenmittelobergrenze um 0,6% vor, um hierdurch die Haftung für die nach Art. 5 vorgesehene unionale Kreditaufnahme zu decken, ABl. EU 2020 Nr. L 424, S. 7.

18 So Schorkopf (Fn. 12), NJW 2020, 3085 (3088).

19 EuGH 2012 C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756 - Pringle Rn. 130 ff.

20 Heun/Thiele, Verfassungs- und europarechtliche Zulässigkeit von Eurobonds, JZ 2012, 973 (979); Grabitz/Hilf/Nettesheim/Bandilla, Das Recht der EU, 71. Auflage (2020), Art. 125 AEUV Rn. 31.

Wahrung der Haushaltsdisziplin erforderlich, denn das nun beschlossene Aufbauinstrument soll, anders als die ESM-Hilfen, keine Marktfinanzierung ersetzen.²¹ Die Hilfgelder werden im Rahmen von neuen oder bereits bestehenden Unionsprogrammen ausgezahlt und berühren auch keine bestehenden Verbindlichkeiten der Mitgliedstaaten, weshalb die Finanzhilfen erst gar nicht die von Art. 125 AEUV geschützte Marktlogik berühren.²²

Hinsichtlich der Finanzierungsrichtung wird außerdem ein fundamentaler Unterschied im Vergleich zum »klassischen« Eurobonds-Modell²³ ersichtlich. Ungeachtet der verschiedenen Variationen zeichnen sich jene jedenfalls durch eine kontinuierliche Staatenfinanzierung aus, welche ganz oder teilweise an die Stelle nationaler Emissionen treten würde und eine gesamtschuldnerische Haftung begründe.²⁴ Hiervon ausgehend kann bei NGEU nicht von Eurobonds gesprochen werden. Vielmehr tritt das Aufbauinstrument – wie aufgezeigt wurde – nicht an die Stelle von nationalen Verbindlichkeiten und der Marktfinanzierung. Zudem wird einerseits die Ermächtigung der Kommission zur Kreditaufnahme und andererseits die Erhöhung der Eigenmittelobergrenze befristet.²⁵ Es handelt sich um eine eigene Kategorie von »Coronabonds«. Eine Einführung »klassischer« Eurobonds wäre mit Art. 125 AEUV unvereinbar, was selbst die Kommission anerkennt.²⁶

C. Reform des Eigenmittelsystems

Es wurde zuvor erläutert, durch welche Maßnahmen die Krisenbewältigung erfolgen soll. Woraus ergibt sich jedoch die Zulässigkeit der Kreditaufnahme durch die Kommission, welche die Finanzierung des Aufbauinstruments überhaupt erst ermöglicht?

I. Verschuldungskompetenz der EU

Um dieser Frage nachgehen zu können, bedarf es eingangs der Klärung, ob es der EU nicht verboten sei, sich zu verschulden. Mangels ausdrücklicher primärrechtlicher Regelung ließe sich unter Berücksichtigung des Art. 20 EIB-Satzung, welcher zur Aufnahme von Anleihen ermächtigt, sagen, dass eben nur der dort erwähnten Europäischen Investitionsbank eine Verschuldungskompetenz zukommt.²⁷ Dieser Schluss erscheint jedoch nicht zwingend, insofern

die Ermächtigung nicht gleichzeitig ein allgemeines Verbot statuiert. Ein allgemeines Verschuldungsverbot besteht somit nicht, zumal die Union bereits in der Vergangenheit Anleihen an den Geld- und Kapitalmärkten emittiert hat.²⁸ Jedoch sind dem durchaus Grenzen gezogen. Einerseits lässt sich Art. 17 II HaushaltsO entnehmen, dass die Kommission nicht befugt ist, im Rahmen des Haushaltes Kredite aufzunehmen. Andererseits gilt komplementär der Grundsatz des Art. 310 I UAbs. 1, 3 AEUV, wonach alle Einnahmen und Ausgaben in den Haushaltsplan eingesetzt werden und auszugleichen sind.

II. Borrowing for spending

Ausgehend von den gezogenen Grenzen war die Kommission 2015 noch der Meinung, dass, aufgrund der haushaltsrechtlichen Ausgleichspflicht, die Aufnahme von Krediten durch die EU keine Lücken zwischen Einnahmen und Ausgaben im Haushalt füllen könne.²⁹ Dies ist überzeugend, wenn man sich vor Augen hält, dass es ein Widerspruch zur Haushaltsdisziplin wäre, der EU zuzusagen, ihr Budget durch Schuldenaufnahmen zu finanzieren.

Vorliegend findet sich die Ermächtigung der Kommission zur Kreditaufnahme i. H. v. 750 Mrd Euro in dem die »zentrale« Norm des Eigenmittelbeschlusses bildenden Art. 5 (1) (a).³⁰ Ein echtes Novum ist, dass bisherige Unionsanleihen bislang nur Kredite an Mitgliedstaaten finanzieren sollten, während nun »borrowing for spending« durch die Bereitstellung von nicht rückzuzahlenden (»verlorenen«) Zuschüssen betrieben wird.³¹ Wie ist dieses Vorgehen mit dem Haushaltsgrundsatz des Art. 310 AEUV vereinbar? Ist es doch so, dass »verlorene« Zuschüsse, anders als Kredite (*back to back lending*), zu einem Haushaltsdefizit führen?

III. Bedeutung des Art. 311 AEUV

Die rechtliche Konstruktion des Aufbauinstruments sieht vor, dass die durch Kreditaufnahme erlangten Gelder als sonstige Einnahmen eingeordnet werden.³² Hierdurch wird sowohl die Vorschrift des Art. 17 II HaushaltsO als auch die Haushaltsdisziplin gewahrt, denn gemäß Art. 311 II AEUV wird der Haushalt unbeschadet der sonstigen Einnahmen finanziert: Die Krediteinnahmen werden im Ergebnis einfach aus dem Haushalt ausgeklammert.³³ Damit kommt

²¹ EuGH 2012 C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756 - Pringle Rn. 134 f.

²² Zu diesem Ergebnis kommt auch Council of the European Union, Opinion of the legal service 24.6.2020, 9062/20, Rn. 161 f.

²³ Auch »Stabilitätsanleihe« genannt, Europäische Kommission, Grünbuch über die Durchführbarkeit der Einführung von Stabilitätsanleihen, 23.11.2011, KOM(2011) 818 final.

²⁴ Europäische Kommission (Fn. 23), KOM(2011) 818 final, S. 3 f., S. 14; vgl. *Delpia/von Weizsäcker*, The Blue Bond Proposal, Bruegel Policy Contribution 2011, S. 2 f. für das sog. »Blue Bond - Modell«.

²⁵ Vgl. ABl. EU 2020 Nr. L 424 S. 6, Art. 5 (1).

²⁶ Europäische Kommission (Fn. 23), KOM(2011) 818 final, S. 13; so auch *Mayer/Heidfeld*, Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Einführung von Eurobonds, NJW 2012, 422 (425).

²⁷ *Ruffert*, Europarecht für die nächste Generation, NVwZ 2020, 1777 (1778).

²⁸ Vgl. ABl. EU 2002 Nr. L 53, S. 2, Art. 1 (2) und ABl. EU 2010 Nr. L 118, S. 2, Art. 2 (1); vgl. auch die europäischen Gemeinschaftsanleihen anlässlich der Ölkrise 1975, ABl. EU 1975 Nr. L 139, S. 3, Art. 15.

²⁹ Vgl. European Parliament, Answer given by Vice-President Georgieva on behalf of the Commission, 23.3.2015, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2015-001662-ASW_EN.html, zuletzt abgerufen am 8.9.2021.

³⁰ ABl. EU 2020 Nr. L 424, S. 6.

³¹ Council of the European Union, Opinion of the legal service, 24.6.2020, 9062/20 Rn. 9; Abl. EU 2020 Nr. L 424, S. 6, Art. 5 (1) (b).

³² ABl. EU 2020, Nr. L 433I, S. 26, Art. 3 (1).

³³ Gleichzeitig nimmt das EU-Parlament damit eine Zuschauerrolle ein, vgl. *Guttenberg/ Nguyen*, How to spend it right, 11.06.2020, https://hertieschool-f4e6.kxcdn.com/fileadmin/2_Research/1_About_our_research/2_Research_centres/6_Jacques_Delors_Centre/Publicati-

einerseits zum Ausdruck, dass der EU keine generelle Verschuldungskompetenz in Form einer neuen Eigenmittelkategorie verliehen wird. Andererseits, und dies ist ein Hauptkritikpunkt, handelt es sich bei dem Sonderhaushalt faktisch um Ausgaben, welche dem Regelfall, dass haushaltsbezogene Rechtsakte durch Eigenmittel finanziert werden sollen, vgl. Art. 310 IV AEUV, widersprechen.³⁴

Die Kommission gibt zu erkennen, dass die Finanzierung des Aufbauinstruments von den üblichen Budget- und Haushaltsbeschlüssen abweiche, dies aber als temporäre außergewöhnliche Lösung der Krise gerechtfertigt sei.³⁵

Für eine solche Rechtfertigung spricht, dass jenes die Unionsfinanzierung bestimmende Prinzip der Mittelbeschaffung durch die Mitgliedstaaten, vgl. Art. 311 I, III AEUV, trotz der unionalen Schuldenaufnahme gewahrt wird.

Denn es wird der Kommission keine autonome Finanzmacht oder gar Haushaltskompetenz übertragen, sondern bloß Finanzmittel im bestimmten Umfang zugewiesen, insofern die Mitgliedstaaten ihre vorgesehene Hoheit über die Finanzverfassung der EU gerade durch den (einstimmigen) Eigenmittelbeschluss nach Art. 311 III AEUV wahren.³⁶ Dadurch, dass der Beschluss die Refinanzierung bis spätestens 2058 durch erhöhte Unionsbeiträge vorsieht, vgl. Art. 6 des Beschlusses, ändert sich vorerst nichts an der Finanzierungsstruktur der Union.

Darüber hinaus hat die Ratifikationsbedürftigkeit des Eigenmittelbeschlusses durch alle Mitgliedstaaten eine starke Legitimationswirkung. Zugleich besteht die mindestens ebenso starke politische Signalwirkung, dass die schuldenbasierte Finanzierung von EU-Ausgabenprogrammen auch in Zukunft favorisiert werden dürfte, wofür aber über eine neue Eigenmittelkategorie sowie über die primärrechtliche Relevanz diskutiert werden müsste.³⁷

ons/20200610_How_to_spend_it_right_Guttenberg_Nguyen.pdf, zuletzt abgerufen am 8.9.2021.

34 *Schorkopf*, Die Europäische Union auf dem Weg zur Fiskalunion, Berliner Beiträge zum Europarecht 2020, 1 (15); Meyer (Fn. 14), EuZW 2021, 16 (18); *Costamagna/Goldmann* (Fn. 13); diff. zur Frage, ob ein solches Vorgehen auch zukünftig möglich sei, *Nettesheim*, BT-Ausschussdr. 19(21)114, S. 17 f.

35 European Commission (Fn. 7); vgl. auch ABl. EU 2020 Nr. L 424, S. 6, Art. 5, dessen Wortlaut die Kreditaufnahme als »extraordinary and temporary« begrenzt.

36 *Hufeld*, BT-Ausschussdr. 19(21)117, S. 3, 10; *Guttenberg*, BT-Ausschussdr. 19(21)113.

37 Dass »borrowing for spending« kein permanenter Teil des Budgets sein könne, anerkennt auch Council of the European Union, Opinion of the legal service, 24.6.2020, 9062/20 Rn. 37; vgl. *Ioannidis*, Between Responsibility and Solidarity: COVID-19 and the Future of the European Economic Order, ZaöRV 2020, 773 (783).

D. Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz

I. Ratifizierungsbedürftigkeit des Eigenmittelbeschlusses

Ausgehend von der Zustimmungsbedürftigkeit gemäß Art. 311 III AEUV ergibt sich für die Bundesrepublik aus § 3 I IntVG das Erfordernis eines Parlamentsgesetzes gemäß Art. 23 I GG, um so der dauerhaften Integrationsverantwortung gerecht zu werden.³⁸ Unklar war zunächst, ob es einer einfachen Mehrheit, Art. 23 I S. 2 GG, oder einer Zwei-Drittel-Mehrheit, Art. 23 I S. 3 i. V. m. 79 II GG, bedarf.³⁹ Entscheidend ist hinsichtlich der Zustimmung zum Eigenmittelbeschluss, welche formell keine Vertragsänderung ist, aber als primärrechtliches Äquivalent gesehen werden kann,⁴⁰ ob ihr eine verfassungsändernde oder ergänzende Wirkung zukommt.⁴¹ In der *Patentgericht*-Entscheidung des BVerfG konkretisierte dieses, dass eine Änderung oder Ergänzung nicht durch jede Hoheitsübertragung erfolgt, insbesondere dann nicht, wenn es um bereits mit Zwei-Drittel-Mehrheit gebilligte Übertragungen gehe.⁴² Ausgehend von dem hierdurch gezogenen rechtlichen Rahmen kann insbesondere die Kompetenz der Kommission zur Kreditaufnahme über vorhandene Ermächtigungen hinausgehen und dadurch als primärrechtliches Äquivalent angesehen werden. Nichtsdestotrotz darf nicht vergessen werden, dass die Befugnis zur Kreditaufnahme hinsichtlich der Dauer, ihrem Umfang und ihrem Zweck begrenzt ist und im Zeichen der temporären Krisenbewältigung gemäß Art. 122 AEUV steht, weshalb nicht über gebilligte Übertragungen hinausgegangen wird.⁴³ Auch dass jenes Zustimmungsgesetz besonders verfassungspolitisch bedeutsam ist, kann nicht maßgeblich sein.⁴⁴

Nichtsdestotrotz hätte eine Zwei-Drittel-Mehrheit jedenfalls eine stärkere politische Legitimationskraft in Bezug auf die Wahrung der Integrationsverantwortung.⁴⁵ Ungeachtet dessen, wurde dennoch ein Zustimmungsgesetz mit einfacher Mehrheit, was zumindest kein Verstoß gegen Art. 23 I GG sein sollte, für ausreichend gehalten.⁴⁶

38 von Arnauld/Hufeld/*Spörer*, Systematischer Kommentar zu den Lissabon-Begleitgesetzen – Zweiter Teil, 2. Auflage (2018), § 6 Rn. 4 ff.; Sachs/*Streinz*, GG, 8. Auflage (2018), Art. 23 Rn. 62; vgl. BVerfGE 123, 267 (334 ff.).

39 Vgl. abwägend *Schorkopf* (Fn. 12), NJW 2020, 3085 (3089 f.).

40 Calliess/*Ruffert/Waldhoff* (Fn. 2), Art. 311 AEUV Rn. 5; *Ruffert* (Fn. 27), NVwZ 2020, 1777 (1779).

41 Wissenschaftlicher Dienst, Deutscher Bundestag, WD 3 – 3000 – 185/20, 18.8.2020, S. 4; *Mayer*, BT-Ausschussdr. 19(21)118, S. 13; *Breuer*, Die Sackgasse des neuen Europaartikels (Art. 23 GG), NVwZ 1994, 417 (422).

42 BVerfGE 153, 74 (133 ff.).

43 So auch BT-Drs. 764/20, S. 2.

44 *Lorz/Sauer*, Verfassungsändernde Mehrheiten für die Stabilisierung des Euro?, EuR 2012, 682 (690 f.).

45 Insb. vor dem Hintergrund einer möglichen ultra vires - Kontrolle durch das BVerfG und der in seinem *PSPP*-Urteil betonten Pflicht zur Einhaltung der Integrationsgrenzen, vgl. BVerfGE 154, 17.

46 Zusammenfassend Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union, »Überwiegend Lob für Eigenmittelbeschluss der EU-Kommission«, <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2020/kw44-pa-europa-eigenmittelsystem-799448>, zuletzt abgerufen am 9.9.2021; siehe

II. Rechtmäßigkeit des Ratifizierungsgesetzes

Abgesehen von diesen Erwägungen ist zudem die durch Art. 79 II GG geschützte Budgethoheit des Bundestages nicht tangiert, welche durch das BVerfG in seiner *Lissabon*-Entscheidung umrissen wurde. Es stellte fest, dass die Budgetverantwortung und damit das Demokratieprinzip verletzt wird, wenn Art und Höhe von Abgaben in wesentlichem Umfang supranational festgelegt würden.⁴⁷

Es stimmt durchaus, dass der Eigenmittelbeschluss die Anleihtilgungen durch die Mitgliedstaaten für einen Zeitraum bis 2058 vorsieht, weshalb sich die Bundesrepublik bereits jetzt zur zusätzlichen späteren Finanzierung des EU-Haushalts verpflichtet.⁴⁸ Allerdings werden die hier in Rede stehenden Nachschusspflichten nur *pro rata* gemessen am Haushaltsbeitrag erhoben und können selbst im Falle, dass mehrere Mitgliedstaaten als Schuldner ausfallen, eine bestimmte Obergrenze nicht übersteigen, vgl. Art. 9 V UAbs. 1, 2 des Eigenmittelbeschlusses, welche gemessen am Bundeshaushalt keinen wesentlichen Umfang einnimmt.⁴⁹

Insgesamt lässt sich also sagen, dass das Parlament trotz der umfangreichen zukünftigen Inanspruchnahme, hierüber bereits auf nationaler Ebene entscheidet und nicht über seine Budgethoheit selbst disponiert.⁵⁰

Hieran anknüpfend lehnte das BVerfG einen auf § 32 I BVerfGG gestützten Eilantrag gegen die Ausfertigung des Gesetzes mit Beschluss vom 15.04.2021 ab.⁵¹ Die Antragssteller argumentierten, dass die Umsetzung des Eigenmittelbeschlusses sowohl einen Ultra-vires-Akt, vgl. Art. 23 I S. 2 i. V. m. Art. 79 III GG, darstellen würde, indem ein Verstoß gegen Art. 311 III und Art. 125 I AEUV festzustellen sei, als auch die Verfassungsidentität, vgl. Art. 23 I S. 3 i. V. m. Art. 79 III GG, konkret die oben erläuterte Budgethoheit, unzulässig tangiert sei.⁵²

Während hinsichtlich der Identitätskontrolle eine summarische Prüfung erfolgte, hierzu das BVerfG aber festgestellt hat, dass keine hohe Wahrscheinlichkeit für einen Verstoß gegeben ist und die doppelte Folgenabwägung gemäß § 32 BVerfGG zulasten der Antragssteller ausfiel,⁵³ wird die Ultra-vires-Frage ausdrücklich keiner solchen Prüfung unterzogen. Einerseits könne der EuGH den vermeintlichen Ultra-vires-Akt stets noch für nichtig befinden und andererseits sei es dem BVerfG selbst vorbehalten, die Unanwendbarkeit für die Bundesrepublik Deutschland zu erklären.⁵⁴

das nun verabschiedete Ratifizierungsgesetz, BGBl. 2021 II, S. 322.

⁴⁷ BVerfGE 123, 267 (337).

⁴⁸ *Schorkopf* (Fn. 12), NJW 2020, 3085 (3089 f.); diff. *Heinemann*, BT-Ausschussdr. 19(21)112, S. 17 f.

⁴⁹ *Mayer*, BT-Ausschussdr. 19(21)118, S. 16.

⁵⁰ So auch die parlamentarische Staatssekretärin *Hagedorn*, BT-Drs. 19/21117, S. 9.

⁵¹ BVerfG NJW 2021, 1867.

⁵² Vgl. BVerfG NJW 2021, 1867 (1869).

⁵³ BVerfG NJW 2021, 1867 (1872 f.).

⁵⁴ BVerfG NJW 2021, 1867 (1869); vgl. BVerfG NJW 2021, 1867 = NVwZ

Hieran ließe sich zwar kritisieren, dass durch die Relativierung der Ultra-vires-Kontrolle, unter Verweis auf zukünftige Befunde, die bereits jetzt eintretenden Rechtswirkungen des Eigenmittelbeschlusses in einigen Jahren faktisch nicht mehr rückgängig gemacht werden können.⁵⁵ Verständlich wird die Abwägungsentscheidung des BVerfG jedoch vor dem Hintergrund des stark kritisierten *PSPP*-Urteils des BVerfG, welches das damals gegenständliche Urteil des EuGH als Ultra-vires-Akt und damit als rechtlich nicht bindend qualifiziert hatte.⁵⁶ Um erhebliche außen- und europapolitische Verwerfungen zu vermeiden, musste deshalb ein verspätetes Inkrafttreten des Eigenmittelbeschlusses verhindert werden.⁵⁷

E. Alternative Reaktionsmöglichkeiten

Die Recovery and Resilience Facility, Next Generation EU sowie ein neuer Eigenmittelbeschluss – dies sind die EU-Beschlüsse, welche ganz im Zeichen der Krisenbewältigung stehen und entsprechend stark hierdurch geprägt sind. Angesichts einiger rechtlicher, aber auch ideologischer Kritik, muss darauf aufbauend der Frage nachgegangen werden, welche Alternativen zur Bekämpfung der wirtschaftlichen Folgen der Pandemie bereitgestanden hätten.

I. Kritik am Aufbauinstrument

Zunächst gestaltet sich ein Merkmal des Eigenmittelbeschlusses aus rechtspolitischer Sicht als besonders kontrovers: Die befristete Erhöhung der Eigenmittelobergrenze um 0,6% auf 2% des Bruttonationaleinkommens zur Sicherung der Rückzahlung von Unionskrediten, vgl. Art. 6 des Eigenmittelbeschlusses. Hierin ist eine Übersicherung der EU-Kredite zu sehen, denn die Mitgliedstaaten haften mit anteilig höheren Haushaltsbeiträgen, wodurch ein überdurchschnittliches Kredit-Rating geschaffen werden soll.⁵⁸ Das zwangsläufig geschaffene gemeinschaftliche Haftungselement bedeutet, dass die Rückzahlung der Kredite hauptsächlich von den solventeren Staaten getragen werden könnte, weshalb in diesem Kontext von »Eurobonds durch die Hintertür« die Rede ist.⁵⁹ Eine solche Interpretation verkennt jedoch den temporären und zweckgebundenen Charakter der Nachschusspflichten. Vielmehr handelt es sich eher um eine Ausnahmeregelung als um die Etablierung eines künftigen Regelfalls, zumal gerade die (besonders kritisierte) lange Laufzeit der Kredite die haushaltsrecht-

2021, 865 (873) (*Riedl*).

⁵⁵ *Kube*, Eine erleichternde Entscheidung, 22.4.2021, DOI: <https://dx.doi.org/10.17176/20210422-183213-0>.

⁵⁶ BVerfGE 154, 17.

⁵⁷ So die eindrückliche Wortwahl in BVerfG NJW 2021, 1867 (1873).

⁵⁸ Krit. bzgl. des Verhältnisses der 0,6%-Marge zum tatsächlich geringeren Tilgungsbedarf *Heinemann*, BT-Ausschussdr. 19(21)112, S. 7, 11; *Meyer* (Fn. 14), EuZW 2021, 16 (20 f.).

⁵⁹ *Meyer* (Fn. 14), EuZW 2021, 16 (20); *Berschens*, Die EU sollte bei den Euro-Bonds ehrlich sein – denn sie rücken schrittweise näher, 30.3.2020, <https://www.handelsblatt.com/meinung/kommentare/kommentar-die-eu-sollte-bei-den-euro-bonds-ehrlich-sein-denn-sie-ruecken-schrittweise-naeher/25693954.html>, zuletzt abgerufen am 9.9.2021.

lichen Risiken minimiert.⁶⁰ Auch der Wortlaut des Eigenmittelbeschlusses lässt keine solch weitgehende Intention erkennen, denn die Nachschusspflichten sind als *ultima ratio* ausgestaltet⁶¹ und ermöglichen überhaupt erst die günstigen Konditionen, welche letztendlich allen Mitgliedstaaten zugutekommen.⁶² Damit werden keine Haushaltsgelder an finanzschwache Staaten bedingungslos und systematisch im Sinne einer Finanzunion transferiert.⁶³

Dennoch wäre es nicht verwunderlich, wenn die EU die starke Übersicherung der Kredite nutzen würde, um eine dauerhafte Verschuldungskompetenz zu etablieren. Angesichts des nachträglich eingefügten Art. 136 III AEUV wäre der Umstand, dass eine Notfallregelung in Krisensituationen zur Änderung der europäischen Verträge führt, kein Novum.⁶⁴ Denkbar, wenn auch vorerst nicht angedacht, ist, dass eine Reform des Eigenmittelsystems im unmittelbaren Zusammenhang mit Unionssteuern stünde. Bereits jetzt sind neue Einnahmequellen wie eine Digitalabgabe, ein erweitertes Emissionshandelssystem und eine (national erhobene) Plastiksteuer vorgesehen.⁶⁵ Die Diskussion um die Einführung von originären Unionssteuern ist nicht neu und von der Kommission, welche sich hiervon eine bessere Allokation wirtschaftlicher Ressourcen versprach, mehrfach aufgegriffen worden.⁶⁶

II. Finanzhilfen durch den Europäischen Stabilitätsmechanismus

Die dargestellten Kontroversen führen sodann zu der Frage, ob die EU nicht sinnvollerweise auf bereits etablierte Krisenmechanismen, hier vor allem auf den ESM, hätte zurückgreifen können. Dies geschah bereits zu Beginn der Pandemie, indem sich die Eurogruppe, aber eben nur diese, auf die Bereitstellung eines Rettungsfonds durch den ESM verständigt hatte.⁶⁷ Ein über die Krisenreaktion hinaus-

gehender Wiederaufbaufonds, wie es die RRF ist, könnte durch den ESM jedoch nicht adäquat bereitgestellt werden. Dies ergibt sich bereits daraus, dass jener für asymmetrische Schocks, welche die Mitgliedstaaten im Rahmen der Eurokrise unterschiedlich stark trafen, geschaffen wurde und darüber hinaus nur Kredite vergeben werden können, die wiederum strengen Konditionalitätsvorschriften unterliegen.⁶⁸ Die nun zu behebenden wirtschaftlichen Schäden gründen allerdings nicht im individuellen Staatsverschulden, sondern sind Folgen einer globalen Pandemie. Würde das Aufbauinstrument nur Kredite verbunden mit strengen Konditionalitätsklauseln umfassen, wäre es für finanziell ohnehin schon angeschlagene Mitgliedstaaten umso schwieriger, zukünftig ohne weitere Kredithilfen auszukommen. Eine umfangreiche Krisenreaktion ist nur ohne diese Konditionalität, nicht zuletzt um einen politischen Konsens zu erreichen, möglich, was letztendlich nicht mit den ESM-Statuten vereinbar gewesen wäre.⁶⁹

Vergleicht man schließlich die Haftungsregelung des ESM mit jener kritisierten von NGEU, so ist festzustellen, dass Art. 8 V ESM-Vertrag eine klare Haftungsbegrenzung vorsieht. Allerdings kann sich auch hier der Haftungsanteil bis zur jeweiligen Haftungsbegrenzung erhöhen, sofern ein Mitgliedstaat nicht in das Stammkapital einzahlt, was faktisch ebenfalls ein gesamtschuldnerisches Haftungselement darstellt.⁷⁰

III. Einbeziehung der Europäischen Zentralbank

Ein anderer denkbarer Krisenakteur ist die EZB. Interessanterweise wurde anlässlich der Pandemie das sog. Pandemic Emergency Purchase Programme (PEPP), welches anfänglich Anleihenkäufe i. H. v. 750 Mrd Euro vorsah, geschaffen.⁷¹ Es handelt sich daher nicht um eine alternative, sondern um eine kumulative Krisenreaktion. Denn ein zentraler Unterschied zu NGEU liegt in der beabsichtigten Zweckrichtung der Hilfsmaßnahmen; so soll PEPP keine wirtschaftlichen Aufbauhilfen bereitstellen, sondern durch das umfangreiche Ankaufprogramm »den allgemeinen geldpolitischen Kurs« lockern.⁷² Die Ankäufe rufen jedoch Zweifel einerseits im Hinblick auf die durch das BVerfG in

⁶⁰ *Classen*, BT-Ausschussdr. 19(21)111 neu, S. 6.

⁶¹ Art. 9 Abs. 4 des Eigenmittelbeschlusses spricht bzgl. der Mitgliedstaaten von »last resorts«, ABl. EU 2020 Nr. L 424, S. 1, 7.

⁶² *Krämer*, How to make EU bonds a safe(r) European asset, CEPS Policy Insights 2020, S. 4 f.

⁶³ Vgl. bereits bzgl. des Euro-Rettungsschirms, *Schäuble*, EU-Rettungsschirm: Folgt der Einstieg in eine Transferunion?, ifo Schnelldienst 3/2011, 3.

⁶⁴ von der Groeben/Schwarze/Hatje/*Smulders/Keppenne* (Fn. 10), Art. 136 AEUV Rn. 13; Meyer (Fn. 14), EuZW 2021, 16 (21).

⁶⁵ ABl. EU 2020 NR. L 424, S. 2; vgl. Deutsche Bank Research, EU-Krisenpaket, 13.8.2020, S. 4 f., https://www.dbresearch.de/PROD/RPS_DE-PROD/PROD000000000511038/EU-Krisenpaket%3A_Erhöhte_Haushaltsobergrenze_und_%28n.PDF?undefined&reaload=V6e-q93i2NFjAPBqAkaL8qAf0Hj19/gEdhudF2LR2tSUY41c2EQsaCwdxeRYi-2uwW, zuletzt abgerufen am 9.9.2020.

⁶⁶ Vgl. *Wilms*, Die Reform des EU-Haushaltes im Lichte der Finanziellen Vorausschau 2007-2013 und des Vertrages von Lissabon - neue Perspektiven für die Europäische Union?, EuR 2007, 707 (732); umfassend Pechstein/Nowak/Häde/*Häde*, Frankfurter Kommentar zu EUV, GRV und AEUV Bd. 4, 1. Auflage (2017), Art. 311 AEUV Rn. 50 ff.

⁶⁷ Deutsche Welle, Eurogruppe macht Corona-Hilfen über Rettungsfonds ESM klar, 8.5.2020, <https://www.dw.com/de/eurogruppe-macht-corona-hilfen-über-rettungsfonds-esm-klar/a-53375741>, zuletzt abgerufen am 9.9.2021.

⁶⁸ *Pröbstl*, Unions- und verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer gemeinsamen fiskalischen Antwort der Eurozonen-Mitgliedstaaten auf COVID-19, EuZW 2020, 305 (307); *Goldmann*, The Case for Corona Bonds, 4.5.2020, DOI: <https://dx.doi.org/10.17176/20200406-011217-0>.

⁶⁹ *Schäfer*, ESM-Kredite zur Bekämpfung der Corona-Krise greifen zu kurz, Wirtschaftsdienst 2020 Heft 5, 351 (353 f.).

⁷⁰ *Meyer*, Corona-Bonds – Solidarität mit Kollektivhaftung?, 21.4.2020, <https://www.ludwig-erhard.de/orientierungen/corona-bonds-solidaritaet-durch-kollektivhaftung/>, zuletzt abgerufen am 9.9.2021.

⁷¹ ABl. EU 2020 Nr. L 91, S. 1 ff.; der Gesamtumfang wurde später auf 1.350 Mrd. € erweitert, siehe EZB, Pressemitteilung - Geldpolitische Beschlüsse, 4.6.2020, <https://www.bundesbank.de/resource/blob/834288/a42c30fdbd25bcfe8253c2aa3a2d33aa/mL/2020-06-04-beschluesse-download.pdf>, zuletzt abgerufen am 9.9.2021.

⁷² EZB, Pressemitteilung - Geldpolitische Beschlüsse, 30.4.2020, <https://www.bundesbank.de/resource/blob/832188/74aa6d-f698ed92ff531d2fc6f2c8831c/mL/2020-04-30-beschluesse-download.pdf>, zuletzt abgerufen am 9.9.2021.

seiner PSPP-Entscheidung betonte Kompetenzzwahrung der EZB und andererseits bezüglich des Verbots der monetären Staatsfinanzierung gemäß Art. 123 AEUV hervor.⁷³ In seiner Presseerklärung betonte das BVerfG, dass jenes Urteil sich nur auf das PSPP-Programm beziehen würde.⁷⁴ Allerdings sind die Ausführungen, dass das EZB-Mandat nachvollziehbar zwischen wirtschafts- und währungspolitischen Maßnahmen abgegrenzt werden müsse⁷⁵, auch für die rechtliche Legitimität von PEPP von außerordentlicher Relevanz.⁷⁶

Vor diesem Hintergrund ist es nicht verwunderlich, dass die Kommission in ihrem Vorschlag zur Schaffung eines Aufbauinstruments, vermutlich auch unter dem Einfluss der deutlichen Worte des BVerfG, keine weitere Einbeziehung der EZB erwogen hat.

IV. Nationale Mittelbereitstellung

Die umstrittene Gewährung von »verlorenen« Zuschüssen und die Haftungsfrage gegenüber anderen Mitgliedstaaten ließ besonders europakritische Stimmen laut werden, welche die Kontroverse um den »sparsamen« Norden und den »verschuldeten« Süden aufgriffen.⁷⁷

Es ließe sich daher fordern, dass zunächst die Nationalstaaten eigene Mittel bereitstellen sollten, z.B. in Form einmaliger Vermögensabgaben, bevor Vermögenstransfers in der EU stattfinden.⁷⁸

Entwickelt man dieses Szenario weiter, so wird ersichtlich, dass hierin keine dauerhaft nachhaltige Lösung zu sehen ist. Zum einen verschwinden dadurch nicht einfach die marktbasieren nationalen Kredit-Ratings, welche bereits zu Pandemiebeginn für einige Staaten den Zugang zum Kapitalmarkt erschwerten.⁷⁹ Zum anderen ist es eine Verklärung, das Nord-Süd-Gefälle allein auf individuelle Fehler einiger Staaten zurückzuführen, denn seine vielfältigen Ursachen reichen zurück bis zur besonders in Italien wütenden Pest im 17. Jahrhundert.⁸⁰ Vor diesem Hintergrund ist es kein konstruktiver Ansatz, die Nationalstaaten auf eigene Be-

mühungen um finanzielle Nothilfen zu verweisen. Vielmehr zeigt sich die Stärke der EU in ihrem Verbundscharakter und ihrer wirtschaftlichen Interdependenz, was letztendlich auch zu einem Wandel der mitgliedstaatlichen Akzeptanz von »Coronabonds« führte.⁸¹

F. Nächste Generation EU?

I. Erlebt die EU einen Hamilton - Moment?

Schuldenaufnahme, Gemeinschaftshaftung und Transferzahlungen – die im Zusammenhang mit dem Aufbauinstrument verwendeten Begriffe lassen angesichts ihrer rechtspolitischen Dimension unweigerlich Parallelen zu einer Fiskalunion erkennen. Die von der RRF ausgehende Wirkung lässt vermuten, dass die EU einen »Hamilton-Moment« durchlebt, welcher die Föderalisierung von Schulden auf Unionsebene umschreibt und im Jahr 1790 auf Vorschlag *Alexander Hamiltons* die Herausbildung der Vereinigten Staaten maßgeblich bedingt hat.⁸² Der Eindruck, dass sich auch für die EU ein historischer Moment ereignet haben könnte, wird nicht zuletzt dadurch bekräftigt, dass selbst der damalige Bundesminister der Finanzen *Olaf Scholz* von der »vielleicht größten Veränderung seit Einführung des Euro« sprach.⁸³ Zwar verleiten eine solche Betitelung und die mediale Hervorhebung zu historischen Vergleichen. Dennoch spricht der tatsächliche Inhalt des Aufbauinstruments dagegen. So muss rekapitulierend gesagt werden, dass der Wiederaufbaufonds zweckgebunden, befristet sowie seinem Umfang nach begrenzt ist und damit auch der EU-Haushalt zukünftig weiter durch Eigenmittel finanziert wird, was deutlich gegen jegliche Föderalisierungsbestrebungen spricht.

Zudem spiegelt sich die offenkundigste Errungenschaft *Hamilton's* – die Vergemeinschaftung bereits vorhandener Schulden der Bundesstaaten – in dem betrachteten Eigenmittelbeschluss, welcher eine gemeinschaftliche Haftung nur in Bezug auf die Anleiheausgabe durch die Kommission vorsieht,⁸⁴ nicht wider.⁸⁵ Ein wirklicher Strukturwandel ist der Krisenreaktion damit nicht beizumessen.

II. Wandel des europäischen Selbstverständnisses

Dennoch liegt der RRF ein Wandel des europäischen Selbstverständnisses zugrunde. Anders als noch die ESM-Hilfen,

⁷³ Gentsch, Die EZB ultra vires?, BKR 2020, 576 (577).

⁷⁴ BVerfG, Pressemitteilung Nr. 32/2020, 5.5.2020.

⁷⁵ BVerfGE 154, 17 (95).

⁷⁶ Vgl. Calliess, BT-Ausschussdr. 19(21)101, S. 2; krit. zur flexiblen Handhabung des Programmes, Gentsch (Fn. 73), BKR 2020, 576 (583 f.); zur Einstufung als unbedenklich, Grund, Legal, compliant and suitable: The ECB's Pandemic Emergency Purchase Programme (PEPP), 25.3.2020, https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/20200325_PEPP_GrundII.pdf, zuletzt abgerufen am 9.9.2021.

⁷⁷ Vgl. bspw. Kleine Anfrage der AFD an die Bundesregierung, BT-Drs. 19/24983, S. 1 ff.; Tesche, The European Union's response to the coronavirus emergency: an early assessment, LSE Discussion Paper Series No. 157/2020, 1 (5 f.).

⁷⁸ Meyer (Fn. 14), EuZW 2021, 16 (16).

⁷⁹ Johs, Wie Investoren mit hohen Staatsschulden umgehen, in: Keuschnigg/Kogler (Hrsg.), Die Wirtschaft im Wandel (2021), 123 (124 ff.).

⁸⁰ Alfani, Plague in seventeenth-century Europe and the decline of Italy: an epidemiological hypothesis, European Review of Economic History 2013, 408 (413); Ioannidis (Fn. 37), ZaöRV 2020, 773 (781).

⁸¹ Vgl. Bremer/Genschel, Corona Solidarity, 7.5.2020, <https://euideas.eu.eu/2020/05/07/corona-solidarity/>, zuletzt abgerufen am 9.9.2021.

⁸² Issing, The COVID-19 crisis: A Hamilton moment for the European Union?, International Finance 2020, 340 (346).

⁸³ Scholz, Gemeinsame Schuldenaufnahme in EU wird bleiben, 23.8.2020, <https://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/finanzminister-olaf-scholz-gemeinsame-schuldenaufnahme-in-eu-wird-bleiben-16917063.html>, zuletzt abgerufen am 9.9.2021.

⁸⁴ Vgl. oben D. I.).

⁸⁵ Kapoor, This isn't Europe's »Hamilton« moment, 22.5.2020, <https://www.politico.eu/article/this-isnt-europes-hamilton-moment/>, zuletzt abgerufen am 9.9.2021; Schwarzer/Vallée, Pushing the EU to a Hamiltonian Moment, DGAP Policy Brief No. 10 2020, 1 (8).

welche an strenge Auflagen geknüpft waren,⁸⁶ zeichnet sich der Wiederaufbaufonds durch Solidarität und Konsensfindung aus, denn vor allem Mitgliedstaaten mit schlechtem Kredit-Rating sollen sich, wie gezeigt wurde, günstiger refinanzieren können. Darin zeigt sich die starke Betonung der mitgliedstaatlichen Solidarität, gegenüber derer das Erfordernis strikter Konditionalität zurücktritt.⁸⁷ Der gefundene Konsens insbesondere zwischen den »frugal four«⁸⁸ und den südeuropäischen Staaten wird vor allem bei Betrachtung der Auszahlungsanforderungen deutlich. Hierzu müssen die Staaten sog. Aufbau- und Resilienzpläne der Kommission vorlegen, die zusammen mit dem Rat der EU und unter Beachtung der Vorgaben des Europäischen Semesters über die Zahlung entscheidet.⁸⁹ Die Konditionalität ist dadurch weitestgehend aufgeweicht, ohne dass die Mitgliedstaaten jedoch völlig ungebunden in der Mittelverwendung verfahren können. Zudem ermöglicht ein Bremsmechanismus, dass die Zahlungen bei Nicht-Einhaltung der Kriterien gestoppt werden können.⁹⁰ Insgesamt ist die RRF ein adäquates Aufbau- und Finanzinstrument, denn die Pandemie betrifft, anders als die Euro-Krise, keine einzelnen Staaten, sondern ist durch ein Virus bedingt, welches unabhängig von Staatsschuldenquoten den europäischen Binnenmarkt weitestgehend zum Erliegen gebracht hat.

⁸⁶ Vgl. Art. 3, 12 und 13 des ESM-Vertrages.

⁸⁷ Einerseits bedingt durch die explizite Nennung in Art. 122 AEUV, andererseits in Art. 3 III UAbs. 3 EUV als Unionsprinzip niedergelegt, Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Terhechte* (Fn. 20), Art. 3 EUV Rn. 57; vgl. umfassend *Ionnidis* (Fn. 37), *ZaöRV* 2020, 773 (774 ff.).

⁸⁸ Umfasst die Niederlande, Österreich, Dänemark und Schweden. Auch Finnland teilte die anfängliche Ablehnung, siehe *Leino*, *Who is ultra vires now?*, 18.6.2020, DOI: <https://dx.doi.org/10.17176/20200618-124211-0>.

⁸⁹ ABl. EU 2021 Nr. L 57, S. 35 f. (Art. 12, 14).

⁹⁰ ABl. EU 2021 Nr. L 57, S. 33 (Art. 10).

G. Fazit

Die geschaffene Recovery and Resilience Facility und der dies ermöglichende Eigenmittelbeschluss zeigen, dass die Mitgliedstaaten in der Lage sind, bestehende Diskrepanzen zu überwinden. Die Beschlüsse werden getragen von mitgliedstaatlicher Solidarität und gegenseitigem Vertrauen, insbesondere aufgrund möglicher Nachschusspflichten.

Allerdings wäre es verfrüht zu sagen, dass hiermit der Weg zur Finanzunion geebnet wurde, auch wenn die Rechtsakte ein Indikator hierfür sein mögen. Ob die hier betrachtete Krisenreaktion der EU den Weg für solche Veränderungen geebnet hat, lässt sich erst rückblickend sinnvoll bewerten. Schließlich signalisieren sowohl die EU-Haushaltsvorschriften als auch die verfassungsrechtlichen Grenzen, dass die auf die supranationale Ebene übertragene Kompetenz für Währungspolitik einen solchen Integrationsschritt unter gegebenen rechtlichen Vorschriften ohnehin nicht stützen könnte. Nichtsdestotrotz deutet insbesondere die »Einbettung« der Finanzhilfen in EU-Programme an, dass gemeinschaftliche Schulden als politisches Mittel zukünftig Anklang finden könnten. Letztendlich bleibt festzuhalten, dass es mit der RRF und NGEU vermutlich gelingen wird, nicht nur die wirtschaftlichen Schäden der Pandemie zu beheben, sondern darüber hinaus tatsächlich ein resilienteres und zukunftsfähiges Europa der nächsten Generation zu schaffen – sie könnten ihrem Namen gerecht werden.

GdR Aufsatz

Timo Marcel Albrecht, Svenja Brand, Leonore Merth, Christoph Schuch und Tristan Wißgott*

Recht und Literatur

Ein interdisziplinärer Forschungsüberblick mit Werkstattbericht

Der nachfolgende Beitrag gewährt einen Überblick über das interdisziplinäre Forschungsgebiet Recht und Literatur und bietet, ausgehend von den Erfahrungen des Göttinger Arbeitskreises Recht und Literatur während des Sommersemesters 2021, zudem einen Einblick in praktische Anwendungsbeispiele.

A. Einleitung

Während die Frage nach dem berühmtesten Prozess in der Rechtswissenschaft kontrovers diskutiert werden müsste, fiel eine Entscheidung in der Literaturwissenschaft wohl ohne größere Diskussion auf *Franz Kafkas Der Prozeß* (1925) selbst.¹ Das Werk, das mit der Verhaftung von Josef K.² beginnt und anschließend dessen »Prozess« darstellt, ist sowohl Meilenstein der Literaturgeschichte als auch Paradebeispiel für das Forschungsfeld *Recht und Literatur*.

Kafka, der selbst Jurist war, verhandelt in seinen Werken immer wieder rechtliche Themen, die zu grundsätzlicher Diskussion, etwa um Rechtsstaatlichkeit, anregen und das (juristische) Einfühlungsvermögen oder gar den Gerechtigkeitssinn schärfen können. So wirft die Erzählung *Vor dem Gesetz*³ (1915) Fragen über den Zugang zum Recht auf. Und *Das Urteil*⁴ (1913) hinterfragt die grundsätzliche Differenzierung zwischen juristischen und gesellschaftlichen Urteilen.

* *Timo Marcel Albrecht* ist Doktorand an Göttingens Juristischer Fakultät und arbeitet als wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl für Deutsche Rechtsgeschichte und Bürgerliches Recht (Prof. Dr. *Eva Schumann*).

Svenja Brand studiert Neuere deutsche Literatur, Komparatistik, Deutsche Philologie und Geschichte an der Georg-August-Universität Göttingen.

Leonore Merth studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen.

Christoph Schuch studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen.

Tristan Wißgott studiert Rechtswissenschaft, Geschichte und Philosophie an der Georg-August-Universität Göttingen und ist studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Rechts- und Sozialphilosophie (Prof. Dr. Dr. *Dietmar von der Pforden*).

1 *Kafka*, *Der Prozeß*, Frankfurt a. M., Suhrkamp (2021), S. 7 ff.

2 Da Figuren fiktionstypisch zwar als Personen gelten, sie aber als der Imagination von empirischen Autor:innen entsprungene Artefakte oder auch als mit Bedeutung aufgeladene Symbole nicht ohne Weiteres mit empirischen Personen in eins gesetzt werden können, werden Figuren hier und im Folgenden nicht kursiv gesetzt. Zum Konzept »Figur« vgl. ausführlich *Köppe/Kindt*, *Erzähltheorie. Eine Einführung* (2014), S. 115–179.

3 *Kafka*, *Vor dem Gesetz*, in: Höfle (Hrsg.), *Franz Kafka – Die großen Erzählungen*, 7. Auflage (2020), S. 82 f.

4 *Kafka*, *Das Urteil*, in: Höfle (Hrsg.) *Franz Kafka – Die großen Erzählungen*, 7. Auflage (2020), S. 7 ff.

Anregende Fragen lassen sich so allein aus einem Streifzug durch *Kafkas* Werk gewinnen. Wäre Letzteres auch noch Gegenstand juristischer Auseinandersetzungen gewesen, hätte man wesentliche Spielarten des Forschungsfelds *Recht und Literatur* beisammen. Dieses wird im Folgenden in seiner historischen Entwicklung (B.), seinen diversen Spielarten (C.) und anhand konkreter Beispiele (D.) vorgestellt. Grundlage des Artikels bilden insbesondere die Erkenntnisse sowie Erfahrungen des im Sommersemester 2021 gegründeten Arbeitskreises *Recht und Literatur* an der Georg-August-Universität Göttingen.

B. Historische Entwicklung des Forschungsfelds

Die gemeine Erzählung der Entwicklung des Forschungsfelds *Recht und Literatur* begnügt sich mit kurzen Verweisen auf die Texte von *John Wigmore*, *Benjamin Cardozo* sowie das sog. Gründungswerk des Forschungsbereichs, namentlich *James Boyd Whites* Opus *The Legal Imagination*, und referiert die Breite bzw. Fülle der folgenden Debatten in den USA, die ihren Weg schließlich auch nach Europa und Deutschland fanden.⁵ Das kritische Potenzial sowie die Abgrenzung zur *law-and-economics*-Bewegung, die das Recht zweckrational und effizienzorientiert versteht, werden abschließend meist ebenfalls genannt.⁶

Tatsächlich sind jedoch zahlreiche Differenzierungen nötig, und zwar mit Blick auf die geographische und zeitliche Verortung sowie die konkreten inhaltlichen Ansätze, um die Forschungsentwicklung zu *Recht und Literatur* adäquat darzustellen.⁷ So entwickelte sich das Forschungsfeld in den USA sowie in Deutschland unterschiedlich sowie mit nur begrenzten gegenseitigen Einflüssen, wobei jeweils andere Ansatz- und Schwerpunkte bestanden.

5 *Wigmore*, *A List of Legal Novels*, *Northwestern University Law Review* 1908, 574 ff.; *Cardozo*, *Law and Literature*, *Yale Review* 1925, 699 ff.; *White*, *The Legal Imagination* (1973).

6 Vgl. stellvertretend für viele *Jean-Claude*, *Law and Literature*, *Forum Recht* 2003, 86 f.; *Kirste*, *Literatur und Recht*, in: Hilgendorf/Joerden (Hrsg.), *Handbuch Rechtsphilosophie* (2017) S. 315 ff.; *Klimke*, *Recht & Literatur*, *JA* 2016, 1125 ff.; *Schramm*, *Law and Literature*, *JA* 2007, 581 ff.

7 Zuletzt wurde dies mehrfach angemahnt, vgl. nur *Olson*, *De-Americanizing Law and Literature Narratives*, *Law and Literature* 2010, 338 ff.; *Gaakeer*, *European Law and Literature*, in: Porsdam/Elholm (Hrsg.), *Dialogues on Justice. European Perspectives on Law and Humanities* (2012), S. 44 ff.; in Bezug auf die USA s. auch *Hursh*, *A Historical Reassessment of the Law and Literature Movement in the United States*, *GRAAT On-Line Issue*, 14 June 2013, 4 ff.

I. Recht und Literatur avant la lettre

Als *Jacob Grimm* sein geflügeltes Wort über den gemeinsamen Ursprung von Recht und Literatur sprach («aus einem Bette aufgestanden»), sorgte die Sprache als verbindendes Element – und noch vor strikter Ausdifferenzierung der Wissenschaftsdisziplinen – für eine Nähe, geradezu für eine Einheit der beiden.⁸ Der Germanist *Grimm* sah damals sowohl Recht als auch Literatur als Teile einer gemeinsamen Kultur, die sich gegenseitig beeinflussten, teilweise ineinander übergangen. Das Recht sollte demnach gewissermaßen aus der Literatur, der Poesie entnommen werden oder war selbst Poesie.⁹

Mit der Ausdifferenzierung von Recht und Literatur als eigenständige Fachdisziplinen löste sich diese Nähe auf. Jedoch begannen sich Juristen im Deutschen Reich gegen Ende des 19. Jahrhunderts für Literatur, die rechtliche Themen behandelte, zu interessieren und veröffentlichten erste Abhandlungen dazu.¹⁰

Zu jener Zeit finden sich auch in den USA erste Abhandlungen zum Recht in der Literatur.¹¹ Häufiger zitiert werden *A List of Legal Novels* von *John Wigmore*, der eine Sammlung rechtlich relevanter literarischer Erzählungen zusammentrug, sowie *Benjamin Cardozos* Aufsatz *Law and Literature*, in dem dieser über das Verhältnis zwischen beiden Feldern räsonierte.¹² Bis 1973, dem Jahr der Veröffentlichung von *The Legal Imagination*, folgten weitere maßgebende Werke, etwa von *Paul Squires*, *Helen Silving* und *Filmer Northrop*, die als Wegbereiter für *The Legal Imagination* eingeordnet werden können.¹³

Damals lag der Fokus der v.a. von Juristen betriebenen Forschung, die sich auf Einzelabhandlungen beschränkte und noch kein formalisiertes Forschungsfeld darstellte, bis auf wenige Ausnahmen auf der Diskussion von Recht in der Literatur. Diese Frühphase lässt sich als *Recht und Literatur avant la lettre* bezeichnen, verstand man sich doch noch nicht als eigenständiges Forschungsfeld oder gar – wie in den USA ab den 1970er-Jahren – als eine Bewegung.

⁸ *Grimm*, Von der Poesie im Recht (1815); s. dazu auch *Lüderssen*, Die Juristen und die schöne Literatur, NJW 1997, 1106 ff.; für die USA vgl. *Hursh* (Fn. 7), GRAAT On-Line Issue, 14 June 2013, 4 (5 ff.).

⁹ *Grimm* (Fn. 8).

¹⁰ Bekannt und benannt sind häufig die Texte *Jherings* und *Kohlers* zu *Shakespeares* Der Kaufmann von Venedig, die die Rechtmäßigkeit von *Portias* Urteil im Streit zwischen *Antonio* und *Shylock* diskutieren (s. dazu *Lüderssen* (Fn. 8)). Einreihen lässt sich hier auch *Hans Fehr*, der den umfassenden Band *Das Recht in der Dichtung*, aber auch – weitergehend das Recht als Literatur verstehend – Die Dichtung im Recht veröffentlichte (*Fehr*, Das Recht in der Dichtung (1931); *ders.*, Die Dichtung im Recht (1936)).

¹¹ *Hursh* (Fn. 7), GRAAT On-Line Issue, 14 June 2013, 4 (5 ff., 11 ff.).

¹² *Cardozo* (Fn. 5), Yale Review 1925, 699 ff.

¹³ Vgl. zu diesen *Hursh* (Fn. 7), GRAAT On-Line Issue, 14 June 2013, 4 (11 ff.).

II. Die Entstehung einer Bewegung in den USA

Nach dem lange vorherrschenden ›Great Book Approach‹ bahnte *James Boyd White* mit *The Legal Imagination* (1973) eine neue Phase an. Er legte eine Art Lehrbuch vor, das die Bedeutung von Sprache sowohl in der Literatur als auch im Recht und Möglichkeiten der Interpretation des Rechts durch Methoden der Literaturwissenschaft veranschaulichte. Sein Ziel war die schulende Sensibilisierung angehender Jurist:innen für die Offenheit der Interpretation von Rechtstexten, die eine Sache der Imagination sei.¹⁴

Infolge des monumentalen Werks *Whites* folgte schnell eine Reihe von Repliken und interdisziplinären Konferenzen, welche weiteren Austausch anregten und zur Gründung wissenschaftlicher Zeitschriften führten. Zu Recht wurde schnell der Begriff der Bewegung (*movement*) laut angesichts der breiten und rasanten Entwicklung, die *law and literature* in der US-Wissenschaft letztlich institutionalisierte.¹⁵ Zu Gute kamen dem ›neuen‹ Forschungsfeld ferner die allgemeine Unzufriedenheit mit bzw. Zweifel an der Objektivität von Rechtsnormen.¹⁶

Dabei blieb man nicht beim *White'schen* Ansatz stehen, sondern entwickelte auch gänzlich andere, produktive Formen. Die Bewegung oder das Forschungsfeld in den USA hatte über die ersten Jahrzehnte unterschiedliche Ansatz- und Schwerpunkte, die *Julie Stone Peters* in »Humanismus« im Sinne *Whites* (70er), »Hermeneutik« durch Einbeziehung der Literaturtheorie (80er) und »Narrative« als Sichtbarmachung von marginalisierten Gruppen (90er) einteilt.¹⁷ Ergänzend lässt sich noch der *Poetic-Justice*-Ansatz hinzufügen, der weitgehend als *White* für ethische Fragestellungen sensibilisieren sollte und eine explizite Antwort auf die *law-and-economics*-Bewegung darstellte.¹⁸ Die Einordnung von *Recht und Literatur* allein als Gegenbewegung zu *law and economics*, deren Streit in der Grundsatzkritik des *law-and-economics*-Pioniers *Posner* gipfelte, ist in diesem Sinne mithin nur teilweise zutreffend.¹⁹

Heute finden sich neben spezifischeren Publikationen auch Diskussionen um Grundsatzfragen, wie die nach der Interdisziplinarität, dem Übergang zu *law and culture* und darüber hinausgehende methodische Ansätze.²⁰ Während z.T. Ab-

¹⁴ *White* (Fn. 5); s. dazu auch *Hursh* (Fn. 7), GRAAT On-Line Issue, 14 June 2013, 4 (14 ff.); allgemein *Minda*, Law and Literature, in: *ders.*, Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence At Century's End (1996), S. 149 ff.

¹⁵ Vgl. Dazu *Hursh* (Fn. 7), GRAAT On-Line Issue, 14 June 2013, 4 (17 ff.).

¹⁶ *Peters*, Law, Literature, and the Vanishing Real, PMLA 120 (2005), 442 ff.; allgemeiner *Minda* (Fn. 14), S. 149 ff.

¹⁷ So *Peters* (Fn. 16), PMLA 120 (2005), 442 (444 ff.)

¹⁸ Vgl. stellvertretend für viele *Nussbaum*, Poetic Justice (1995).

¹⁹ *Posner*, Law and Literature – A misunderstood Relation (1988), S. 1 ff.; zu *law and economics* vgl. *Minda*, Law and Economics, in: *ders.* Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence At Century's End (1996), S. 83 ff.; *Müller*, Ökonomische Theorie des Rechts, in: *Buckel/Christensen/Fischer-Lescano* (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, 3. Auflage (2020), S. 351 ff.

²⁰ Vgl. dazu etwa *Gaakeer* (Fn. 7); *Peters* (Fn. 16), PMLA 120 (2005), 442

gesänge auf *Recht und Literatur* vorgebracht werden, entwickeln sich auch neue Ansätze, bspw. in der Verbindung von Menschenrechten und Literatur.²¹

III. Das Forschungsfeld *Recht und Literatur* in Deutschland

Die Entwicklungen in den USA wurden in Deutschland unterschiedlich rezipiert und es stellt sich bis heute ein eher gespaltenes Bild des mittlerweile als Forschungsfeld anerkannten Bereichs *Recht und Literatur* dar.

So wurden zum einen die Entwicklungen in den USA von Vertreter:innen der kritischen Rechtswissenschaft aufgenommen und ein stärkeres Engagement von Literaturwissenschaftler:innen entstand. Von Ersteren wurden insbesondere der im Sinne *Whites* und *Nussbaums* propagierte Mehrwert der Lektüre schöner Literatur, die Analyse der Entstehung von juristischen Sachverhalten im Gegensatz zu literarischen Erzählungen oder das Aufdecken nicht erzählter Geschichten im Recht oder juristischer Sachverhalte übernommen und diskutiert.²² Die Literaturwissenschaft machte zahlreiche hermeneutische Methoden sowie theoretische Ansätze wie u.a. Dekonstruktion und Diskursanalyse für die Analyse und Interpretation juristischer Texte fruchtbar.²³

Zum anderen wurde und wird jedoch auch weiter traditionell, wie zu den Anfängen nach dem ›Great Books Approach‹, veröffentlicht.²⁴ Auch die *Dichterjurist:innen* im Sinne *Wohlhaupters* bildeten nach wie vor einen Schwerpunkt.²⁵ Die Untersuchung zum *law-as-narrative*-Ansatz von *Ruth Blufarb* ist hingegen eher die Ausnahme.²⁶ Gleichzeitig lässt sich – auch durch das gesteigerte Engagement von Literaturwissenschaftler:innen – eine wachsende Interdisziplinarität verzeichnen.²⁷

Die in Deutschland übernommenen Impulse spiegeln also nur in Ansätzen die Breite und Tiefe der Forschungen in den USA wider. Auch von einer Institutionalisierung kann

(443); umfassend *Anker/Mayler* (Hrsg.), *New Directions in Law and Literature* (2017).

21 *Stonebridge*, *Writing & Righting – Literature in the Age of Human Rights* (2021), S. 1 ff.; *Ward* (Hrsg.), *Literature and Human Rights* (2017).

22 S. etwa *Holzleithner*, »Ulysses ist nicht leicht zu verstehen« – Ein Streifzug durch *Law and Literature*, *juridikum* 2004, 33 ff.; s. auch *Theurer*, *Recht und Literatur – Narrative der (Un-)Sichtbarmachung sexualisierter Gewalt*, *KJ* 2015, 434 ff.

23 Vgl. nur *Weitin*, *Recht und Literatur* (2010).

24 Dafür stehen insbesondere die neueren Veröffentlichungen *Bodo Pieth*, s. etwa *Pieth*, *Recht und Literatur – von Friedrich Schiller bis Martin Walser* (2015).

25 *Wohlhaupter*, *Dichterjuristen*, 3 Bde. (1953–56), hrsg. v. H. G. Seifert; s. dazu auch *Kastner*, *Literatur und Recht*, *NJW* 2003, 609 ff.

26 *Blufarb*, *Geschichten im Recht. Übertragbarkeit von »Law as Narrative« auf die deutsche Rechtsordnung* (2017); zu *law as literature* in Deutschland allgemein *Lachenmaier*, *Die Law as Literature-Bewegung* (2008).

27 *Mölk* (Hrsg.), *Literatur und Recht – literarische Rechtsfälle von der Antike bis in die Gegenwart* (1996); *Greiner*, *Das Forschungsfeld Recht und Literatur*, in: *Greiner/Thums/Graf Vitzthum* (Hrsg.), *Recht und Literatur – Interdisziplinäre Bezüge* (2010), S. 7 ff.

nur teilweise gesprochen werden – von einer Bewegung ganz zu schweigen. Eher lässt sich ein fragmentiertes Bild konstatieren, in dem wahlweise Recht oder Literatur oftmals eher als *Accessoire* verstanden wird. Jedoch scheint sich angesichts eines DFG-Forschungsprojekts an der Universität Münster,²⁸ der Zunahme von Lehrveranstaltungen und studentischen Initiativen wie dem Arbeitskreis *Recht und Literatur* an der Georg-August-Universität Göttingen einiges zu ändern.

C. »Spielarten« der Beschäftigung mit *Recht und Literatur*

Im Folgenden sollen die im Forschungsfeld *Recht und Literatur* meistdiskutierten Bereiche ›Literatur als Gegenstand von Recht‹ (I.), ›Recht als Sprache und Literatur‹ (II.), ›Recht in der Literatur‹ (III.) und der besondere Fall juristisch (aus-)gebildeter Schriftsteller:innen (›Dichterjurist:innen‹, IV.) skizziert werden. Wesentlich für das gesamte Forschungsgebiet ist, dass sich eine angestrebte Interdisziplinarität nicht im Nebeneinander von rechts- und literaturwissenschaftlicher Arbeit erschöpft.²⁹ Produktive Interdisziplinarität erfordert vielmehr einen Austausch auf Augenhöhe, für den das Erfragen und teilweise Aneignen gegenseitiger Fachbegriffe, Theorien und Methoden ebenso relevant sind wie eine Auseinandersetzung mit ›fremden‹ Argumentationsformen, die wiederum für das je eigene Fach fruchtbar gemacht werden können.³⁰ Erst solch ein – etwa in Kapitel D. rekapitulierter – Austausch schafft aus der rein beordnenden Konjunktion ›und‹ zwischen *Recht und Literatur* sowie aus der durch die Reihenfolge der Begriffe insinuierten Hierarchie zwischen beiden Forschungsbereichen³¹ eine echte, symmetrische Verbindung.

28 Es handelt sich um den Sonderforschungsbereich (SFB) 1385 *Recht und Literatur* an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster, der zum 1. Juli 2019 von der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) für die Dauer von zwölf Jahren eingerichtet wurde, s. <https://www.uni-muenster.de/SFB1385/>. In ihm sollen, wie es auf der Internetseite heißt, »Literaturwissenschaft und Rechtswissenschaft als gleichberechtigte Partner« stärker als bislang kooperieren. U. a. wird dabei eine Online-Enzyklopädie zu *Recht und Literatur* aufgebaut: <https://www.uni-muenster.de/SFB1385/forschung/enzyklopaedierechtundliteratur.html>.

29 In Anlehnung an die amerikanische Rechtswissenschaftlerin *Jane B. Baron* kritisiert *Christine Künzel*, dass im Forschungsfeld *Recht und Literatur* »der Anspruch auf Interdisziplinarität [...] dem Zustand eines mehr oder weniger leidenschaftslosen Nebeneinanderherforschens in beiden Bereichen gewichen [ist].«; vgl. *dies.*, »Aus einem Bette aufgestanden«. Anmerkungen zum ›Verhältnis‹ zwischen Recht und Literatur, in: *Hofmann* (Hrsg.), *Figures of Law. Studies in the Interference of Law and Literature* (2007), S. 115 ff.

30 Intensiv setzt sich *Bernhard Greiner* mit dem Problem auseinander, dass »wirkliche Grenzüberschreitungen von einem Feld und von einer wissenschaftlichen Disziplin zur anderen selten zu verzeichnen sind«, und zeigt mit seinem Aufsatz in dem von ihm gemeinsam mit *Barbara Thums* und *Wolfgang Graf Vitzthum* vorgelegten Sammelband *Recht und Literatur* eine Möglichkeit auf, Interdisziplinarität im genannten Forschungsfeld zu systematisieren. Statt eines reinen Nebeneinanders strebt *Greiner* das »wechselseitige verändernde Ineinanderwirken von literarischem und juridischem Diskurs« an. Anhand der nachfolgenden Aufsätze im Band wird die entwickelte Systematik praktisch vorgeführt. *Greiner* (Fn. 27), S. 7 (10, 20).

31 Vgl. zur Frage nach dem Verhältnis von Recht und Literatur in Be-

I. Literatur als Gegenstand von Recht

Literatur ist Gegenstand rechtlicher Fragen in mannigfaltiger Hinsicht. Das reicht von banal anmutenden, aber für Literat:innen existenzsichernden Regelungen zum Verlags- und Urheberrecht³² über grundrechtlich sensible Jugendschutznormen³³ bis hin zu rechtlich schwer fassbaren Konflikten zwischen Kunstfreiheit und Allgemeinem Persönlichkeitsrecht, die nachfolgend im Fokus stehen sollen.

Das Grundgesetz bestimmt in Art. 5 III 1 GG: Die Kunst ist »frei« – und diese Kunstfreiheit genießt als vorbehaltlos gewährleitetes Grundrecht den größtmöglichen noch abwägungsfähigen Schutz, den das Grundgesetz zu bieten vermag.³⁴ Die Rechtsanwendung sieht sich allerdings einigen Schwierigkeiten ausgesetzt, die schon damit beginnen, zu definieren, was »Kunst« ist – das BVerfG spricht gar von der »Unmöglichkeit, Kunst generell zu definieren.«³⁵ Nichtsdestoweniger ist die Quadratur des Kreises aus zwei Gründen alternativlos.

Zum einen gilt: »Was der Staat nicht definieren kann, das kann er auch nicht schützen«³⁶. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) definiert die Kunst daher als »die freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden«³⁷. Das Problem ist damit freilich nur verlagert, nicht gelöst. Ist ein Roman ein Roman, weil »Roman« draufsteht?

Zum anderen ist auch die Kunstfreiheit nicht davor gefeit, in Konflikt mit anderen Grundrechten zu geraten. Das BVerfG hat dazu das im Grundgesetz unmittelbar nicht verbürgte »Allgemeine Persönlichkeitsrecht« aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG herausgelesen.³⁸ Davon potenziell umfasst sind ehrverletzende literarische Darstellungen realer Personen – womit sich die Frage stellt, wie Kunstfreiheit und Allgemeines Persönlichkeitsrecht miteinander in Einklang gebracht werden können.

Die Komplexität dieser Frage lässt sich exemplarisch am »Esra«-Urteil des BVerfG zum gleichnamigen Roman von

Maxim Biller (erschienen 2003) ablesen.³⁹ Das BVerfG geht in seiner Entscheidung zunächst einen »kunspezifischen, ästhetischen Maßstab« zu: »Ein literarisches Werk, das sich als Roman ausweist, ist daher zunächst einmal als Fiktion anzusehen, das keinen Faktizitätsanspruch erhebt. Ohne eine Vermutung für die Fiktionalität eines literarischen Textes würde man die Eigenarten eines Romans als Kunstwerk und damit die Anforderungen der Kunstfreiheit verkennen. Diese Vermutung gilt im Ausgangspunkt auch dann, wenn hinter den Romanfiguren reale Personen als Urbilder erkennbar sind«⁴⁰. Die Vermutung ist jedoch eine widerlegliche. Das BVerfG bietet eine »Je-Desto-Formel« zur Bestimmung, wann eine Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts nicht mehr von der Fiktionalisierung aufgewogen wird: »Je stärker Abbild und Urbild übereinstimmen, desto schwerer wiegt die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts. Je mehr die künstlerische Darstellung die besonders geschützten Dimensionen des Persönlichkeitsrechts berührt, desto stärker muss die Fiktionalisierung sein, um eine Persönlichkeitsrechtsverletzung auszuschließen«⁴¹.

Die »Je-Desto-Formel« ist schlicht eine Möglichkeit zur Abwägung, um die widerstreitenden Interessen doch ausgleichen zu können.⁴² Damit ist zugleich der Kritik Vorschub geleistet. Schon im Sondervotum heißt es, es sei »widersprüchlich, die Anwendung eines Maßstabs, der seine Begründung gerade darin findet, dass Kunst Reales in neue Wirklichkeiten verwandelt, sogleich zu relativieren, vom Ausmaß der Abweichung des Kunstwerks vom Realen abhängig zu machen und die künstlerisch verwandelte Realität damit doch wieder für bare Münze zu nehmen«⁴³. Einen »kunspezifischen« Maßstab anzulegen, sei richtig. Dann müsse aber gelten: »Entweder ist das Werk insgesamt ein Roman und erzählt Fiktives, oder es ist gar kein Roman«⁴⁴.

zug auf die Hierarchisierung zwischen beiden Bereichen die sprachwissenschaftlich-geschlechtertheoretisch perspektivierte Studie von *Künzel* (Fn. 29), S. 115 ff.

32 § 1 UrhG: »Die Urheber von Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst genießen für ihre Werke Schutz nach Maßgabe dieses Gesetzes«; Einzelheiten dann nach §§ 2 ff. UrhG.

33 §§ 1 ff. JuSchG.

34 BVerfGE 30, 173 (189), st. Rspr.; vgl. umfassend und m.w.N. *Hufen*, Die Kunstfreiheit, in: Mertens/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. IV (2011), § 101 Rn. 79 ff.

35 BVerfGE 75, 369 (377); vgl. weiter *Zöbele*, Warum läßt sich die Kunstfreiheit nicht definieren?, NJW 1998, 1372 ff.; *Geiger*, Zur Diskussion um die Freiheit der Kunst, in: FS Leibholz, Bd. II (1966), S. 187 ff.

36 *Isensee*, Wer definiert die Freiheitsrechte? (1980), 26.

37 BVerfGE 30, 173 (188 f.); 67, 213 (226); 83, 130 (138).

38 Vgl. umfassend Maunz/Dürig/*Di Fabio*, GG, 94. EL. Januar 2021, Art. 2 Abs. 1 Rn. 127 ff. m.w.N.

39 BVerfGE 119, 1 ff. – *Biller* hat in dem Roman seine frühere Liebesbeziehung verarbeitet; die beteiligten Figuren sind eindeutig als reale Personen identifizierbar. Diese wollten sich nicht damit abfinden, dass intime Details ihres Privatlebens veröffentlicht sowie weitere hinzugedichtet wurden, und machten einen Unterlassungsanspruch aus §§ 823, 1004 BGB analog geltend. Vom LG München bis zum BGH hatten sie damit Erfolg; der Verlag wehrte sich mit der Verfassungsbeschwerde.

40 BVerfGE 119, 1 (28).

41 BVerfGE 119, 1 (30).

42 Vgl. *Schröder*, Die Je-desto-Formel des Bundesverfassungsgerichts in der Esra-Entscheidung und ihre Bedeutung für Grundrechtsabwägungen, DVBl. 2008, 146 ff.

43 BVerfGE 119, 1 (39) (abw. Meinung *Hohmann-Dennhardt/Gaier*).

44 BVerfGE 119, 1 (44) (abw. Meinung *Hohmann-Dennhardt/Gaier*). Vgl. weiter *Eichner/Mix*, Ein Fehlurteil als Maßstab? Zu Maxim Billers Esra, Klaus Manns Mephisto und dem Problem der Kunstfreiheit in der Bundesrepublik Deutschland, Internationales Archiv für Sozialgeschichte der Literatur 32 (2007), 183 ff.; *Vosgerau*, Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht als Universalschranke der Kunstfreiheit. Ein Irrweg der Rechtsprechung, Der Staat 48 (2009), 107 (112 ff.); *Wittreck*, Mephisto, Esra und Salomo. Konflikte zwischen Persönlichkeitsschutz und Kunstfreiheit nach der »Esra«-Entscheidung des BVerfG (BVerfGE 119, 1), Jura 2009, 128 (134 f.); dagegen etwa *Bunia*, Fingierte Kunst. Der Fall Esra und die Schranken der Kunstfreiheit, Internationales Archiv für Sozialgeschichte der Literatur 32 (2007), 161 ff.; *ders.*, Minderheitenschutz, nicht Zensur. Die Grenzen der Meinungs- und Kunstfreiheit, Merkur Nr. 705 (2008), 103 ff.

›Literatur als Gegenstand von Recht‹ ist ein spannungsreiches Thema. *Esra* ist – neben dem im Arbeitskreis diskutierten und unter C.I. aufgegriffenen Roman *Mephisto* von *Klaus Mann* – nur ein ebenso bekanntes wie anschauliches Beispiel; die dahinterstehenden Probleme treten durchgehend auf. So mannigfaltig die Formen von Literatur sind, so vielgestaltig sind auch die sich daraus ergebenden Konflikte. Ein Forum zur Austragung dieser Konflikte zu bieten, ist Aufgabe des Rechts.

II. Recht als Sprache und Literatur

Dass Recht mit Sprache arbeitet, ist ein Allgemeinplatz.⁴⁵ Neben sprachphilosophischen Betrachtungen⁴⁶ sind es vor allem ›*Law as Literature*‹-Ansätze, die aus dieser Einsicht Konsequenzen ziehen. Vier disparate Ansätze, Recht als Literatur zu betrachten,⁴⁷ sollen im Folgenden vorgestellt werden.

Recht wird, erstens, unter dem Gesichtspunkt der Hermeneutik literaturwissenschaftlich betrachtet. Als Lehre des ›Verstehens‹ von Texten⁴⁸ betrifft sie Literatur wie Rechtswissenschaft gleichermaßen: Beide sind auf das Verständnis der zu untersuchenden Texte angewiesen. Die juristische Methodenlehre kommt allerdings selten über die von *Savigny* zum Kanon erhobenen vier Auslegungsmethoden – grammatische, systematische, historische, teleologische – hinaus.⁴⁹ Die Literaturwissenschaft hat ein deutlich weiter ausdifferenziertes theoretisch-methodisches Handwerkszeug,⁵⁰ wobei nicht verkannt werden sollte, dass verschiedene Ansätze in der juristischen Methodenlehre literaturtheoretischen Erkenntnissen nahekommen können.⁵¹

Die Rechtstheorie ist daher primär dazu aufgerufen, die eigenen Erkenntnisse durch engere Rezeption literaturwissenschaftlicher Forschung nachzujustieren und im interdisziplinären Gespräch zu bleiben.

Zum Zweiten steht dem gegenüber die dekonstruktivistische Betrachtung, nach der die hermeneutische Suche eines Textsinns sinnlos sei. Die wesentlich durch *Jaques Derrida* angestoßene und auf die Rechtswissenschaft übertragene Ansicht geht stattdessen davon aus, dass ein Text – überspitzt formuliert – jede Bedeutung und ihr Gegenteil enthält; ein regelgeleitetes Herausarbeiten einer normativen Aussage aus einer Rechtsnorm könne es daher nicht geben.⁵² Potenzial liegt vor allem in der Adaption dieser Perspektive durch unter ›*Critical Legal Studies*‹ subsumierte Ansätze ebenso wie durch feministische Rechtstheorien.⁵³ Wenn Recht nicht methodischen Regeln folgt, sondern vor allem durch Entscheidungen erzwungen wird, ist zentral, wer entscheidet. Gleichwohl dürfte die Rechtswissenschaft ein ausgeprägtes Interesse daran haben, den Glauben an ›Gerechtigkeit‹ durch normative Vorgaben nicht aufzugeben, die Dekonstruktion also nur mit einiger Vorsicht rezipieren.⁵⁴

Drittens gibt es die erzähltheoretische (narratologische) Perspektive.⁵⁵ Diese ist wiederum sehr divers, weil sie Erkenntnisse der ihrerseits heterogenen Erzähltheorie verarbeitet.⁵⁶ Der Fokus liegt auf den vom Recht erzählten ›Geschichten‹: Verfassungspräambeln erzählen große Gründungsgeschichten,⁵⁷ Straftatbestände berichten, wie eine Bande eine Wohnung ausräumt.⁵⁸ Der Nutzen dieser Einblicke für die Rechtswissenschaft ist allerdings begrenzt: So ließe sich etwa vorsichtig an Methoden des *common law* anknüpfen, indem man fragt, welche ›Geschichte‹ der

45 Überblick bei *Thiel*, *Recht und Sprache*, in: Krüper (Hrsg.), *Grundlagen des Rechts*, 4. Auflage (2021), § 13. Ausführlich, aber recht heterogen die Beiträge in *Lerch* (Hrsg.), *Die Sprache des Rechts*, 3 Bde. (2004–05); vgl. dazu *Lahusen*, *Justitia in Babylon. Neues von Sprache und Recht*, RG 8 (2006), 189 ff. – Aus der Handbuchliteratur vgl. statt vieler *Kirste* (Fn. 6), S. 315 ff.

46 Vgl. *Bung/Abraham*, *Sprachphilosophie*, in: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, 3. Auflage (2020), S. 87 ff.; *Endicott*, *Law and Language*, in: Coleman/Shapiro (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (2003), S. 935 ff.

47 Vgl. *Binder/Weisberg*, *Literary Criticisms of Law* (2000), S. 20 ff.; im Anschluss daran etwa auch *Blufarb* (Fn. 26), S. 26, 146 f. – Dort wird jeweils noch eine kulturelle Perspektive genannt, wie sie etwa in dem Werk von *Nussbaum* (Fn. 18) eingenommen wird; dabei werden allerdings nur Erkenntnisse der anderen Perspektiven aufgegriffen und in ethische Programme übersetzt.

48 Vgl. allgemein *George*, *Hermeneutics*, in: *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stand: 9.12.2020; *Gadamer*, *Hermeneutik*, in: Ritter (Hrsg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. III (1974), Sp. 1061 ff.; mit Bezug zur Rechtswissenschaft *Klatt*, *Juristische Hermeneutik*, in: Hilgendorf/Joergen (Hrsg.), *Handbuch Rechtsphilosophie* (2017), S. 224 ff.

49 Pars pro toto *Engisch*, *Einführung in das juristische Denken*, 12. Auflage (2018), S. 130 ff.; *Wank*, *Juristische Methodenlehre* (2019), §§ 7–10; vgl. ebd., § 6 Rz. 225 ff. zu wenig rezipierten Ansätzen der Kanonkritik.

50 Siehe *Köppe/Winko*, *Neuere Literaturtheorien. Eine Einführung*, 2. Auflage (2013).

51 Vgl. dazu *Lomfeld*, *Narrative Jurisprudence*, JZ 2019, 369 (370 f.) mit weiterer Diskussion einzelner Auslegungsmethoden im Vergleich zu literaturtheoretischen Ansätzen; ähnlich *Blufarb* (Fn. 26), S. 160 ff.

52 *Derrida*, *Gesetzeskraft. Der »mystische Grund der Autorität«* (1991); vgl. einführend *Seibert*, *Derrida und das Modell der Dekonstruktion*, in: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, 3. Auflage (2020), S. 29 ff.

53 Vgl. *Frankenberg*, *Partisanen der Rechtskritik. Critical Legal Studies etc.*, in: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, 3. Auflage (2020), S. 171 ff.; *Elsuni*, *Feministische Rechtstheorie*, in: ebd., S. 225 ff., jew. m.w.N.

54 *Lüderssen*, *Law as Literature, oder wenn die Wissenschaft zur Kunst wird. Dekonstruktion in der Jurisprudenz*, in: ders., *Produktive Spiegelungen. Recht in Literatur, Theater und Film*, 2. Auflage (2002), S. 47 ff.; *Seibert* (Fn. 52), S. 29 (43 f.)

55 Vgl. zum Folgenden *von Arnould*, *Was war, was ist – und was sein soll. Erzählen im juristischen Diskurs*, in: Klein/Martínez (Hrsg.), *Wirklichkeitserzählungen. Felder, Formen und Funktionen nicht-literarischen Erzählens* (2009), S. 14 (23 ff.); *ders.*, *Norms and Narrative*, GLJ 18 (2017), 309 ff.; weiter *Blufarb*, (Fn. 26), S. 193 ff. und passim.

56 Siehe *Martínez/Scheffel*, *Einführung in die Erzähltheorie*, 11. Auflage (2019).

57 »We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness« (US-Unabhängigkeitserklärung von 1776); »Im Bewußtsein seiner Verantwortung vor Gott und den Menschen, von dem Willen beseelt, als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen, hat sich das Deutsche Volk kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt dieses Grundgesetz gegeben« (Grundgesetz von 1949).

58 Nach §§ 242 I, 244 I Nr. 2, 3, IV StGB.

Gesetzgeber erzählen wollte, und ob der vorliegende Fall dem vergleichbar ist, um ergänzende Argumente bei der Normauslegung zu gewinnen.⁵⁹

Weiter gibt es, viertens, den rhetorischen Ansatz. Juristische Rhetorik wird dann relevant, wenn man ›Recht‹ nicht auf ›Recht haben‹ begrenzt, sondern auch auf ›Recht bekommen‹ – einem geläufigen Sprichwort zufolge zwei voneinander zu trennende Zustände – erstreckt.⁶⁰ Die Frage ist dann, wie sich eine Rechtsposition argumentativ überzeugend einfassen lässt.⁶¹ In der juristischen Ausbildung findet dieser Aspekt wenig Beachtung; die Erkenntnis der Sprachlichkeit des Rechts bietet die Möglichkeit, diese Schwäche zu reflektieren und auszubessern.⁶²

Der Überblick zeigt: Die Erkenntnis, dass Recht Sprache ist und Literatur sein kann, eröffnet Perspektiven, die der rechtsdogmatischen Arbeit verschlossen bleiben. Die in diesen Perspektiven liegenden Möglichkeiten kritischer Reflexion sollte die Rechtswissenschaft nutzen, ohne die Grenzen dieser Kritik zu verkennen.⁶³

III. Recht in der Literatur

Wenn Recht – in Form von Prozessen, juristischen Figuren, Straftatbeständen, Rechtsnormen oder bezogen auf moralisch-juridische Themen – Eingang in fikional-literarische Texte findet, ist damit das Feld von ›Recht in der Literatur‹ aufgerufen.⁶⁴ In interdisziplinärer Hinsicht stellt sich die Frage nach den Möglichkeiten und dem Mehrwert einer Untersuchung rechtlicher Themen in fiktionalen Texten. *Bernhard Greiner* schlägt in einem Systematisierungsversuch zur wechselseitigen Beziehung von Recht und Literatur zwei Denkrichtungen vor: Die erste befasst sich damit, wie mittels Literatur Erkenntnisse für und über das Recht gewonnen werden können.⁶⁵ Zum einen seien literarische Interpretationsansätze, -methoden und -theorien

produktiv für eine rechtswissenschaftliche Diskussion nutzbar.⁶⁶ Zum anderen könne Literatur für historische Epochen, in denen kodifizierte Rechtszeugnisse fehlen oder nicht in Masse vorhanden sind, Einblicke in Rechtsnormen und Rechtspraktiken gewähren.⁶⁷ Literatur wird damit zur rechtsgeschichtlichen Quelle, etwa wenn *Hartmann von Aue* mittelhochdeutsche Legende *Gregorius* auf die Rechtsfolgen für ein aus einem Inzest hervorgegangenes Kind Ende des 12. Jahrhunderts befragt wird.⁶⁸

Im Kontext der zweiten Denkrichtung geht es dezidiert um die Thematisierung juristisch-juristischer Themen in Literatur,⁶⁹ aber in der Form, dass »[d]er literarische Diskurs [...] als das metonymisch Andere des juristischen Diskurses in den Blick genommen«⁷⁰ wird. Juristische Fachfragen können sich also im Feld von Literatur behandelt finden. So verarbeitet der Jurist *Johann Wolfgang von Goethe* in seiner *Faust*-Dichtung den Kindsmord, ein v.a. im ausgehenden 18. Jahrhundert viel diskutiertes Problem. Als 22-jähriger Anwalt hat *Goethe* zumindest die realhistorischen Vernehmungsprotokolle im Fall der Frankfurter Dienstmagd *Susanna Margaretha Brandt*, die 1772 wegen Kindsmords hingerichtet wurde und als Vorbild für die Figur des Gretchens diente, gekannt, er hat den Verhören »möglicherweise selber beigewohnt«⁷¹. Während Mephistopheles über das als Mörderin hingerichtete Gretchen ein Verdammungsurteil fällt (»Sie ist gerichtet!« (V. 4611)), rechtfertigt in einem Gnadenakt die »Stimme von oben« Gretchen in einem widersprechend-aufhebenden »Ist gerettet!«. Auch *Gottfried August Bürger* – als Amtmann und damit juristisch im bei Göttingen gelegenen Gelliehausen tätig – behandelt in seiner Ballade *Des Pfarrers Tochter von Taubenhain*⁷² (1781) die »schuldlos« (Str. 3, V. 2) unehelich schwanger gewordene und im »Wahnsinn« (Str. 34, V. 2) ihr Kind tötende Pfarrerstochter Rosette. Die in der Fiktion bei *Goethe* (»gerettet«) und *Bürger* (»schuldlos«) deutlich werdenden Stellungnahmen passen zu den realhistorischen Liberalisierungstendenzen im Strafrecht Ende des 18. Jahrhunderts,⁷³ die auch durch eine literarisch-intellektuelle Diskursteilnahme befördert wurden. So kann Literatur, indem sie gesellschaftliche Entwicklungen und Transformationen abbildet, katalysiert oder Gegenentwürfe zeigt und Kritik an bestehenden Normen übt, produktiv

⁵⁹ Vgl. *Blufarb* (Fn. 26), S. 528 ff.

⁶⁰ Eingehend *Kalivoda*, Juristische Rhetorik. Systematische, historische und interdisziplinäre Aspekte der forensischen Beredsamkeit, in: Lerch (Hrsg.), *Die Sprache des Rechts*, Bd. II (2005), S. 321 ff.; vgl. auch *Gröschner*, Justizsylogismus? Jurisprudenz!, in: ebd., S. 203 ff. – Grundlegend zu Recht als kommunikativem Prozess *Luhmann*, Konflikt und Recht, in: ders., *Ausdifferenzierung des Rechts* (1999), S. 92 ff.

⁶¹ *Haft*, Juristische Rhetorik, 8. Auflage (2009); *Gast*, Juristische Rhetorik, 4. Auflage (2005); *Gräfin von Schlieffen*, Juristische Rhetorik, in: Hilgendorf/Joergen (Hrsg.), *Handbuch Rechtsphilosophie* (2017), S. 290 ff. – In den USA war es vor allem der Begriff der »courtroom narratives«, der die rhetorische Perspektive eröffnete; einflussreich *White*, Law as Rhetoric, Rhetoric as Law, *University of Chicago Law Review* 85 (1985), 684 ff.

⁶² Vgl. neben den Nachweisen der vorstehenden Fn. auch *Gräfin von Schlieffen*, Wie Juristen begründen. Entwurf eines rhetorischen Argumentationsmodells für die Rechtswissenschaft, *JZ* 2011, 109 (115 f.).

⁶³ Ausgewogen zu den Grenzen *Kirste* (Fn. 6), S. 315 (321).

⁶⁴ Aufgrund der hier gebotenen Kürze fehlt eine Betrachtung des Phänomens ›Recht in der Literatur‹ in komparatistischer und übernationaler Hinsicht – diese Perspektive wäre für eine umfangreichere Arbeit in jedem Fall wünschenswert.

⁶⁵ *Greiner* spricht hier von *Literatur in der Perspektive des Rechts*, ders. (Fn. 27), S. 7 (12).

⁶⁶ *Greiner* (Fn. 27), S. 7 (12–14).

⁶⁷ *Greiner* (Fn. 27), S. 7 (14). Die dritte von *Greiner* angesprochene Möglichkeit, nach der Literatur Menschen zu aktivem, gültigen Rechtsnormen entgegenstehendem Handeln motivieren könne, ist für den hier untersuchten Gegenstandsbereich von Recht in der Literatur von weniger großer Bedeutung, spielt für das gesamte Forschungsfeld *Recht und Literatur* aber sicher keine zu unterschätzende Rolle. Vgl. *Greiner* (Fn. 27), S. 7 (15).

⁶⁸ Vgl. zu dieser Frage etwa *Corneau/Störmer*, *Hartmann von Aue*, 3. Auflage (2007), S. 120 f.

⁶⁹ *Greiner* nennt diesen Bereich Recht in der Perspektive der Literatur, ders. (Fn. 27), S. 7 (15).

⁷⁰ *Greiner* (Fn. 27), S. 7 (16).

⁷¹ *Schöne*, *Johann Wolfgang Goethe: Faust. Kommentare*, 2. Auflage (2017), S. 194.

⁷² *Bürger*, *Des Pfarrers Tochter von Taubenhain*, in: Grimm (Hrsg.): *Gottfried August Bürger: Gedichte* (1997), S. 94 ff.

⁷³ Vgl. *Schöne* (Fn. 71), S. 196; sowie *Mitze*, *Recht*, in: Anz (Hrsg.), *Handbuch Literaturwissenschaft*, Bd. I (2007), S. 425 (428).

auf eine Gesellschaft (und ihr rechtliches Ordnungssystem) zurückwirken. Insbesondere ist es literarischen Texten möglich, rechtsphilosophische Grundlagenfragen wie z. B. nach dem Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit zu behandeln.⁷⁴ So können bei eindeutigem Tathergang juristisch klar zu bescheidende Schuldfragen in der Fiktion eine andere Gewichtung erhalten, indem Beweggründe für eine Tat intern fokalisiert⁷⁵ aus Täter:innensicht geschildert werden oder eine sympathische, Empathie und Identifikation fördernde Präsentation einer Figur durch die Erzählinstanz erfolgt.⁷⁶ So ist es nicht verwunderlich, dass »in der Literatur Delikte strafrechtlicher Art [dominieren], und hierbei eindeutig Kapitaldelikte«⁷⁷, die das größtmögliche Empörungs- und Identifikationspotenzial und die »Möglichkeit einer besonders plakativen Auseinandersetzung mit der [...] Frage nach Wesen, Ursprung und Regulierung des ›Bösen‹«⁷⁸ bieten. Neben dem emotionalisierenden Aspekt kann die literarische Auseinandersetzung mit rechtlichen Themen auch ein besseres Verständnis von Recht anleiten,⁷⁹ etwa, indem Rechtsnormen auf eine weithin verständliche Ebene gehoben werden.⁸⁰ Die literarische Behandlung rechtlicher Themen bietet weit mehr als den »Aspekt einer schönen Dekoration«⁸¹ rechtlicher Fragestellungen. Literatur kann zum Verhandlungsraum werden, in dem weiter und anders gedacht werden kann, als es das positive Recht erlaubt, und aus dem heraus reale Rechtsnormen und -praktiken eine kritische Reflexion erfahren.

IV. Dichterjurist:innen

Unter dem Begriff ›Dichterjurist:innen‹ wird in der Forschung sehr Disparates verstanden: Das Spektrum reicht von einer engen Definition, welche nur ausgebildete Volljurist:innen in den Blick nimmt, die »sich jedoch in erster Linie als Schriftsteller einen Namen gemacht haben«⁸², über eine sehr basale Definition der Art, dass »Schriftsteller, die zugleich Juristen waren, [...] als Dichterjuristen bezeichnet [werden]«⁸³, bis zu einer sehr weiten Definition, unter die »nicht nur Autoren fallen, die tatsächlich als Juristen tätig waren oder sind, sondern auch solche, die überhaupt eine universitäre juristische Ausbildung (begonnen) hatten, so dass sich ihre rechtliche (Vor-)Kenntnis in erhellende Beziehung zu ihren Werken setzen lässt«⁸⁴.

74 Vgl. *Mitze* (Fn. 73), S. 425 (426).

75 Zu diesem aus der Erzähltheorie stammenden Begriff, der nach der Perspektive fragt, aus der erzählt wird, vgl. *Martínez/Scheffel* (Fn. 56), S. 67–71 sowie *Köppe/Kindt* (Fn. 2), S. 208–226.

76 Vgl. dazu auch *Mitze* (Fn. 73), S. 425 (427).

77 *Mitze* (Fn. 73), S. 425 (428).

78 *Mitze* (Fn. 73), S. 425 (428).

79 Vgl. *Zeuch*, Recht und Literatur um 1800 im Kontext des *law and literature movement*, Internationales Archiv für Sozialgeschichte der deutschen Literatur 31 (2006), 77 (77).

80 Vgl. *Müller-Dietz*, Recht und Kriminalität in literarischen Brechungen (2016), S. 30 f.

81 *Künzel* (Fn. 29), S. 115 (124).

82 *Mitze* (Fn. 73), S. 425 (428).

83 *Pieroth*, Einleitung, in: ders. (Hrsg.), *Deutsche Schriftsteller als angehende Juristen* (2018), S. XIII (XIII).

84 *Nilges*, Einleitung, in: dies. (Hrsg.), *Dichterjuristen. Studien zur Poesie*

Den Ansätzen ist gemein, dass sie zwei Aspekte in den Blick nehmen: den »juristische[n] Lebensweg des Dichterjuristen einesteils, Recht und Staat in seinem geistigen Werk andernteils«⁸⁵, wie es bereits 1953 wegweisend der Rechtshistoriker *Eugen Wohlhaupter* formulierte. Wesentlicher als die reine Definitionsfrage ist der Blick auf die Verbindung von Recht und Literatur in der Person von Dichterjurist:innen im jeweils konkreten Fall, etwa mit Blick auf die Frage, wie sich eine rechtswissenschaftliche Ausbildung oder Tätigkeit auf das literarische Schreiben auswirken kann⁸⁶ oder wie andersherum das Schreiben von (fiktionaler) Literatur Einfluss nimmt auf die Arbeit als Jurist:in.⁸⁷ Vielgenannte deutschsprachige Dichterjuristen⁸⁸ sind etwa *Martin Opitz*, *Jacob Grimm* und *Johann Wolfgang von Goethe*, *Novalis*, *E. T. A. Hoffmann*, *Heinrich Heine*, *Franz Kafka*, *Bernhard Schlink* und *Ferdinand von Schirach*. Auch *Heinrich von Kleist* wird häufig hinzugezählt.⁸⁹

Dass der Beruf als Jurist:in sich produktiv auf die schriftstellerische Tätigkeit und *vice versa* auswirken kann, wird am Beispiel der promovierten Juristin und diplomierten Schriftstellerin *Juli Zeh* deutlich.⁹⁰ Nach einer Systematisierung *Sabrina Wagners* beschreibt *Zeh* selbst eine Verbindung zwischen ihrem Jurastudium und Schreiben auf den Ebenen Inhalt, Sprachverwendung und Konzeption:⁹¹ Zum einen fänden sich für sie selbst relevante und mit dem juristisch-juristischen Diskurs in Verbindung stehende Fragen wie die nach Moral und Werten in ihrer Literatur wieder.⁹² Zum anderen gehe es im Recht wie in der Literatur »immer um

des Rechts vom 16. bis 21. Jahrhundert (2014), S. 9 (10).

85 *Wohlhaupter* (Fn. 25), Bd. I, S. 169.

86 Vgl. *Mitze* (Fn. 73), S. 425 (428).

87 Die doppelte Tätigkeit als Jurist:in und Dichter:in rührt in nicht wenigen Fällen daher, dass es erst seit Mitte des 19. Jahrhunderts (vgl. *Schweikle*, *Dichter*, in: *Schweikle/Schweikle* (Hrsg.), *Metzler Literatur Lexikon. Begriffe und Definitionen*, 2. Auflage (1990), S. 98 (99)) einzelne Berufsdichter:innen gab, die allein von ihrem Schreiben den Lebensunterhalt bestreiten konnten; bis in die Gegenwart hinein üben Schriftsteller:innen häufig einen ›Brotberuf‹ aus.

88 Eine Erweiterung der Forschung auf Dichterjuristinnen vor dem 21. Jahrhundert ist wünschenswert.

89 Vgl. *Pieroth*, *Heinrich von Kleist*. An die Rechte meines Herzens will ich mich halten, in: ders. (Hrsg.), *Deutsche Schriftsteller als angehende Juristen* (2018), S. 45 ff.

90 *Juli Zeh* ist außerdem Richterin am Verfassungsgericht des Landes Brandenburg, *Thör*, *Juli Zeh*, *Autor:innenlexikon*, 19.08.2019, https://www.uni-due.de/autorenlexikon/zeh_kurzbiographie, zuletzt abgerufen am 27.09.2021.

91 Vgl. diese Systematisierung bei *Wagner*, *Aufklärer der Gegenwart*. Politische Autorschaft zu Beginn des 21. Jahrhunderts – *Juli Zeh*, *Ilija Trojanow*, *Uwe Tellkamp* (2015), S. 66.

92 Vgl. *Wagner* (Fn. 91), S. 66 sowie *Lange/Weber*, »Über Recht und Literatur«. Ein Gespräch mit *Juli Zeh* und *Martin Mosebach*, in: *Weber* (Hrsg.), *Literatur, Recht und Musik*. Tagung im Norkolleg Rendsburg vom 16. bis 18. September 2005 (2007), S. 183 (187). Ebendort sagt *Zeh*, »daß sich auch Inhalte aus dem Studium, nicht so sehr konkrete Fälle oder einzelne Anekdoten oder Erlebnisse, mehr eigentlich Gedanken hintergründe über Fragen, die für mich mit dem Recht in Verbindung standen, Fragen moralischer Natur, Fragen über das Wertesystem und dergleichen, eben auch in die Literatur quasi eingeschlichen haben.«

Sprache«⁹³, darum, den Worten einen Sinn abzuringen (in der juristischen Tätigkeit) bzw. für eine Situation passende Worte zu finden (im schriftstellerischen Tun).⁹⁴ Schließlich gibt Zeh an, dass sie nicht wisse, ob sie »überhaupt in der Lage wäre, Romane zu schreiben, wenn ich nicht Jura studiert hätte«⁹⁵ – das im Jurastudium erlernte analytische Denken helfe bei der Textorganisation, dabei, den roten Faden beizubehalten.⁹⁶ In *Von der Heimlichkeit des Schreibens* schildert Zeh darüber hinaus, wie ihre ersten veröffentlichten Texte in heimlicher Zurückgezogenheit parallel zu ihren beiden juristischen Staatsexamen als »unzusammenhängende Textfetzen«⁹⁷ entstanden, nur so sei ihr das Schreiben möglich gewesen. Und sie führt aus: »Ohne diese Art des Schreibens könnte ich mich selbst, mein Leben und die Welt nicht ertragen.« So kann das fiktionale Schreiben von Jurist:innen – wie wohl von einer Vielzahl von Dichter:innen – auch eine (existenzielle) Möglichkeit sein, sich mit dem eigenen Sein und der entsprechenden Lebensgegenwart auseinanderzusetzen.

D. Werkstattbericht aus dem Göttinger Arbeitskreis Recht und Literatur

Zwecks Veranschaulichung der vorherigen Ausführungen und als Werkstattbericht soll nun nach einer Vorstellung des hiesigen Arbeitskreises (I.) ein Überblick über zentrale Aspekte der dort im vergangenen Sommersemester gelesenen Werke – *Mephisto* von Klaus Mann (II.), *Corpus Delicti* von Juli Zeh (III.) und *Der Fremde* von Albert Camus (IV.) – gegeben werden.

I. Die Gründung des Arbeitskreises Recht und Literatur

Jurastudierende wissen, dass in ihrer Ausbildung das Maß aller Dinge Rationalität (bzw. das Streben danach) ist, was sich insbesondere im formalistischen Gutachtenstil und der Entindividualisierung der in den Fällen beteiligten Personen zeigt. Für Empathie und Ästhetik ist oftmals kein Raum.⁹⁸ Angeregt durch das Seminar *Recht und Literatur – vom Mittelalter bis zur Zeitgeschichte* von Prof. Dr. Eva Schumann fanden sich im April 2021 etwa 15 Studierende und Nachwuchswissenschaftler:innen aus Rechtswissenschaft, Literaturwissenschaft und Germanistik zusammen, um jener rein formalisierten Sichtweise etwas entgegenzusetzen.⁹⁹ Nach einer Einführung in die oben beschriebenen Kategorien von Recht und Literatur wurde über Methoden und

Aspekte, die sich in der interdisziplinären Arbeit beleuchten lassen, diskutiert. Man einigte sich darauf, die eingangs erwähnten Werke in drei Sitzungen zu besprechen. Als Basis für die an die Lektüre anschließenden Diskussionen sollte je ein Vortrag zu literarischen und juristischen Aspekten des jeweils besprochenen Buchs fungieren. Die in den späteren Sitzungen entstandenen Diskussionsprotokolle dienen als Grundlage für die folgenden Werkanalysen.

II. *Mephisto* von Klaus Mann

Das erste der drei im Arbeitskreis gelesenen Werke – *Mephisto. Roman einer Karriere*¹⁰⁰ von Klaus Mann¹⁰¹ – erlangte nicht zuletzt über das gerichtliche Nachspiel rund um sein Erscheinen sowie die berühmte *Mephisto*-Entscheidung¹⁰² des BVerfG große Bekanntheit.¹⁰³ Das (trotz gegenteiliger Beteuerungen des Autors)¹⁰⁴ als Schlüsselroman¹⁰⁵ gedeutete Buch erschien 1936 als Exilveröffentlichung, 1956 in Ostberlin und erst 1963 in der Bundesrepublik.¹⁰⁶ Es erzählt die steile Karriere von Hendrik Höfgen, der auffällige Parallelen zum im NS-Staat reüssierenden Schauspieler und Manns langjährigem Weggefährten Gustaf Gründgens¹⁰⁷ aufweist. Höfgen, der im Theater ganz in der Rolle des Mephisto aus *Goethes Faust* aufgeht, verkörpert dabei den Typus des opportunistischen Karrieristen, der dank seines Arrangements mit der Macht ein vielgefeierter Star des neuen Staats wird. Er paktiert mit dem teuflischen Regime, verabschiedet sich um des Erfolgs willen von seinen Werten

¹⁰⁰ Im Folgenden wird die Rowohlt-Ausgabe von Klaus Mann, *Mephisto. Roman einer Karriere*, 20. Auflage (2016), verwendet.

¹⁰¹ Klaus Mann, 1906–1949, war der älteste Sohn von Thomas Mann und Schriftsteller. Nach seinem Wirken als *Enfant terrible* während der Weimarer Republik und seiner 1933 aufgrund von politischen Repressalien erfolgten Flucht vor den Nationalsozialisten in die USA galt er nicht erst seit seinem frühen Suizid als einer der großen Vertreter der deutschen Exilliteratur. Dazu insgesamt Naumann, Klaus Mann (2006).

¹⁰² BVerfGE 30, 173 ff.

¹⁰³ Dazu umfangreich: Spangenberg, *Karriere eines Romans. Mephisto, Klaus Mann und Gustaf Gründgens. Ein dokumentarischer Bericht aus Deutschland und dem Exil 1925–1981* (1982). Ein weiterer Grund für die Bekanntheit des Stücks stellt die weltweit erfolgreiche Verfilmung des Werkes dar (Regie: István Szabó; Hauptrolle: Klaus Maria Brandauer), die 1982 mit dem Oscar ausgezeichnet wurde.

¹⁰⁴ Mann betonte wiederholt, in seinem Roman nur Typen und keine Porträts darzustellen, s. nur Mann (Fn. 100) S. 391; der Verlag hebt dies noch heute hervor und sieht in dem Werk »ein zeitkritisches Panorama der Zustände im Dritten Reich« (ebd., S. 2).

¹⁰⁵ Dies meint einen *Roman*, der reale Personen und Handlungen thematisiert, aber nicht *expressis verbis*, sondern »verschlüsselt« z.B. über neu zugewiesene Namen und teilverfremdete Geschehnisse. Der fiktionale Text kann durch »Schlüssel« decodiert bzw. »entschlüsselt« werden und so als wahre Geschichte gedeutet werden. Ausführlich dazu: Franzen, *Indiskrete Fiktionen. Theorie und Praxis des Schlüsselromans 1960–2015* (2018).

¹⁰⁶ Hierzu und zum Folgenden von Maltzan, *Masochismus und Macht. Eine kritische Untersuchung am Beispiel von Klaus Manns »Mephisto. Roman einer Karriere«* (2001), S. 9 ff.

¹⁰⁷ Zu ihm detaillierter: Michalzik, *Gustaf Gründgens. Der Schauspieler und die Macht* (1999). Mann hatte u.a. mit Gründgens zeitweise in einer WG bzw. *ménage à quatre* zusammengelebt und war mit ihm über seine Schwester Erika temporär sogar verschwägert.

⁹³ Zitiert nach Wagner (Fn. 91), S. 66.

⁹⁴ Vgl. Wagner (Fn. 91), S. 66.

⁹⁵ Lange/Weber (Fn. 92), S. 183 (199), vgl. auch Wagner (Fn. 91), S. 66 f.

⁹⁶ Vgl. Lange/Weber (Fn. 92), S. 183 (199).

⁹⁷ Zeh, *Von der Heimlichkeit des Schreibens*, in: Greiner/Thums/Graf Vitzthum (Hrsg.), *Recht und Literatur. Interdisziplinäre Bezüge* (2010), S. 317 (320).

⁹⁸ Holzleithner (Fn. 22), *juridikum* 2004, 33 (35).

⁹⁹ »[Literature] expands one's sympathy, it complicates one's sense of oneself and the world, it humiliates the instrumentally calculating forms of reason so dominant in our culture and the like« schreibt der US-amerikanische Professor und Verfechter der *law-and-literature*-Bewegung James Boyd White: *White, Law and Literature: »No Manifesto«*, *Mercer Law Review* 39 (1988), S. 739 (741).

und degeneriert so zu einem »Clown zur Zerstreung der Mörder«¹⁰⁸.

Die Auseinandersetzung mit dem gut lesbaren Werk lohnt juristisch besonders unter dem Aspekt ›Literatur als Gegenstand von Recht‹ – gegen die Veröffentlichung des Buches in der Bundesrepublik wurden wegen möglicher Persönlichkeitsrechtsverletzungen zulasten von *Gründgens* mehrere Gerichtsverfahren geführt. Bemerkenswert ist die Prozesskonstellation, handelte es sich doch bei den Rechtsstreitigkeiten um ein »Duell der Toten«¹⁰⁹: Sowohl *Gründgens* als auch *Mann* nämlich waren zu Prozessbeginn verstorben; den Rechtskampf nahm schließlich *Gründgens*' Alleinerbe auf. Die wechselvolle und jahrelange Justizkaskade eskalierte zivilrechtlich vom LG Hamburg (1965) über das anders entscheidende Hanseatische OLG (1966), den BGH (1968) und per Verfassungsbeschwerde bis zum BVerfG (1971: Mephisto-Entscheidung). Letztere brachte Bedeutsames für das Verhältnis der Kunstfreiheit (Art. 5 III GG) zum Persönlichkeitsrechtsschutz Prominenter (hier dem aus Art. 1 I GG folgenden postmortalen Persönlichkeitsrecht des im Roman erkennbaren *Gründgens*) sowie die praktische Konkordanz mit sich.¹¹⁰ Die letztlich dem Verlag eine Veröffentlichung versagende Verfassungsgerichtsentscheidung war Resultat eines 3:3-Patts im entscheidenden Senat und ging einher mit zwei abweichenden Meinungen. Dieses höchstrichterliche Veröffentlichungsverbot erhitze auch im Arbeitskreis noch die Gemüter. Wenn *Mann*/man allein durch die Wahl der Romanform den Anspruch auf wirklichkeitsgetreue Darstellungen – etwa zur Person *Gründgens* – aufgibt und sich somit für einen fiktionalen Text entscheidet: Sind in dieser Kunstform überhaupt noch Persönlichkeitsrechtsverletzungen möglich? Und welche Grenzen sind der Literatur generell gezogen? Nach dem 1981 erfolgten Wiedererscheinen darf das Buch nunmehr auch wieder legal erworben werden – für eine erneut erfolgreiche Klage war die Kollektiverinnerung an *Gründgens* wohl bereits zu sehr verblasst. (Rechts-)Geschichtlich ist die Auseinandersetzung mit der *Causa Mephisto* aber auch aus anderen Gründen lehrreich: als typisiertes Beispiel für Mitläufertum oder Courage in einer Diktatur, als Lehrstück zu Karrierismus oder künstlerischer Moral sowie für den meist kritikwürdigen Umgang der bundesdeutschen Justiz mit der NS-Vergangenheit.

¹⁰⁸ *Mann* (Fn. 100), S. 2, Einführungstext.

¹⁰⁹ *Reich-Ranicki*, Das Duell der Toten, DIE ZEIT Nr. 12/1966, 18. März 1966.

¹¹⁰ Kritisch: *Eichner/Mix* (Fn. 44), 183 ff.; zum wiederkehrenden Spannungsverhältnis von Kunstfreiheit und Persönlichkeitsrecht: *Pohl*, Wahre Dichtung. Kriterien zum Ausgleich von Kunstfreiheit und Persönlichkeitsrecht am Beispiel von *Esra* und *Mephisto*, 2014. Die *Esra*-Entscheidung, in der das BVerfG im Rahmen einer kunstspezifischen Betrachtung eine (bei einem erkennbarem Faktizitätsanspruch allerdings widerlegbare) Fiktionalitätsvermutung zugunsten des Romanautors aufstellte, diese im konkreten Fall aber angesichts der Schilderung von Details aus dem Intimleben für widerlegt hielt, ist in abgedruckt in BVerfGE 119, 1 ff.

III. *Corpus Delicti* – Ein Prozess von Juli Zeh

»Ich entziehe einer Gesellschaft das Vertrauen, die aus Menschen besteht und trotzdem auf der Angst vor dem Menschlichen gründet«¹¹¹ schreibt Mia Holl, Protagonistin des 2009 erschienenen Romans *Corpus Delicti – Ein Prozess* von *Juli Zeh*, in einer Stellungnahme zu ihrem Prozess. Der Roman, der bereits zu seiner Erscheinung große Aufmerksamkeit auf sich zog¹¹² und lange abiturrelevant war,¹¹³ hat nicht zuletzt in der Corona-Pandemie durch seine Grundsatzfragen zu Gesundheit(-sdiktatur), Demokratie und Freiheit polarisiert;¹¹⁴ manch einer sprach sogar von einem »prophetischen Buch«.¹¹⁵ *Zeh* kritisiert in *Corpus Delicti*, ihrem 2020 erschienenen Buch *Fragen zu Corpus Delicti* sowie in aktuellen Äußerungen¹¹⁶ die Annahme, dass durch wissenschaftliche Erkenntnisse und Voraussagen demokratische Entscheidungsprozesse übergangen werden dürften.

Mia lebt in *Corpus Delicti* unter der Gesundheitsdiktatur namens »METHODE«, in der jede Bewegung staatlich überwacht wird, Krankheiten nicht mehr existieren dürfen und selbstschädigendes Verhalten wie Rauchen eine Straftat darstellt. Als ihr Bruder aufgrund eines Justizfehlers wegen Mordes verurteilt wird und im Gefängnis Suizid begeht, vernachlässigt sie aus Trauer ihre staatlichen Meldepflichten. Es kommt zu einem Strafprozess,¹¹⁷ in dem es Mia gelingt, die Unschuld ihres Bruders zu beweisen, was zu einem für die im Selbstverständnis fehlerfreie METHODE unerträglichen Justizskandal führt.¹¹⁸ Mia wird als Staatsfeindin inszeniert und entgeht am Ende dem »Einfrieren auf unbestimmte Zeit« durch eine Begnadigung.¹¹⁹

Die im Text verarbeiteten staatsrechtlichen und rechtsphilosophischen Fragen boten im Arbeitskreis viel Dis-

¹¹¹ *Zeh*, »Corpus Delicti – ein Prozess« (2015), Stuttgart, Ernst Klett Verlag, S. 186.

¹¹² *Granzin*, Die erpresste Sorge um sich, taz Archiv, Ausgabe 8835, 14. März 2009; *Geyer*, Geruchlos im Hygieneparadies, FAZ Nr. 50 v. 28.02.2009, S. Z5.

¹¹³ *Carl*, *Corpus Delicti* (2009) in Kontexten, in: Standke (Hrsg.) Schriftstellerin, Juristin, Zeitgenossin, Das Werk Juli Zehs in literaturdidaktischer Perspektive (2020), S. 93 (93).

¹¹⁴ FOCUS Magazin, »Grundrechte sind kein Luxus nur für gute Zeiten«, Nr. 15, 9. April 2020; *Geyer/Bahners*, Kriterien für die Prävention, FAZ Nr. 87 v. 14.4.2020, S. 13.

¹¹⁵ Z. B. der Autor *Daniel Kehlmann* in einem gemeinsamen Interview mit *Thea Dorn* und *Juli Zeh* selbst: »Es geht nicht darum, wer recht hat«, DIE ZEIT Nr. 18/2021, 29. April 2021.

¹¹⁶ *Zeh* plädiert für »Sensibilität im Umgang mit fremden Ängsten, Offenheit für abweichende Positionen, Sorgfalt beim Formulieren der eigenen Ansichten«, *Zeh* u. a., Alternativlos gibt's nicht, Die Zeit Nr. 46/2020, 5. November 2020. *Zeh* kritisiert in dem erwähnten Interview (Fn. 115) außerdem, dass »politische Entscheidungen als wissenschaftliche Zwangsläufigkeiten« präsentiert werden.

¹¹⁷ *Zeh* (Fn. 111), S. 18.

¹¹⁸ *Karg*, Juli Zehs Roman *Corpus Delicti* (2009) im Unterricht zum Erwerb fachsprachlicher Kompetenz, in: Standke (Hrsg.) Schriftstellerin, Juristin, Zeitgenossin, Das Werk Juli Zehs in literaturdidaktischer Perspektive (2020), S. 107 (107).

¹¹⁹ *Zeh* (Fn. 111), S. 264.

kussionsstoff bezüglich des Bereichs *law in literature*. Hier kann nur ein kleiner Ausschnitt der zwei wichtigsten diskutierten Aspekte Eingang finden: Zum einen geht es um den Präventionsstaat, der rechtsstaatliche Grundsätze zugunsten einer möglichst hohen Sicherheit missachtet, zum anderen um die Behandlung von Andersdenkenden, die eine potenzielle Gefahr für einen Staat darstellen. *Corpus Delicti* überspitzt als dystopischer Roman Denkweisen und Handlungsformen, die in unserer heutigen Welt bereits existieren, z. B. das »Nudging«¹²⁰ oder das Aufheben rechtsstaatlicher Grundsätze bei der Terrorismusbekämpfung.¹²¹ Nach dem Prinzip des METHODEN-Staates können seine Bürger:innen nur durch eine (schein-)wissenschaftlich fundierte Bevormundung des Staates zum »guten Leben« finden.¹²² In dieser totalen staatlichen Überwachung können die Bürger:innen dem infantilen Stadium des Nichts-Entscheiden-Müssens und der Verantwortungslosigkeit für ihr eigenes Leben nicht entkommen.¹²³ Staatliche Gewalt eskaliert, wenn sich jemand wie Mia gegen die METHODE wendet.¹²⁴ Zeh macht deutlich, dass die METHODE keine Zukunft hat, da der Mensch für die Freiheit geboren sei.¹²⁵ Mias Geschichte beschreibt diesen Erkenntnisprozess: Sicherheit darf Freiheit nicht aufwiegen; Risikofreiheit darf kein politisches Versprechen sein.¹²⁶ Als Mia erkennt, dass eine auf diesem Versprechen basierende Politik¹²⁷ dem Menschen schadet, wird sie auf brutale Art und Weise unterdrückt.¹²⁸ Zeh zeigt in den erkennbaren Parallelen zu frühneuzeitlichen Hexenprozessen,¹²⁹ wie sich die Ausprägung totalitärer Züge eines Staates anhand der Behandlung von Staatsfeind:innen messen lassen kann.¹³⁰

Letztlich wirft der Roman die Frage auf: Wie wollen wir leben?¹³¹ Zehs Antwort ist ein eindeutiges Plädoyer für Menschlichkeit und gegen übertriebenen staatlichen Optimierungszwang.¹³² Doch was bedeutet das für unser Staatsverständnis? Kann ein Staat, der sich aus dem Leben seiner Bürger:innen zurückzieht, den Krisen unserer Zeit gerecht werden? Ab wann führt Freiheit in die Ungerechtigkeit? Die Lösung kann nur ein stetiger gesellschaftlicher Aushandlungsprozess sein, zu dem *Corpus Delicti* als Plädoyer für Freiheit seinen Teil beiträgt.

IV. Der Fremde von Albert Camus

*Albert Camus*¹³³ Kurzroman *Der Fremde*¹³⁴ – »einer der bedeutendsten Romane des 20. Jahrhunderts«¹³⁵ – erschien 1942 auf Französisch und gilt als ein Zentralwerk der Philosophie des Absurden¹³⁶ bzw. des Existenzialismus¹³⁷. Er spielt im französisch-kolonialisierten Algerien der 1930er-Jahre, wo auch Camus aufgewachsen war. Protagonist ist der eigenbrötlerische Algerierfranzose Meursault, dessen für einen Ich-Erzähler atypische Gleichgültigkeit (etwa gleich zu Beginn ob des Todes seiner Mutter) bis zum Ende des Romans schockiert.¹³⁸ Der erste Teil des Werkes handelt von emotionslos erlebten Ereignissen (Begräbnis der Mutter – leidenschaftslose Liebesbeziehung – Strandschlägerei etc.); überraschende Spannung tritt erst am Ende von Teil I ein, als Meursault – unter überwältigendem Einfluss der brennenden Sonne sowie nach einem diffusen Sich-bedroht-Fühlen – »den Araber« fast schon zufällig-sinnlos mit einem

120 *Nudging* (Englisch für »Anstupsen«) steht für Politik als Kunst, vermeintlich freie Menschen durch Anreize zu einem besseren Verhalten zu erziehen, Zeh, Fragen zu »Corpus Delicti« (2020), S. 96.

121 Zeh (Fn. 120), S. 43; ebd., S. 45: »Die Vorgeschichte von Corpus Delicti sind wir.«

122 Vgl. Zeh (Fn. 120), S. 45.

123 Vgl. Zeh (Fn. 120), S. 50.

124 Zeh stellt die provokanten Fragen: Warum sollte Überwachung problematisch sein, wenn man nichts zu verbergen hat? Ist es nicht bequem, die Verantwortung abzugeben? Vgl. Zeh, (Fn. 120), S. 46, 50; Carl (Fn. 113), S. 93 (103).

125 Nach Zeh sei ein schmerzfreies Leben verlockend, aber erst der Schmerz mache uns zu Menschen, Zeh, (Fn. 120), S. 57.

126 Zeh (Fn. 120), S. 103 f.

127 Zeh (Fn. 120), S. 187.

128 Mia wird ab diesem Zeitpunkt als Terroristin behandelt, verhaftet, verhört und gefoltert, Zeh (Fn. 111) S. 192 ff., 202 ff., 237 ff.

129 *Corpus Delicti* ist angelehnt an das Schicksal von Maria Holl aus dem 16. Jahrhundert, die einen Inquisitionsprozess durchläuft und verbrannt wurde. Kramer, der intellektuelle METHODEN-Vertreter und Antipode Mias in *Corpus Delicti*, basiert auf dem Inquisitor Heinrich Kramer (Institoris), der 1486 den Hexenhammer veröffentlichte und wesentlich zur Hexenverfolgung beitrug, Kunz, Nachwort, in: Zeh (Fn. 111), S. 265 (269); Zeh schreibt dazu: »Das Mittelalter ist keine Epoche. Mittelalter ist der Name der menschlichen Natur.« Zeh (Fn. 111), S. 235.

130 Auch heute werden bei der Verfolgung von Terrorist:innen staatsrechtliche Grundsätze missachtet, was sich besonders nach dem Anschlag vom 11. September 2001 zeigte, vgl. Zeh (Fn. 120), S. 39, 86.

131 Diese Frage stellt Zeh erneut in dem Interview (Fn. 115).

132 Zeh (Fn. 120), S. 136.

133 *Albert Camus*, 1913–1960. Er zählte zu den bekanntesten Schriftstellern und Philosophen Frankreichs des 20. Jahrhunderts, stand politisch zeitweise auf kommunistischer Seite und war überzeugter Atheist. 1957 erhielt er für sein Lebenswerk den Nobelpreis für Literatur und starb nur drei Jahre später bei einem Autounfall. Vertiefter: Radisch, Camus: Das Ideal der Einfachheit. Eine Biographie, 10. Auflage (2014).

134 Im Folgenden wird die Rowohlt-Ausgabe von *Albert Camus*, *Der Fremde*. Roman. In neuer Übersetzung von Uli Aumüller, 79. Auflage (2020), zugrunde gelegt. Schnittmengen des im Original *L'Étranger* betitelten Kurzromans bestehen ferner zu Camus' weiteren Werken *Der Mythos des Sisyphos*, *Der glückliche Tod*, *Caligula* und *Die Pest*. Vgl. dazu Fleischer, Zwei Absurde: Camus' Caligula und *Der Fremde* (1998), v. a. S. 65 ff.

135 *Bahners*, Weder Mord noch Notwehr – »Der Fremde« von Albert Camus und die Tötung des Arabers durch Meursault (2015), S. 5.

136 S. zu mehreren verschiedenen Deutungen des Absurden in *Camus'* Roman: *Schmidhäuser*, Vom Verbrechen zur Strafe. Albert Camus »Der Fremde«. Ein Weg aus der Absurdität menschlichen Daseins (1992), S. 15 ff.

137 Der Existenzialismus fokussiert sich auf das elementare menschliche Erleben und geht vom Individuum, welches auf seine existenzielle Erfahrung zurückgeworfen ist und sein Leben lebt, aber (trotz der Möglichkeit religiösen Erlebens) keinen höheren göttlichen Sinn verfolge, aus. Trotz fehlender Transzendenz bestehe aber Hoffnung im Leben, das jeder im Rahmen des individuellen Empfindens bestmöglich gestalten könne und nicht (wie aber von vielen Ansätzen des Nihilismus) als sinn- oder ausweglos betrachtet wird. Als Hauptwerk des Existenzialismus gilt *Jean-Paul Sartres* Werk *Das Sein und das Nichts* (1943). Vgl. Galle, *Der Existenzialismus*. Eine Einführung (2009).

138 *Schmidhäuser* (Fn. 136), S. 2: »Teilnahmslos berichtet Meursault sein Erleben, als ginge es gar nicht um ihn.«

Revolverschuss tötet.¹³⁹ Im zweiten, nun viele juristische Details enthaltenden Teil geht es um den Prozess Meursaults, der ob seiner Tat kaum Reue, sondern Langeweile verspürt. Der Prozessverlauf sowie die daran beteiligten Juristen (inkl. Schwurgericht) finden präzise Erwähnung. So verbindet z.B. der Untersuchungsrichter seine Befragungen mit einem den Arbeitskreis verstörenden christlichen Inquisitionseifer und hält Meursault weniger die Tat als vielmehr gottloses Verhalten vor.¹⁴⁰ Juristisch lassen sich anhand des Werks Streitfragen zur Straftat (Mord oder Totschlag, Vorsatz oder Fahrlässigkeit, Notwehr, Schuldunfähigkeit, Tateinheit oder Tatmehrheit),¹⁴¹ aber auch ein befremdlicher Strafprozess, die Todesstrafe sowie ein (erfolgloses) Gnadengesuch verhandeln. Juristisches wird so mit Existenziellem vermengt; teils werden Verbrechen und Strafe gar als »Weg aus der Absurdität des Daseins« gedeutet.¹⁴²

Beeindruckend vielfältig ist – was angesichts der teils verstörten, teils begeisterten Resonanzen im Arbeitskreis sowie der oft lakonischen Knappheit von *Camus'* Ausführungen (etwa zu Motiv und Tatablauf) nicht verwundert – die reiche Rezeptionsgeschichte des Romans.¹⁴³ Und wengleich die Sprache des mit rund 150 Seiten knappen, gut lesbaren Werks – vermeintlich¹⁴⁴ – einfach ist, geht es gleichwohl um schwere Kost, nämlich um nichts weniger als die Essenz menschlicher Existenz angesichts der vermeintlichen Sinn- und Gottlosigkeit der Welt. *Camus'* Elemente des Absurden jedenfalls bedeuten in Melange mit den zahlreichen juristischen Anknüpfungspunkten ein spannendes Betätigungsfeld von *Recht und Literatur* – der am Ende

des Werkes bilanzierten »zärtlichen Gleichgültigkeit der Welt«¹⁴⁵ zum Trotz!

E. Resümee und Ausblick: Das Potenzial von *Recht und Literatur* für Studierende

James Boyd White zufolge kann eine sensible Rechtspraxis und -wissenschaft nicht mechanisch geführt werden, sondern nur mit einer Vorbildung, die der komplexen Welt Rechnung trage.¹⁴⁶ Durch die Beschäftigung mit Literatur könnten Studierende eine solche Vorbildung erlangen und ihre Intelligenz, Vorstellungskraft und Empathie ausbilden.¹⁴⁷ Dass darüber hinaus im Laufe der Zeit zahlreiche weitere Ansätze im Rahmen des Forschungsbereichs *Recht und Literatur* entwickelt worden sind, haben die vorangehenden Ausführungen gezeigt.

Im Rahmen des Arbeitskreises soll die Diskussion und das Nachdenken über *Recht und Literatur* im aktuellen Wintersemester anhand des Paradebeispiels *Der Prozeß* von *Franz Kafka* fortgeführt werden. Für Literaturwissenschaftler:innen lohnt hier die Auseinandersetzung mit rechtsspezifischer Fachterminologie und juristischen Konzepten für eine fundierte Werkinterpretation. Für (angehende) Jurist:innen ist derselbe Text in der Hinsicht interessant, dass Literatur Lücken füllen kann, die das Recht lässt, und die Diversität der Menschen, die das Recht ignoriert, zu veranschaulichen in der Lage ist.¹⁴⁸ Das Forschungsfeld *Recht und Literatur* bietet für Rechts- wie Literaturwissenschaftler:innen mithin eine herausfordernde und ertragreiche Möglichkeit zu interdisziplinärem Austausch, zur Persönlichkeitsbildung und für einen erweiterten Blick auf die eigene Disziplin.

139 *Camus* (Fn. 134), S. 79.

140 *Camus* (Fn. 134), S. 89 ff.

141 Teilweise dazu *Bahners* (Fn. 135), S. 18 ff. und S. 61 ff.

142 *Schmidhäuser* (Fn. 136), S. 6.

143 Von einem »nicht versiegenden Strom von Interpretationen« spricht *Bahners* (Fn. 135), S. 5 m.w.N.

144 *Bahners* (Fn. 135), S. 6, zufolge verleite dies »zu schnellen und einfachen Interpretationen«.

145 *Camus* (Fn. 134), S. 159.

146 *White* (Fn. 99) *Mercer Law Review* 39 (1988), 739 (751).

147 *White*, *Teaching Law and Literature*, *Mosaic* 27 (1994), 1 (3).

148 Vgl. *White* (Fn. 147), *Mosaic* 27 (1994), 1 (5).

GdR Aufsatz

Ahmet Arslan*

Der *ius*-Begriff im römischen Recht

Ius ist ein eigenrömischer, juristisch-technischer Begriff und eines der am häufigsten benutzten Wörter in der römischen Rechtsgeschichte. Die Ziele dieses Aufsatzes sind es, Bedeutungsschichten des *ius*-Begriffs im römischen Recht zu erklären, die Rolle des Prätors in der Entwicklung des *ius* festzustellen, diese Ebenen mit heutigen Begriffen zu be- oder umschreiben und herauszufinden, welchen heutigen rechtswissenschaftlichen (Unter-)Disziplinen sie zugeordnet werden können.

A. Einleitung

Ius wurde von *Celsus* als »Kunst des Guten und Gerechten« verstanden.¹ Zweifellos ist *ius* eine der wichtigsten Errungenschaften der Römer, die die Rechtskultur des heutigen Europas gestaltete. Dafür gibt es viele Gründe. Einer dieser Gründe ist, dass *ius*² als Begriff viele verschiedene Bedeutungen im römischen Recht besitzt, die sich im Laufe der über tausendjährigen römischen Geschichte vielfältig änderten.³

Ius ist der Begriff, welcher der Rechtswissenschaft ihren Namen (*Jus / Jura*) gab.⁴ Juristen auf der ganzen Welt nutzen den *ius*-Begriff – insbesondere in verwandten Erscheinungsformen⁵ – häufig zu verschiedenen Anlässen in

ihrem Leben. Beispielsweise taucht dieser Begriff häufig in lateinischen Rechtsregeln auf.⁶ Auf den ersten Blick scheint es, als entspreche *ius* im heutigen Sinne einfach dem Begriff »Recht«. Diese Begriffsdefinition ist allerdings so nicht korrekt.⁷

In diesem Beitrag werden grundsätzlich fünf Bedeutungsebenen des *ius* erläutert: *ius naturale*, *ius civile*, *ius honorarium*, *ius* als Entscheidungsinhalt und *ius* als Gerichtsstätte. Diese von *Iulius Paulus*⁸ in D. 1,1,11 beschriebenen Ebenen allein reichen allerdings nicht aus, um alle Bedeutungsebenen des *ius* zu verstehen.⁹ Diese Arbeit erhebt nicht den Anspruch, alle Bedeutungen des Begriffs *ius* im römischen Recht zu erfassen. Da vorliegend die Definition von *Paulus* als Grundlage für die Untersuchung des *ius*-Begriffs herangezogen wird, ist der Zeitraum von der Gründung des Römischen Reiches (753 v. Chr.) bis in die spätclassische Periode (um 235 n. Chr.) für die Begriffsuntersuchung ausschlaggebend. Aber auch die anderen Bedeutungsebenen und die Situation in der Zeit nach *Paulus* werden berücksichtigt, nämlich nach dem 3. Jahrhundert.¹⁰

sind häufig zu finden.

⁶ Wie z.B. bei »*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*« (D. 50,17,54).

⁷ *Kaser* (Fn. 5), S. 3.

⁸ *Iulius Paulus* war ein römischer spätclassischer Jurist und Prätorianerpräfekt des frühen 3. Jahrhunderts, der viele Werke zu verschiedenen Themenbereichen veröffentlichte. Er war dank seiner großen Autorität einer der Zitierjuristen, zusammen mit *Gaius*, *Papinian*, *Ulpian* und *Herennius Modestinus*. In der Literatur gilt er als Systematiker und Enzyklopädist (*Elvers* et al. ‚Julius‘, in: *Cancik/Schneider* (Hrsg.), (Antike)/Landfester (Rezeptions- und Wissenschaftsgeschichte) Der Neue Pauly, IV 16. *Jhering* qualifiziert *Paulus* als den römischen Begriffsjuristen schlechthin. (*Jhering*, Der Besitzwille: zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode [1889], S. 283 ff.). Er ordnete das juristische Wissen seiner Zeit in »Klassifikationen, Regeln und Definitionen«. Auf dieser enzyklopädischen Linie liegt auch seine Definition des Rechtsbegriffs in D. 1,1,11. Die *Digesten* (abgekürzt als *D* und auch als *Pandekten* bezeichnet), das vom oströmischen Kaiser *Iustinianus* um 530 n. Chr. erlassene Gesetz, sind der umfangreichste Teil des *Corpus Iuris Civilis*. Die *Digesten* (sie enthalten tausende Fragmente klassischer juristischer Schriften) gelten als sehr bedeutend für die europäische Rechtsentwicklung.

⁹ Die Bedeutungsebenen des *ius* haben sich derart stark verändert, dass gar die Definition nach *Paulus* in der Spätantike (ca. 300 bis 500 n. Chr.) eine ganz andere Bedeutung gewann. Zahlreiche Bedeutungsebenen bestehen für *ius* – je nach Periode der Jurisprudenz –, wie z. B. *ius* als Gesamtordnung, *ius* als subjektives Recht, *ius* als Urteilsgrundlage und Urteilsinhalt, *ius* als Kriterium, *ius* als Fallrecht, *ius* als Machtordnung, *ius* als Rechtslage etc. (zu verschiedenen Aspekten des *ius* s. *Kaser* [Fn. 5], S. 11 ff.; *Kaser* [Fn. 2], S. 195).

¹⁰ S. dazu *Hammen*, Der Jurist *Iulius Paulus* und der Stadtpräfekt *Claudius Iulianus* im Jahre 222/223 n. Chr., *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für*

* Der Autor studierte bis zum Herbst 2021 Rechtswissenschaften für Studierende mit abgeschlossenem ausländischem rechtswissenschaftlichem Universitätsstudium (LL.M.) an der Georg-August-Universität Göttingen und zuvor Rechtswissenschaften an der Universität Ankara. Der Beitrag ging aus einer Hausarbeit im Rahmen der Vorlesung »Römische Geschichte I (Rechtsgeschichte der Antike)« bei Prof. Dr. *Inge Hanewinkel* und Dr. *Nikolaus Linder* hervor. Sein herzlicher Dank gilt Dr. *Nikolaus Linder* für dessen wertvolle Anmerkungen.

¹ *Ulpian*, *Digesten* I,1,1: »ars boni et aequi« (*Schiemann*, »Ius«, in: *Cancik/Schneider* [Antike]/Landfester [Rezeptions- und Wissenschaftsgeschichte], Der Neue Pauly [2003], S. 91).

² Zur historisch linguistischen Begriffsgeschichte des *ius*, s. *Behrends*, *Ius* und *ius civile*: Untersuchungen zur Herkunft des *ius*-Begriffs im römischen Zivilrecht, in: *Liebs*, *Symptica Franz Wieacker* (1970), S. 13 ff.; zur Etymologie des *ius* s. *Kaser*, *Das römische Privatrecht*, Erster Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, 2. Auflage (1971), S. 25.

³ *Schiemann* (Fn. 1), S. 89; diese deutet, dass das Recht (*ius*) ein lebendiger Mechanismus ist, der im Laufe der Zeit unterschiedliche Bedeutungen erlangen kann.

⁴ Vor der Aufklärung wurde an Universitäten nicht nur das weltliche Recht (*ius civile*), sondern auch Kirchenrecht (*ius canonicum*) unterrichtet. Aus diesem Grund wird der Begriff *Jura (iura)* / Rechte (Pluralform von *ius*) für die Rechtswissenschaft benutzt. In der Schweiz und in Österreich wird für die Rechtswissenschaft die Singularform *Jus (ius)* benutzt.

⁵ Es gibt auch viele verwandte Erscheinungen des *ius*, wie z.B. *iniuria*, *iudex*, *iudicare*, *iurisdictionis*, *iura*, *iudicatum* etc. s. *Kaser*, *Das altrömische ius* (1949), S. 35 ff. Auch die Pluralform (*iura*) und Genitivform (*iuris*) des *ius*

Unter Betrachtung der Bedeutungsvielschichtigkeit des *ius*-Begriffs in Rom und der Tatsache, dass dieser Begriff im Laufe der Zeit bzw. mit sozialem Wandel unterschiedliche Bedeutungen erlangt hat, stellen sich aus unterschiedlichen Perspektiven verschiedenste Fragen, etwa zur Kontinuität von Rechtsquellen oder zum Ursprung und Zweck des Rechts.

Hierfür widmet sich das Hauptkapitel (B) – einschließlich der Beziehung zwischen *ius* und *lex* – den Bedeutungsebenen des *ius* im römischen Recht (*ius* als subjektives Recht, *ius* als objektives Recht, *ius* als Gerichtsstätte und *ius* als Urteilsgrundlage) und versucht anschließend eine Annäherung mit heutigen Begriffen und Disziplinen. Dabei werden diese Ebenen ebenfalls untereinander klassifiziert: *Ius civile*, *ius honorarium* und *ius naturale* etwa sind die Schichten des *ius* im objektiven Sinne. Das Fazit (C) fasst alle wichtigsten Erkenntnisse zusammen.

B. Die Bedeutungsebenen des *ius*-Begriffs in der römischen Antike und die Zuordnung zu heutigen Begriffen und Disziplinen

I. *Ius* als subjektives Recht sowie die Zuordnung zu heutigen Begriffen und Disziplinen

Ursprünglich ist *ius* die Ordnung, die durch Urteil bzw. im Prozess bestimmt, ob ein Verhalten rechtmäßig ist.¹¹ Um ein Verhalten im Streitprozess als rechtmäßig bezeichnen zu können, muss ein subjektives Recht bereits bestehen.¹² Daraus folgt, dass die Bedeutung des *ius* als subjektives Recht von vornherein vorhanden war.¹³ Diese Bedeutung des *ius* trifft bis heute zu.¹⁴ Im römischen Recht werden persönliche Forderungen bzw. Ansprüche (vgl. § 194 I BGB)¹⁵ und beschränkte dingliche Rechte als *ius* bezeichnet.¹⁶ Dazu gehören auch subjektive Rechte im Bereich Verwaltung und Befugnisse der Amtsträger und des Staates.¹⁷

Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung, 2003, 77.

¹¹ Kaser (Fn. 5), S. 101 f.; in D. 1,1,11 erwähnte Paulus *ius* nicht als subjektives Recht als eine Bedeutungsebene des *ius*. Zwar bestand in Rom »Recht auf etwas« (*ius ad alqd*), aber die Vorstellung, dass zu jedem objektiven Recht ein subjektives Recht gehört, hatte aus systematischer Sicht keinen echten Platz im römischen Recht, denn ohne prozessualen Rechtsbehelf (*actio*) hatte ein solches Recht keine praktische Bedeutung. Eine solche wird in weiten Teilen erst im 19. Jahrhundert entwickelt. Das könnte der Grund sein, warum Paulus das subjektive Recht nicht erörterte.

¹² Kaser (Fn. 5), S. 97.

¹³ Waldstein, Römische Rechtsgeschichte (2014), S. 41, 44; die Römer verwendeten *ius* nur selten im Sinne eines subjektiven Rechts (Kaser [Fn. 5], S. 97).

¹⁴ Schieman (Fn. 1), S. 97.

¹⁵ Die Römer machten z. B. für Forderungen wie *ius crediti* oder *ius nominis* von dem *ius*-Begriff Gebrauch.

¹⁶ Kaser (Fn. 5), S. 97; Kaser, Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode: Ausgewählte, zum Teil grundlegend erneuerte Abhandlungen (Forschungen zum römischen Recht) (1986), S. 74; Behrends (Fn. 2), S. 11, 49; Schieman (Fn. 1), S. 97; Kaser/Knütel/Lohsse, Römisches Privatrecht (2016), S. 33; manche sind der Meinung, dass *ius* in Zwölf Tafelgesetzen nicht nur ein streng objektives, sondern auch subjektives Recht bedeutet.

¹⁷ Schieman (Fn. 1), S. 98; die Amtsträger hatten beispielsweise das Veto

Im römischen Recht wird das Recht eher als Verfahren verstanden und es herrscht die aktionenrechtliche Denkweise.¹⁸ Daher gibt es keine starke Trennung zwischen Prozessrecht und dem vom Kläger geltend gemachten materiellen Recht.¹⁹ Vielmehr bilden sie eine Einheit.²⁰ *Ius* bedeutet – auch im ältesten Sinne – vom Kläger durch *actio*²¹ geltend zu machendes Recht.²² Dies wurde im römischen Recht auch so verstanden, dass ein *ius* zu haben zugleich eine *actio* (Klageberechtigung) zu haben bedeutet.²³

Ius als subjektives Recht im römischen Recht entspricht nahezu dem heutigen Begriff des subjektiven Rechts, nämlich das einer Person zustehende Recht.²⁴ Dagegen unterscheiden sich die Berechtigung und die Durchsetzbarkeit in den heutigen Rechtssystemen voneinander. Zudem wird heute zwischen Prozessrecht und materiellem Privatrecht differenziert.²⁵ So besteht etwa in Deutschland und vielen anderen Ländern ein unabhängiges Zivilprozessgesetz. Insgesamt kann römisches *ius* somit eher dem heutigen Privatrecht zugeordnet werden.

II. *Ius* als objektives Recht (*ius* als Rechtsordnung)

Eine der Hauptbedeutungen des *ius* in Rom ist zugleich aber auch objektives Recht, nämlich die sachliche und vernunftgemäße Rechtsordnung, die aus Normen und Ein-

recht (*ius intercedendi*) gegen Eingriffsrechte der Volkstribune. Die Volkstribune hatte *ius agendi cum plebe* und die Senatsmitglieder hatten als Geschäftsordnungsrecht *ius referendi* usw. (Schieman [Fn. 1], S. 97 f.).

¹⁸ Stengl/Apathy, »Actio«, in: Cacnik/Schneider (Antike)/Landfester (Rezeptions- und Wissenschaftsgeschichte), Der Neue Pauly (1996), S. 94; Hähnchen, Rechtsgeschichte: von der römischen Antike bis zur Neuzeit (2012), S. 19.

¹⁹ S. dazu Hähnchen (Fn. 18), S. 19; Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 16), S. 45; nur mit bestimmten Ritualen konnte ein *ius* ausgeübt werden (Schieman [Fn. 1], S. 89 f.).

²⁰ Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 16), S. 45, 48.

²¹ Da es im römischen Recht keinen Unterschied zwischen Privat- und Zivilprozessrecht gibt, wird *actio* sowohl als Klage als auch als vom Kläger geltend gemachtes materielles Recht definiert. Parallel dazu lautet die Definition von Celsus (D. 44,7,51): »*Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi*« (Die *actio* bedeutet nichts anderes als das Recht, was einem geschuldet wird, gerichtlich durchzusetzen).

²² Stengl/Apathy (Fn. 18), S. 94; Behrends (Fn. 2), S. 24, 27; Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 16), S. 45; Kaser (Fn. 5), S. 35.

²³ Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 16), S. 45; andererseits wurde *actio* sowohl als Klage als auch als »geltend gemachtes materielles, subjektives Recht« verstanden und bezeichnet (Stengl/Apathy [Fn. 18], S. 94).

²⁴ Schieman (Fn. 1), S. 90; Honsell, Römisches Recht (2015), S. 19; Behrends (Fn. 2), S. 52; Die auch heute noch häufig verwendete Unterscheidung zwischen absoluten Rechten (Herrschaftsrechte) und relativen Rechten geht ebenfalls auf das frühe römische Recht zurück (Kaser/Knütel/Lohsse [Fn. 16], S. 43).

²⁵ Stengl/Apathy (Fn. 18), S. 94; insbesondere durch Bernhard Windscheid (durch das Buch »Die *actio* des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts«) sind nach heutigem Recht diese zwei Rechtsdisziplinen unabhängig voneinander geworden.

richtungen besteht.²⁶ In diesem Sinne schrieb *Iustinianus*²⁷ in Institutionen (I, 2) »*ius quo Populus Romanus utitur*« (das Recht, das beim römischen Volk in Gebrauch steht, nach dem es lebt).²⁸ Da *ius* als gesamte Rechtsordnung verstanden wurde, wurde es nach Gebieten gegliedert.²⁹ Im Gegensatz zu modernen Rechtssystemen war das römische Recht kein homogenes Rechtssystem.³⁰ Beispielsweise sind *ius civile*, *ius honorarium*, *ius naturale*, *ius quiritium*, *ius publicum* und *ius privatum* die Schichten des *ius* als objektive Rechtsordnung.³¹ Paulus verwendete den *ius*-Begriff als Rechtsordnung, indem er *ius naturale*, *ius civile* und *ius honorarium* als Bedeutungsebenen des *ius* nannte.

Unter *ius* werden Juristenlehre, Gesetze (*leges*), *ius honorarium* (Amtsrecht)³², die ideale Gerechtigkeit, die Prinzipien³³, das Gewohnheitsrecht³⁴ und andere juristische Quellen verstanden (z.B. *senatusconsulta*, *plebiscita* etc.).³⁵ Der *ius*-Begriff umfasst zudem auch strafrechtliche Angelegenheiten.³⁶ Viele Themen, die heute Gegenstand des Strafrechts sind, wurden in Rom in das römische Privatrecht aufgenommen.³⁷

²⁶ Kaser (Fn. 2), S. 25, 195; Behrends (Fn. 2), S. 11, 49; Kaser (Fn. 5), S. 63; Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 16), S. 33, 36; *ius civile* galt auch ausnahmsweise für Nichtbürger. S. Cascione, Cosimo: Zur Anwendung von fremdem Privatrecht durch den römischen Prätor, in: *Ars iuris*. Festschrift für Okko Behrends zum 70. Geburtstag, S. 62; Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 16), S. 36; Kaser (Fn. 5), S. 77.

²⁷ *Iustinianus* war einer der einflussreichsten Personen in der Rechtsgeschichte und von 527 bis 565 römischer Kaiser. Seine prägende Bedeutung für die Rechtsgeschichte besteht darin, dass er die Compilation des römischen Rechts (*Corpus Iuris Civilis*) in Auftrag gab.

²⁸ Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 16), S. 33.

²⁹ Wieacker, Vom Römischen Recht (1961), S. 48; Kaser (Fn. 5), S. 74.

³⁰ Kaser (Fn. 2), S. 198.

³¹ Waldstein, Gewohnheitsrecht und Juristenrecht in Rom, in: *De iustitia et iure*, FG f. U. von Lübtow z. 80. Geb. (1980), S. 114; Kaser (Fn. 16), S. 89 f.; Waldstein (Fn. 13), S. 42, 128; Atzeri, Römisches Recht und Rezeption, in: Leibniz-Institut für Europäische Geschichte (Hrsg.), *Europäische Geschichte Online* (EGO) (2017), Abs. 12; Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 16), S. 35; Cascione (Fn. 26), S. 64; Wieacker (Fn. 29), S. 112 f.; es ist nicht so einfach, die Schichten systematisch und begrifflich abzugrenzen (Kaser [Fn. 16], S. 90, 207).

³² Hier gehört auch von Magistraten geschaffenen Einrichtungen. S. Kaser (Fn. 5), S. 81; S. dazu S. 10 ff.

³³ Von Priestern geschütztes und meist ungeschriebenes (Sakral-)Recht ging auch im Volk von Mund zu Mund und folglich wurden diese Prinzipien ein Teil des *ius*. Kaser (Fn. 5), S. 67.

³⁴ Es ist umstritten, ob das Gewohnheitsrecht von klassischen Juristen als zu Rechtsquellen des römischen gehörenden Rechts betrachtet wurde. Zu bejahendem Ansatz s. Waldstein (Fn. 31), S. 125; wenn man unter Gewohnheitsrecht ungesetztes Recht versteht, ist das römische Recht eher ein Gewohnheitsrecht (Flume, *Gewohnheitsrecht und römisches Recht* [1975], S. 11; Seeck, *Geschichte des Untergangs der antiken Welt*, Bd. VI [1920], S. 134); die Meinungen der Juristen gehört auch zum *ius* (Flume [Fn. 34], S. 16).

³⁵ Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 16), S. 33; Schulz, *Prinzipien des römischen Rechts*, Unveränderter Nachdruck der 1934 erschienenen ersten Auflage (2003), S. 10; Kaser (Fn. 5), S. 69, 71, 81; dazu parallel Cicero *topica* 5, 28 (Kaser [Fn. 5], S. 81).

³⁶ Kaser (Fn. 5), S. 63.

³⁷ Kaser (Fn. 2), S. 25, 26.

Ein charakteristisches Merkmal³⁸ des römischen Rechts ist, dass in Rom das Recht früh von göttlichen Regeln (*fas*) unterschieden wurde. Als allgemein verbindliche Ordnung wurde *ius* dadurch verstanden, dass das Recht seit altrömischer Zeit säkularisiert wurde und es – statt Gottesurteil – wie heute von selbstständigen Richtern bearbeitet wurde. Zwar galt *ius* als von Gott gewährt, aber die Geltung der Rechtsnormen beruhte nicht auf Gott und die Verletzung des *ius* führt zu einem weltlichen, nicht jedoch zu einem sakralen Verfahren.³⁹

So wie der Begriff *Recht* in der heutigen deutschen Sprache sowohl objektives Recht (z.B. deutsches Recht) als auch subjektives Recht bedeutet, umfasste *ius* in Rom ebenfalls beide Bereiche.⁴⁰ Diese enge Beziehung spiegelt sich in vielen fremdsprachigen Ausdrücken wider. Genau wie im römischen Recht wird das gleiche Wort im Deutschen mit »*Recht*«, im Italienischen mit »*diritto*« und in der französischen Sprache mit »*droit*« genutzt, um sowohl subjektives Recht als auch die objektive Rechtsordnung auszudrücken. Im türkischen Recht ist das Wort für die objektive Rechtsordnung »*hukuk*« und die Singularform des Wortes für subjektives Recht lautet »*hak*«.

1. *Ius und lex*

Lex ist im römischen Recht die Festsetzung der Normen, die durch Gesetzgeber, Amtsträger oder Privatperson durchgeführt wird.⁴¹ Das Verhältnis zwischen *lex* (Gesetz) und der römischen Rechtsordnung (*ius*) zu kennen, erleichtert es, die Bedeutungsebene von »*ius als Rechtsordnung*« zu verstehen.

Dass es bis zum Ende der römischen Klassik (ca. 50 v. Chr. bis 235 n. Chr.) nur wenige Gesetze gab, zeigt den mündlichen Charakter des römischen Rechts.⁴² Die *leges* spielten für die Bedeutung des römischen Rechts und für die Beeinflussung der nachfolgenden Rechtsordnungen nur eine geringe Rolle, denn die Gesetze in Rom waren fragmentarisch und willkürlich.⁴³ Im Gegensatz zu den neuzeitlichen Gesetzen waren die ältesten Gesetze nicht allgemein und abstrakt.⁴⁴ Das Erlassen allgemeiner Normen im römischen Recht begann mit

³⁸ Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 16), S. 33; Schulz, *Prinzipien des römischen Rechts*, Unveränderter Nachdruck der 1934 erschienenen ersten Auflage (2003), S. 10; Kaser (Fn. 5), S. 69, 71, 81; dazu parallel Cicero *topica* 5, 28 (Kaser [Fn. 5], S. 81).

³⁹ Kaser (Fn. 5), S. 29; Waldstein (Fn. 13), S. 41.

⁴⁰ Kaser (Fn. 2), S. 195.

⁴¹ Schiemann, »*Lex*«, in: Cancik/Schneider, *Der Neue Pauly* (1999), S. 113.

⁴² Schulz (Fn. 35), S. 4; Flume (Fn. 34), S. 21; ein Grund für die Spärlichkeit der Gesetze in Rom ist, dass in Rom die Rechtsbildung eine große Rolle spielte (Wieacker [Fn. 29], S. 57). Für den Gegensatz zwischen Wachstum der Jurisprudenz und die Rückwicklung der Gesetzgebung ist auch ein Anlass, dass die Römer dachten, dass sie die Probleme nicht durch normative Ideen oder Kodifikation, sondern durch Verfahren überwinden könnten (Schulz [Fn. 35], S. 4; Wieacker [Fn. 29], S. 58).

⁴³ Schiemann (Fn. 40), S. 118; aber die Rolle des Prätors und der Juristen war enorm.

⁴⁴ Schiemann (Fn. 40), S. 113.

den Zwölftafelgesetzen (ca. 450 v. Chr.).⁴⁵ Durch die Zwölftafelgesetze wurde eine dauerhafte Verbindung zwischen *ius* und *lex* hergestellt.⁴⁶ *Leges* wurden im Laufe der Zeit Teil des *ius (civile)*.⁴⁷

Von den Zwölftafelgesetzen bis zum Ende der klassischen Zeit – mehr als ein Jahrtausend – bestand keine echte Kodifikationsbewegung.⁴⁸ Bei der Lösung eines Rechtskonflikts oder bei der Vorbereitung eines Gutachtens beruhte die Rechtsanwendung nur teilweise auf geschriebenem Recht.⁴⁹ Dies zeigt, dass die Bedeutungsebenen des *ius* als objektives Recht grundsätzlich auf ungeschriebenem Recht basieren.

Ius hat gegenüber *lex* sowohl historische als auch begriffliche Priorität. Denn selbst die ältesten Gesetze beruhen darauf, das Gewohnheitsrecht aufzuzeichnen. Das Ziel dieser *leges* war es nicht, das Recht zu erneuern, sondern die aktuelle Rechtslage zu erläutern, zu sichern und im Verfahren eine zuverlässige Quelle zu haben.⁵⁰ Im Laufe der Zeit wurde *lex* ein Rechtsschöpfungsmittel und erhielt hohes Ansehen.⁵¹ Dies bedeutet, dass die Römer unter Recht nicht nur Gesetze verstehen, sondern die »von der Jurisprudenz geleitete Praxis«. ⁵² Sie unterscheiden *ius* und *lex*⁵³ (Plural: *leges*), nämlich Recht und Gesetz.⁵⁴ Im Laufe der Zeit – nach recht-

licher Generalisierung von *ius* und *lex* – konnten im Gesetz geregelte Gegenstände auch als »*ius*« bezeichnet werden.⁵⁵

In der Kaiserzeit wurden mehr (schriftliche) Gesetze erarbeitet.⁵⁶ *Lex* holte in der Kaiserzeit zu *ius* auf, aber traditionelle und republikanische Vorstellungen blieben.⁵⁷ Ab ungefähr 350 n. Chr. stieg die Anzahl der Gesetze deutlich und es gab nunmehr zwei Hauptrechtsbestände in der Rechtsordnung: *ius* und *lex*.⁵⁸ Da das *Corpus Iuris Civilis* nach den Ideen und Ansätzen der vom Kaiser bestimmten Juristen und der kaiserlichen Vorschriften gebildet wurde, verschwand das Problem, dass *ius* und *lex* historisch ein gegensätzliches Verhältnis hatten und zwischen beiden eine Spannung bestand.⁵⁹

2. *Ius civile* und Zuordnung zu heutigen rechtswissenschaftlichen Begriffen und Disziplinen

Paulus sah das *ius civile* explizit als eine Bedeutungsebene des *ius* (D. 1,1,11). Der Begriff »*ius civile*« wurde mit unterschiedlichen Definitionen benutzt und verstanden.⁶⁰ *Paulus* definierte *ius civile* als »das, was allen oder den meisten in der jeweiligen civitas, Bürgerschaft, von Nutzen ist«.

Im allgemeinsten Sinne bedeutet *ius civile* das gesamte Wissensgebiet, das auch *ius praetorium* und *ius gentium* enthält, nämlich sämtliches Privatrecht und Zivilprozessrecht.⁶¹ *Ius civile* wurde auch so verstanden, dass es Gesetze, Gesetzesauslegungen (Juristenrecht/*interpretatio*), weltliche Jurisprudenz, ungeschriebenes und auf Rechtsüberzeugung beruhendes Recht enthält, nämlich als Juristenrecht.⁶² Im engeren Sinne ist *ius civile* das nur für *cives Romani* – also römische Bürger – geltende Recht.⁶³ Im engsten Sinne meint

45 Kaser (Fn. 5), S. 72; die Rechtssicherheit war das Hauptmotiv der Zwölftafelgesetze (Kaser [Fn. 5], S. 72).

46 Schiemann (Fn. 40), S. 113; mit der Erlassung der allgemeinen *leges* wurden die in Gerichtsentscheidungen und *lex* enthaltenen Prinzipien als gleichwertig betrachtet. Mit der Einführung der urteilmäßigen Rechtsfindungen in *leges* wurde der Anwendungsbereich von *ius* und *lex* gleich (Kaser [Fn. 5], S. 67, 68).

47 Schiemann (Fn. 40), S. 114.

48 Hähnchen (Fn. 18), S. 19; Flume (Fn. 34), S. 17; Schulz (Fn. 35), S. 4; Waldstein (Fn. 13), S. 128; Stagl, Juristenrecht oder Gesetzesrecht?, Nachwort in: Dario Mantovani, Legum multitudo: die Bedeutung der Gesetze im römischen Privatrecht. Eine Kritik der Thesen von Rotondi und Schulz, Schriften zur Rechtsgeschichte (2018), S. 110; zu den Nachteilen der Kodifikation s. Schulz (Fn. 35), S. 9. Trotz der Edikte, *leges*, Kaiserkonstitutionen, Senatusconsulte, Plebiszite etc. war das klassische Recht nicht gesetzesorientiert (Flume [Fn. 34], S. 7). Dazwischen gab es nur kleine Gesetze wegen Einzelfragen (Hähnchen [Fn. 18], S. 19); wie *ius* war *lex* auch kasuistisch im römischen Recht im Gegensatz zur heutigen Lage. S. dazu Wieacker (Fn. 29), S. 60; Kaser (Fn. 5), S. 64; S. Wieacker (Fn. 29), S. 45.

49 Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 16), S. 41; wenn bezüglich eines Konflikts kein geschriebenes Recht besteht, dann mussten die Juristen – nach Sachgerechtigkeit – Recht schaffen (Rechtsschöpfung) (Kaser/Knütel/Lohsse [Fn. 16], S. 43).

50 Kaser (Fn. 5), S. 69.

51 Kaser (Fn. 5), S. 71.

52 Schulz (Fn. 35), S. 9; wie es auch etwa im ersten Artikel des schweizerischen und türkischen Zivilgesetzbuchs heißt, folgt der Richter nicht nur den Gesetzen, sondern auch den Gerichtsentscheidungen und wissenschaftlichen Arbeiten, um Rechtsfragen zu beantworten.

53 In der frühen Zeit wurden Gesetze (*Leges*) von Volksversammlungen erlassen, jedoch hatten gleichzeitig Senatsbeschlüsse (Senatusconsulte) Gesetzeskraft. S. Hähnchen (Fn. 18), S. 19.

54 Wieacker (Fn. 29), S. 57; zum Verhältnis zwischen Recht, Gesetz und Kodifikation (law and code) s. auch Kroppenberg/Linder, Coding the nation. Codification History from a (Post-)Global Perspective, in: Duve [Hrsg.], Entanglements in Legal History. Conceptual Approaches [2014], S. 68 f.).

55 Kaser (Fn. 5), S. 67.

56 Seeck (Fn. 34), S. 143; Hähnchen (Fn. 18), S. 66.

57 Wieacker (Fn. 29), S. 78; die römische Rechtsordnung und kaiserliche Rechtsschöpfung wurden als *ius* bezeichnet. Somit änderte sich auch die Betrachtung des *ius*-Begriffs nochmal (Schiemann [Fn. 1], S. 92; Wieacker [Fn. 29], S. 80).

58 Seeck (Fn. 34), S. 166; Wieacker (Fn. 29), S. 81; daher bemühten sich die Kaiser, *ius* schriftlich festzuhalten. Um dieses Ziel zu erreichen, haben sie angefangen, die klassischen juristischen Werke durch die *Zitiergesetze* zu überliefern (Schiemann [Fn. 1], S. 92). Im Jahr 426 wurde die *lex citationum* (Zitiergesetz) von Kaiser *Valentinian III.* erlassen. Laut diesem Zitiergesetz müssen die Gerichte nach den Rechtsideen/Schriften der fünf klassischen Juristen (*Zitierjuristen*) die Konflikte lösen. Diese Juristen waren *Gaius*, *Papinian*, *Ulpian*, *Iulius Paulus* und *Herennius Modestinus*. Mit Hinzufügen des Zitiergesetzes in Kaiser *Theodosius' II.* Rechtskompilation im Jahr 438 wurde das Zitiergesetz allgemein verbindlich (Waldstein [Fn. 13], S. 269). Unter den Zitierjuristen galt das Mehrheitsprinzip. Richter mussten bei Entscheidungen die herrschende Rechtsmeinung zwischen diesen Zitierjuristen einhalten. Im Fall einer Stimmgleichheit hatte die Rechtsmeinung von *Papinian* Übergewicht (Seeck [Fn. 34], S. 170).

59 Wieacker (Fn. 29), S. 82.

60 Sturm, *Ius gentium*. Imperialistische Schönfärberei römischer Juristen, in: Römische Jurisprudenz – Dogmatik, Überlieferung, Rezeption Festschrift für Detlef Liebs zum 75. Geburtstag, S. 663; Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 16), S. 36; Kaser (Fn. 5), S. 78.

61 Kaser (Fn. 16), S. 201; Sturm (Fn. 59), S. 663; Waldstein (Fn. 13), S. 129.

62 Flume (Fn. 34), S. 37; Stagl (Fn. 47), S. 111; Kaser (Fn. 5), S. 79.

63 Kaser (Fn. 16), S. 88; Cascione (Fn. 26), S. 62: im engeren Sinne.

ius civile nur in *interpretatio* bestehendes Recht, mit Ausnahme von *ius honorarium* und *ius gentium*.⁶⁴

Im engeren Sinne entspricht *ius civile* dem gesamten Zivilrecht (Privatrecht/Bürgerrecht) eines Staates.⁶⁵ Folglich kann *ius civile* heute als nationales Zivilrecht (Privatrecht) des einzelnen Staates verstanden werden.⁶⁶ Jedoch meint *ius civile* als römische Gemeinschaftsordnung im weiteren Sinne nicht nur das Privatrecht, sondern auch andere Rechtsgebiete.⁶⁷

3. *Ius honorarium* und Zuordnung heutigen rechtswissenschaftlichen Begriffen und Disziplinen

Ius civile war sehr streng, formalistisch, relativ irrational und insbesondere schwerfällig. Daher war es teilweise nicht ausreichend, um ein anhängiges Verfahren zu lösen.⁶⁸ Im Jahr 367 v. Chr. wurde den Prätor eine Rolle in der Zivilgerichtsbarkeit und Gerichtsverfassung zugewiesen, sofern sie *ius civile* einhielten, ergänzten und korrigierten, um ein besseres *ius* zu finden.⁶⁹ Da dies durch das prätorische Amt (*honoris*/Gerichtsmagistrat) durchgesetzt wurde, wird diese Ordnung auch *ius honorarium* genannt, das ursprünglich keine echte Rechtsquelle ist, sondern eine Befugnis des Prätors für anhängige Verfahren.⁷⁰

Die Macht der Gerichtsmagistrate spielte eine herausragende Rolle bei der Entwicklung des römischen Rechts.⁷¹ Durch *ius honorarium* – nämlich durch Edikte der Gerichtsmagistrate – wurde altes Recht an neue Lebensumstände

angepasst.⁷² *Ius honorarium* verzichtete auf alte Rituale des *ius civile* und wirkte gegen einen Formalismus und Flexibilität vereinende Rechtsschöpfung.⁷³ *Ius honorarium* entwickelte sich durch Fallverfahren, insbesondere durch »Klageformeln« und »Gegenrechte« (*exceptio*)⁷⁴ – also als kasuistische Kunst.⁷⁵

Zu Beginn des Amtsjahres veröffentlichte der Prätor den Rahmen seiner künftigen Jurisdiktion und entschied so, unter welchen Bedingungen ein Schiedsgericht eingesetzt wurde. Gleichzeitig veröffentlichte er auch Muster für eine Schriftformel.⁷⁶ Jeder Prätor machte sich frühere Edikte zunutze. Dank dieser Anwendung hat sich *ius honorarium* schnell entwickelt.⁷⁷ Beim Veröffentlichen der Edikte nutzten die Prätores die Werke der Fachjuristen. Das heißt, dass dieser Prozess wissenschaftlich war.⁷⁸ *Edictum praetoris* meint auch die Summe des Amtsrechts, das regelmäßig übernommen wurde.⁷⁹ Die Römer betrachten die Gesamtedikte neben *ius civile* als zweite Rechtsordnung (*ius*).⁸⁰ Darüber hinaus war »Verfahrensteilung« ein charakteristisches Merkmal der Prätores. Hierbei handelt es sich um ein besonderes Verfahren, das *in iure* heißt. Sie entschieden und bestimmten, ob und unter welchen Bedingungen ein juristisches Urteilungsverfahren stattfand (wie die heutige Schlüssigkeitprüfung).⁸¹ Sie waren keine Richter. Im Formularprozess kontrollierten sie nur die rechtliche Zulässigkeit. Meistens fand diese Prüfung anhand der Beweislage statt.⁸²

Ius honorarium entspricht nur teilweise dem Richterrecht.⁸³ Es gibt grundlegende Unterschiede. Zum einen ist der Prätor, wie bereits erläutert, kein Richter. Weiterhin muss der Richter heute nach dem Gesetz entscheiden (Art. 20 III GG). Er ist zudem kein Gesetzgeber und es ist ihm nur unter sehr strengen Bedingungen möglich, Recht fortzubilden. Im heutigen Rechtssystem können höchstrichterliche Rechtsprechungen mittels Generalklauseln im BGB den Formalismus überwinden und Recht fortbilden.⁸⁴ In der Regel ist es

64 Kaser (Fn. 5), S. 80; Sturm (Fn. 59), S. 664; auch so: *Gaius* I, 1.

65 Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 16), S. 36.

66 Kaser (Fn. 16), S. 90 ff.; Waldstein (Fn. 13), S. 129; Charwath, *Römisches Recht: Ein Lesebuch* (2011), S. 274, f. Es ist klar, dass *ius civile* umfassender als bürgerliches Recht im heutigen Sinne ist (Cascione [Fn. 26], S. 62).

67 Waldstein (Fn. 13), S. 128; die Einteilung zwischen *ius publicum* und *ius privatum* entstammt dem römischen Recht. Im kontinental-europäischen Recht wird diese Einteilung als Grundlage genommen. Im römischen Recht wurde *ius* im systematischen Sinne nicht als öffentliches Recht und privates Recht zweigeteilt, sondern dieses Begriffspaar untechnisch und mehrdeutig benutzt (Kaser/Knütel/Lohsse [Fn. 16], S. 35; Kaser [Fn. 2], S. 197). Es ist umstritten, ob *ius publicum* und *ius privatum*, der heutigen Einteilung Privatrecht und öffentliches Recht vollkommen entspricht. Eher zeigte sich in Rom die Zweigliederung *ius privatum* und *ius publicum* als Gegensatz zwischen Privatautonomie und Staatsangelegenheiten/von Staats wegen geltendes Recht (Kaser/Knütel/Lohsse [Fn. 16], S. 35; Kaser [Fn. 5], S. 76; Kaser [Fn. 2], S. 197); parallel dazu: D. 1,1,1, 2 (= Ulpian Ins. 1,1,4).

68 Seeck (Fn. 34), S. 135 ff.; Schieman (Fn. 1), S. 92; Wieacker (Fn. 29), S. 92.

69 Kierdorf, »Praetor«, in: Cacnik/Schneider (Antike)/Landfester (Rezeptions- und Wissenschaftsgeschichte), *Der Neue Pauly* (2001), S. 260; Wieacker (Fn. 29), S. 93, 112; Seeck (Fn. 34), S. 139; Schieman (Fn. 1), S. 92; *Aemilius Papinianus* drückte als »*adiuvandi vel supplendi vel corrigendi gratia*« aus (D. 1,1,7,1). *Paulus* bezeichnete *ius honorarium* als eine Bedeutungsebene des *ius* (D. 1,1,11). In dieser Digestenstelle definierte er *ius honorarium* aber nicht.

70 Kaser (Fn. 16), S. 86; Schieman (Fn. 1), S. 92; Wieacker (Fn. 29), S. 119; *Atzeri* (Fn. 31), Abs. 12; seit der frühen Kaiserzeit begriffen die Römer *ius honorarium* als Rechtsordnung.

71 Seeck (Fn. 34), S. 139 ff.; Schieman (Fn. 1), S. 92; Wieacker (Fn. 29), S. 117; *Flume* (Fn. 34), S. 18.

72 Waldstein (Fn. 13), S. 131; Kaser (Fn. 16), S. 86; Wieacker (Fn. 29), S. 92, 113; beispielsweise: prätorisches Testament *publiciana fideiussio* und formlose zusage *constitutum debiti alieni*.

73 Wieacker (Fn. 29), S. 92, 113, 118.

74 Schieman (Fn. 1), S. 93; Wieacker (Fn. 29), S. 60; *Nörr*, Ein geschichtlicher Abriss des kontinentaleuropäischen Zivilprozesses in ausgewählten Kapiteln, *Tübinger Rechtswissenschaftl. Abhandlungen* (TüBR), Bd. 118 (2015), S. 3.

75 Kaser (Fn. 16), S. 84; Wieacker (Fn. 29), S. 60.

76 Seeck (Fn. 34), S. 139, 140; Wieacker (Fn. 29), S. 117; durch Edikte wurde quasi Rechtssicherheit geschaffen, denn vor den Edikten war nicht klar, nach welcher Formula einen Prozess durchgeführt werden kann (Seeck [Fn. 34], S. 139).

77 Schieman (Fn. 1), S. 93.

78 Wieacker (Fn. 29), S. 108, 118.

79 Wieacker (Fn. 29), S. 117; Seeck (Fn. 34), S. 141.

80 Wieacker (Fn. 31), S. 119.

81 Kierdorf (Fn. 68), S. 261; Schieman (Fn. 1), S. 90; ursprünglich urteilte der Magistrat *iudex* selbst, aber danach urteilte im geteilten Verfahren der Geschworene. S. Kaser (Fn. 5), S. 3.

82 Stengl/Apathy (Fn. 18), S. 95; Schieman (Fn. 1), S. 92.

83 Wieacker (Fn. 29), S. 119.

84 Wieacker (Fn. 29), S. 92.

dem Richter nicht möglich, von der Anwendung der bestehenden Gesetze aus Billigkeitsgründen abzusehen.⁸⁵

Die Edikte können im heutigen Sinne nicht als Verfahrens- oder Rechtsnormen oder als Gesetze bezeichnet werden.⁸⁶ Der Prätor hatte nämlich keine legislativen Befugnisse und entschied nur im Einzelfall.⁸⁷ Allerdings wiesen sie Ähnlichkeiten zu einer Rechtsnorm auf.⁸⁸ Prätorische Neuerungen galten zwar für den Einzelfall; im Laufe der Zeit wurden sie und häufig gleiche Prinzipien aber in prätorischen Edikten regelmäßig einbezogen und dadurch für den Magistraten bindend.⁸⁹ Hinzu kommt, dass die Juristen die Edikttexte wie ein Gesetzbuch kommentierten. Die Ediktensammlungen können als eine quasi-legislative Kollektion betrachtet werden. Aus diesen Gründen könnte *ius honorarium* eher zwischen heutiger Rechtsfortbildung und Zivilprozessrecht eingeordnet werden.⁹⁰

4. *Ius naturale* / *ius gentium* und Zuordnung zu heutigen rechtswissenschaftlichen Begriffen und Disziplinen

Ius naturale (Naturrecht) ist eine Quelle des römischen Privatrechts.⁹¹ Es wurde aus der philosophischen Literatur hergeleitet und mehrdeutig verwendet.⁹² Es gibt verschiedene Theorien und Konzeptionen zum *ius naturale*.⁹³ Grundsätzlich nehmen alle Konzepte das *ius naturale* als ideales Recht wahr, das für alle Menschen ohne Unterschied gilt.⁹⁴ Im römischen Recht wurde es der philosophischen Grundlage entkleidet und eher kasuistisch als »*Naturrechtspraxis*« wahrgenommen.⁹⁵ Die römischen Juristen betrachteten *ius naturale* als vorgegebenes und auf *naturalis ratio* (der Vernunft der Natur) beruhendes Recht.⁹⁶ Es könnte

in dieser Hinsicht auch der Rechtsphilosophie oder Rechtsgeschichte zugeordnet werden. Modernes Naturrecht beruht – im Unterschied zum *ius naturale* – nicht auf *naturalis ratio*, die mit der Natur im Einklang steht und von menschlichem Willen unabhängig ist, sondern eher auf »dem Willen und der Einsicht des Einzelnen«, nämlich auf der Vernunft der Menschen.⁹⁷

Unter der römischen Regierungsgewalt lebten viele Nicht-Römer bzw. Fremde, nämlich *peregrini*. Mit Erweiterung der Grenzen der römischen Republik traten auch viele juristische Konflikte zwischen *cives Romani* (Römer) und *peregrini* oder zwischen *peregrini* aus verschiedenen Nationen ein.⁹⁸ Bei diesen Konflikten konnte nicht gemäß *ius civile* verurteilt werden, da dieses als objektive Rechtsordnung nur für Konflikte zwischen *cives Romani* galt.⁹⁹ Um diese gemischten Konflikte (zwischen *cives Romani* (Römer) und *peregrini* oder zwischen *peregrini* aus verschiedenen Volksgruppen) zu lösen, gab es wegen des Personalitätsprinzips keine juristische Möglichkeit. Da Kollisionsrecht im römischen Recht nicht bekannt war und bestimmtes fremdes Recht außerhalb der römischen Jurisdiktion steht, konnte das Heimatrecht der eroberten Länder bei gemischten Konflikten nicht angewendet werden.¹⁰⁰ Dafür wurde wohl im Jahr 242 v. Chr. ein neuer Fremdenprätor erstellt, der *praetor peregrinus*.¹⁰¹ Um diese gemischten Konflikte zu lösen, erschuf die römische Rechtsbildung eine alle Freien bindende, hauptsächlich privatrechtliche objektive Rechtsordnung, das *ius gentium*.¹⁰² Dank des Einsatzes des *praetor peregrinus* hat sich das römische Recht schnell entwickelt, denn mittels *ius gentium* konnten neue rechtliche Institutionen entwickelt werden und es fungierte wie ein Experimentfeld.¹⁰³ Einige Grundgeschäfte wie formfreie Eigentumsübertragung, formfreier Kauf und abgewandelte Formen von *stipulatio* wurden eingerichtet.¹⁰⁴

(Fn. 16), S. 39.

⁹⁷ Kühl, Naturrecht, in: Joachim Ritter, Karlfried Gründer (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 6 (1984), Sp. 560–623; Schlosser, Neuere Europäische Rechtsgeschichte, S. 147, 152.

⁹⁸ Seeck (Fn. 34), S. 136; Cascione (Fn. 26), S. 63; Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 16), S. 37; Wieacker (Fn. 29), S. 114. Die Konflikte zwischen Menschen aus denselben Nationen wurden in der Regel laut jeweiligem nationalem Recht gelöst. S. Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 16), S. 37. Mit der *Constitutio Antoniniana* im Jahr 212 wurde allen freien Untertanen vom Kaiser Severus Antoninus (*Caracalla*) die römische Bürgerschaft gewährt (Sturm [Fn. 59], S. 668; Kaser/Knütel/Lohsse [Fn. 16], S. 40; für dahinterliegende Gründe s. Kaser/Knütel/Lohsse [Fn. 16], S. 40).

⁹⁹ Cascione (Fn. 26), S. 63; Sturm (Fn. 59), S. 663; Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 16), S. 37; Schiemann (Fn. 1), S. 91; Wieacker (Fn. 29), S. 115.

¹⁰⁰ Schiemann (Fn. 1), S. 91; Wieacker (Fn. 29), S. 115; Cascione (Fn. 26), S. 62.

¹⁰¹ Wieacker (Fn. 29), S. 115; Cascione (Fn. 26), S. 64; Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 16), S. 37; Schiemann (Fn. 1), S. 91; Sturm (Fn. 59), S. 667; mit der Zeit stieg die Anzahl der fremden Prätores ein (Kierdorf [Fn. 68], S. 260, 261; Wieacker [Fn. 29], S. 115).

¹⁰² Herbert (Fn. 92), S. 23. *Ius gentium* wurde es seit der späteren Republik genannt. S. Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 16), S. 37; Wieacker (Fn. 29), S. 115.

¹⁰³ Schiemann (Fn. 1), S. 93; Kaser (Fn. 2), S. 206.

¹⁰⁴ Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 16), S. 37; Seeck (Fn. 34), S. 137; Die Normen in *ius gentium* waren absichtlich flexibler und anders als *ius civile* (Wieacker [Fn. 29], S. 115; Kaser/Knütel/Lohsse [Fn. 16], S. 37; Seeck [Fn. 34], S. 137); weltweit ausbreitete Ausgaben und Verwaltung erweichten den Formalis-

⁸⁵ Es wird auch behauptet, dass *ius honorarium* eine Art »*Billigkeitsrecht*« ist. Es weist jedoch wichtige Unterschiede zum *Common Law*-System auf. Es ist nicht möglich, sich *ius honorarium* im Sinne von *common law* als Fallrecht zu qualifizieren. Denn im römischen Recht entscheidet sich der Prätor für den Einzelfall und diese Entscheidung ist im Gegensatz zum *common law* nicht bindend (Kaser [Fn. 9], S. 24).

⁸⁶ Wieacker (Fn. 29), S. 119.

⁸⁷ Kaser (Fn. 2), S. 208; Wieacker (Fn. 29), S. 119.

⁸⁸ Wieacker (Fn. 29), S. 119.

⁸⁹ Kaser (Fn. 2), S. 206; Wieacker (Fn. 29), S. 119.

⁹⁰ Die Prätores schufen eine Art progressives Amtsrecht, das über den entschiedenen Einzelfall hinaus durch Aufstellung und Anwendung von prätorisch aufgestellten Rechtsgrundsetzen auch in weiteren Fällen Anwendung fand. S. Wieacker (Fn. 29), S. 92.

⁹¹ Waldstein, Zur Bedeutung des Naturrechts in der Entwicklung des Römischen Rechts, in: *Iustum Aequum Salutare* IV. 2008/4. (2008), S. 116; *ius naturale* ist auch das Fundament der modernen Menschenrechte (Waldstein [Fn. 90], S. 125).

⁹² Kaser (Fn. 9), S. 203.

⁹³ Herbert, *Ius gentium* und *ius naturale* in ihren Verhältnis zum *ius civile* bei Gaius (1960), S. 30; Waldstein (Fn. 90), S. 120.

⁹⁴ Herbert (Fn. 92), S. 113.

⁹⁵ Herbert (Fn. 92), S. 113, 142.

⁹⁶ Waldstein (Fn. 90), S. 122; Kaser (Fn. 2), S. 204; Herbert (Fn. 92), S. 125, 130; Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 16), S. 39; Cascione (Fn. 26), S. 64; Paulus verstand *ius naturale* als allezeit gerechtes und gutes Gesetz. Laut *Ulpian* wird weitgehender unter Naturrecht, das von Natur alle Lebewesen gelehrte Recht (D. 1,1,1,3) verstanden (Behrends, Knütel, Kupisch, Seiler (gemeinschaftlich übersetzt): *Digesten* 1-10, (1995), S. 24; Kaser/Knütel/Lohsse

Ius gentium entspricht eher nicht dem heutigen Rechtsgebiet des *internationalen Privatrechts*.¹⁰⁵ Es bezieht sich nicht auf die nationalen Ordnungen anderer Länder und wurde auf Fremde direkt angewendet.¹⁰⁶ Das *ius gentium* enthielt keine Kollisionsnormen (vgl. Art. 3 I EGBGB).¹⁰⁷ Das heißt, im Gegensatz zum heutigen Kollisionsrecht wurde nicht entschieden, welche nationalen Regeln angewendet werden sollen.¹⁰⁸ Nicht dem heutigen internationalen Privatrecht entsprechende Aspekte des *ius gentium* sind, dass es auch manche öffentlich-rechtliche Gegenstände enthält und es mitunter auch auf eigene (römische) Bürger angewendet wurde.¹⁰⁹

Ius gentium kann als »gemeinsames Recht aller Völker«, als »bei allen Völkern geltende Rechtssätze«, als »Völkergemeinschaftsrecht« oder als »Recht der Völker« bezeichnet werden.¹¹⁰ Jedoch entspricht *ius gentium* dem Völkerrecht nur teilweise, da es nur einen Teil des heutigen Völkerrechts abdeckte.¹¹¹ Das Völkerrecht – heute auch als internationales öffentliches Recht bezeichnet – ist nämlich auf das zwischenstaatliche Recht bezogen und bindet v.a. die Völkerrechtssubjekte.¹¹² Ein einzelner Staat kann heute die Regeln des Völkerrechts nicht festlegen. Darüber hinaus spielen die internationalen Gemeinschaften heute eine wichtige Rolle im Völkerrecht. Aus diesen Gründen könnte *ius gentium* eher zwischen heutigem internationalem Privatrecht und Völkerrecht eingeordnet werden.

III. *Ius* als Gerichtsstätte und Zuordnung zu heutigen rechtswissenschaftlichen Begriffen und Disziplinen

Wie *Paulus* auch erwähnte, meint *ius* zudem die Gerichtsstätte, in der der Prätor Recht spricht und wo subjektive Rechte verfolgt werden können.¹¹³ Schon in den Zwölfartafelgesetzen (1,1; 3,2; 3,3; 6,5a) wird *ius* als prätorische Gerichtsstätte bezeichnet.¹¹⁴ In diesem Sinne wird *ius* auch im

mus des *ius* (Wieacker [Fn. 29], S. 80).

105 Cascione (Fn. 26), S. 61.

106 Seeck (Fn. 34), S. 137; Cascione (Fn. 26), S. 61.

107 Kaser (Fn. 2), S. 202; Cascione (Fn. 26), S. 61.

108 Kaser (Fn. 2), S. 202; Cascione (Fn. 26), S. 65; Charwath (Fn. 65), S. 274, 275; Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 16), S. 38; nach Ansicht einiger Autoren gab es internationales Privatrecht und Kollisionsrecht, wenn auch nur teilweise (s. dazu Cascione [Fn. 26], S. 66, 67, 70).

109 Charwath (Fn. 65), S. 274, 275; Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 16), S. 38; bei der Entnationalisierung des *ius gentium* war Billigkeit (*bonae fidei iudicia*) einer der Hauptgründe. S. Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 16), S. 38.

110 Atzeri (Fn. 31), Abs. 12; Herbert (Fn. 92), S. 7; Ausnahmeweise hatte *ius gentium* auch den überstaatlichen Aspekt, zwischenstaatliches öffentliches Recht, nämlich »Völkerrecht«. Es bezieht auch das Kriegsrecht (*ius belli*), das Recht der Staatsverträge und der Gesandten ein (Kaser/Knütel/Lohsse [Fn. 16], S. 38; Herbert [Fn. 92], S. 23; Kaser [Fn. 2], S. 203, 204). In diesem Sinne verwendete es nur Pomp. 50, 7, 18.

111 Herbert (Fn. 92), S. 7.

112 Herbert (Fn. 92), S. 7; Charwath (Fn. 65), S. 274, 275.

113 Forgó-Feldner, Rezension zu: Färber, Römische Gerichtsorte. Räumliche Dynamiken von Jurisdiktion im Imperium Romanum (2016) S. 563; Honsell (Fn. 24), S. 19; Färber, Römische Gerichtsorte: Räumliche Dynamiken von Jurisdiktion im Imperium Romanum (2014), S. 2, 3; Nörr (Fn. 73), S. 3; Wieacker (Fn. 29), S. 51; Kaser (Fn. 5), S. 11; Kaser (Fn. 2), S. 25.

114 In Tabula I, die Zwölfartafelgesetze: »*si in ius vocat ito*« bedeutet, dass

in-iure-Verfahren als »auf der Gerichtsstätte/Gerichtsbühne« verstanden.¹¹⁵ Gerichtsstätte bedeutet *ius* in »*iurisdictio*«, »*ius dicere*«, »*in ius vocare*«, »*in ius ducere*« sowie »*in ius cedere*«. ¹¹⁶

Die Gerichtsstätte des Prätors erforderte keine besonderen Bedingungen (Paul. D. 1,1,2).¹¹⁷ Sie wurde als Gerichts-ort des Prätors bezeichnet, wo dessen Richterstuhl (*sella curulis*)¹¹⁸ aufgestellt wurde.¹¹⁹ Dieser Stuhl symbolisierte die Jurisdiktionsgewalt.¹²⁰ *Ius* als Gerichtsstätte entspricht entfernt dem heutigen Gerichtsstand/Gerichtsort, nämlich dem Ort des zuständigen Gerichts.¹²¹ In diesem Sinne könnte *ius* dem Zivilprozessrecht zugeordnet werden (§§ 12 bis 37 ZPO).

IV. *Ius* als Entscheidungsinhalt

Die ursprüngliche Bedeutung des *ius*-Begriffs ist rechtmäßiges (und sakral unbedenkliches) Verhalten im Einzelfall, das niemanden verletzt oder keine Privatrache verursacht.¹²² In diesem Sinne ist *ius* der spezifische Entscheidungsinhalt, der durch Urteil bzw. im Prozess feststellt, ob ein bestimmtes Verhalten rechtmäßig ist.¹²³ Dank autoritativer Entscheidung kann die Richtigkeit dieser Entscheidung nicht mehr diskutiert werden.¹²⁴

In den Zwölfartafelgesetzen wird *ius* in erster Linie als »Urteil« verstanden, in dem Recht geäußert wird.¹²⁵ Die Urteile sind eine wichtige Quelle des Rechts, denn sie enthalten juristische Erfahrungen. In der Vergangenheit hatten sie ein höheres Ansehen als Rechtsnormen.¹²⁶

In der altzivilen Rechtspflege trat der Gerichtsmagistrat (ab 367 v. Chr.: Prätor) beispielsweise im *in-iure-cessio*-Prozess mit Jurisdiktionsanspruch bei.¹²⁷ Diese Jurisdiktion stand über der Feststellung einer *ius*-Behauptung. Wenn die notwendigen Bedingungen erfüllt sind, spricht der Magistrat *ius* in diesem Verfahren, denn der Gegenstand ist *ius*.¹²⁸ Der

»Wenn der Kläger vors Gericht ruft, soll Beklagte gehen«. Hier wurde *ius* im Sinne von Gerichtsstätte verwendet. S. Hähnchen (Fn. 18), S. 19f.

115 Waldstein (Fn. 31), S. 123; Schiemann (Fn. 1), S. 90; Wieacker (Fn. 29), S. 93; Honsell (Fn. 24), S. 19.

116 Kaser (Fn. 2), S. 25.

117 Forgó-Feldner (Fn. 112), S. 563.

118 »Die *Sella curulis* ist etruskischen Ursprungs: ein Sitzmöbel ohne Arm- oder Rückenlehne, einfach zu zerlegen und zu transportieren.« (Forgó-Feldner [Fn. 112], S. 563).

119 Forgó-Feldner (Fn. 112), S. 563.

120 Forgó-Feldner (Fn. 112), S. 562, 563.

121 Färber (Fn. 112), S. 3, 4.

122 *Paulus* schrieb: »[A]uch vom Prätor sagt man, daß er Recht spricht, selbst wenn er ungerecht entscheidet, wobei man sich natürlich nicht auf das bezieht, was der Prätor in diesem Fall getan hat, sondern auf das, was der Prätor hätte tun sollen« und erwähnte somit eine andere Bedeutungsebene des *ius* (D. 1,1,11).

123 Kaser (Fn. 5), S. 101 f.

124 Kaser (Fn. 5), S. 102.

125 Kaser (Fn. 5), S. 39.

126 Kaser (Fn. 5), S. 71.

127 Behrends (Fn. 2), S. 26 f.

128 Behrends (Fn. 2), S. 26 f.

Prätor kann selbst keine Urteile verfassen. Daher urteilt er nicht, sondern er spricht Recht.

C. Fazit

Nach eingehender Untersuchung der Bedeutungsebenen von *ius* im römischen Recht hat sich gezeigt, dass dieser Begriff äußerst mehrdeutig ist und mit der Zeit teils völlig verschiedene sowie heute nicht immer präzise übersetzbare Bedeutungsinhalte angenommen hat. Der Jurist *Paulus* etwa machte fünf grundlegende Bedeutungsebenen aus; gut begründet lassen sich auch noch weitere Bedeutungsdimensionen identifizieren. Nur beispielhaft genannt werden soll die Verwendung des *ius*-Begriffs im römischen Recht für persönliche Forderungen und beschränkt dingliche Rechte, für das subjektive Recht, aber auch die römische Rechtsordnung insgesamt. Wesentliche heutige Bezugspunkte wären das Privat- und Zivilprozessrecht. Der *ius*-Begriff wird dabei schon seit altrömischer Zeit weltlich verstanden – auch dies führte zur Entwicklung des Rechts als eigenständige Disziplin durch Juristen. Hinzu kommt, dass im römischen Recht kein *Gesetzesmonopol* bestand (wohingegen in heutigen Rechtssystemen – auch in Deutschland – dagegen eher ein »gesetzesstaatliches Denken« vorherrscht). Die Herausbildung der klassischen Juristen war dabei einer der Gründe für die fortschrittliche Entwicklung des römischen Rechts. Das Recht (*ius*) in Rom kann mithin eher als »Rechtswissenschaft« bezeichnet werden, die sich heute dagegen eher als eine »Gesetzeswissenschaft« darstellt.

Ius civile schließlich wurde begrifflich zwar in verschiedenen Bedeutungen verwendet, aber die häufigste Verwendung war die als objektives Recht, das nur für römische Bürger galt. In diesem Sinne entsprach *ius civile* dem gesamten Zivilrecht (Privatrecht/Bürgerrecht) eines Staates. *Ius honorarium* war eine das *ius civile* ergänzende und korrigierende Schicht, die durch die prätorische Amtsgewalt durchgesetzt wurde. Dank des durch Fallergahrungen entwickelten *ius honorarium* wurde altes *ius civile* an neue Lebensanforderungen angepasst. Zu *ius* im objektiven Sinne zählen auch *ius naturale* und *ius gentium*, die einen engen, teils kaum zu trennenden Bedeutungszusammenhang aufweisen. Während das *ius naturale* durchaus auch heute noch als Naturrecht verstanden werden kann, lässt sich das *ius gentium* nicht mit dem Völkerrecht im heutigen Sinne gleichsetzen, sondern steht vielmehr zwischen letzterem und dem internationalen Privatrecht.

Als eine örtliche Bedeutungsebene bedeutet *ius* ferner die Gerichtsstätte des Prätors. Dort konnte das eigene subjektive Recht verfolgt werden und der Prätor sprach Recht. In diesem Sinne entspricht *ius* dem heutigen Gerichtsstand/Gerichtsort und könnte daher dem Zivilprozessrecht zugeordnet werden.

Zwischen all diesen Bedeutungsebenen bestehen enge Verbindungen. Dass das subjektive *ius* aus dem objektiven *ius* hervorgeht, zeigt dies ebenso wie die ergänzende, korrigierende und gegensätzliche Beziehung zwischen den Schichten des objektiven Rechts, *ius civile*, *ius gentium* und *ius honorarium*.

Wie eingangs erwähnt, verstand *Celsus* den *ius*-Begriff als »Kunst des Guten und Gerechten« – die vielen Merkmale des *ius*-Begriffs und seine unterschiedlichen Bedeutungen wie auch Funktionen im römischen Recht belegen, dass dieses wunderbare Verständnis des Rechts kein Zufall ist.

Nicht nur lesen, was „klausurrelevant“ ist.

Immer und überall informiert.

**Jetzt 4 Wochen kostenlos
das E-Paper des Göttinger und
Eichsfelder Tageblatts lesen.**

Online unter:

www.goettinger-tageblatt.de/studiepaper



GT/ET +

Göttinger Tageblatt Eichsfelder Tageblatt

ZivilR Fallbearbeitung

Jonathan Stelter*

Abgemacht ist abgemacht – oder?!

Fallbearbeitung im Zivilrecht für Fortgeschrittene

Der Beitrag setzt sich insbesondere mit der Abgrenzung von Schadensersatz statt und Schadensersatz neben der Leistung auseinander. Daneben behandelt er das Mängelgewährleistungsrecht bei Tieren. Aus didaktischen Gründen erfolgt die Lösung bereits auf Grundlage der zum 1.1.2022 in Kraft tretenden Änderungen im Kaufrecht, auch wenn für »Altverträge« noch die alten Fassungen maßgeblich sind.

SACHVERHALT**TEIL 1**

A ist passionierter Reiter. Seit ein paar Jahren besitzt er zwei Pferde, die zwar auf dem Hof eines Freundes untergestellt sind, die A aber selbst versorgt. Das Futter kauft A abwechselnd bei zwei Herstellern: im Mai bei H und im Oktober bei G. Die Zusammensetzung des Futters ist bei G und H höchst unterschiedlich und im Zusammenspiel sieht A eine optimale Ernährung seiner Pferde gewährleistet. Die Zeitpunkte des Kaufs hat A zum einen deshalb so gewählt, weil sich das Futter des H besser für den Sommer, das des G hingegen besser für den Winter eignet; zum anderen ist das Futter bei H im Frühjahr besonders günstig (0,8 €/kg), bei G hingegen im Herbst (0,75 €/kg).

Im Jahr 2019 bestellt er bei G und H jeweils 1.500 kg. Während H im Mai wie vereinbart liefert, wartet A im Oktober vergeblich auf die Lieferung des Futters von G. Mehrfache Nachfragen bleiben zunächst unbeantwortet; später erklärt G, er habe seine aktuellen Lagerbestände zu einem lukrativen Preis an einen anderen Kunden verkaufen können und sei daher auf absehbare Zeit nicht in der Lage, an A zu liefern.

A sieht sich daher im November 2019 genötigt, Futter bei H nachzubestellen. Saisonbedingt muss er dabei einen Preis von 0,92 €/kg in Kauf nehmen, während er im Mai 2020 bei H nur 0,8 €/kg hätte zahlen müssen. A verlangt daher von G Ersatz seiner Mehrkosten i.H.v. insgesamt 180 €. Nach kurzer Diskussion gibt G sich einsichtig und zahlt die verlangten 180 € an A. Etwas irritiert ist G hingegen, als der A im Mai 2020 von ihm zusätzlich die Lieferung des Futters gegen Zahlung des vereinbarten Kaufpreises in Höhe von 0,75 €/kg verlangt. G hat seine Preise nach den guten Er-

fahrungen vom letzten Jahr zwischenzeitlich auf 0,9 €/kg erhöht; außerdem verlangt er zwischen Dezember und Juli üblicherweise einen Saisonzuschlag von 0,1 €/kg. Zu diesem Preis sei er gerne bereit den A zu beliefern.

Frage 1: Kann A von G Lieferung zum Preis von 0,75 €/kg verlangen?

TEIL 2:

A hegt seit langem den Traum, in seiner Freizeit der Pferdezucht nachzugehen. Die Fohlen plant A nicht zu verkaufen, sondern auf seinem Hof großzuziehen und später als Reittiere für sich und seine Kinder zu nutzen. Um sich diesen Wunsch endlich zu erfüllen, entschließt er sich, bei dem gewerblichen Pferdehändler P die dreijährige Stute S für 12.000 € zu erwerben, die P seinerseits am 3.2.2019 bei dem gewerblichen Züchter Z erworben hatte und die bisher ausschließlich als Reittier (also noch nicht für die Zucht) eingesetzt worden war. In dem zwischen A und P am 8.5.2019 geschlossenen Kaufvertrag wird u.a. vereinbart, dass die Gewährleistungsansprüche nach einem Jahr ab Übergabe verjähren sollen. Noch am selben Tag holt A die Stute vom Hof des P ab. A nutzt die S in den kommenden Wochen zunächst ausgiebig als Reitpferd. Bei einem kleinen Pferderennen, an dem er mit S teilnimmt, gewinnt er sogar eine Reise im Wert von 900 € (die er kurz darauf antritt). Weniger Freude als das Reiten bereitet dem A allerdings die Verwirklichung seiner Zuchtpläne. Sämtliche Versuche, die S decken zu lassen, verlaufen erfolglos. Am 16.10.2019 bittet A daher einen Tierarzt um Hilfe. Dieser stellt fest, dass die S an einer Endometrose leidet, einer nicht-behandelbaren Veränderung der Gebärmutterschleimhaut, die die Fruchtbarkeit erheblich beeinträchtigt. Noch am selben Tag erklärt A gegenüber P, dass er »fristlos« vom Kaufvertrag Abstand nehme.

Frage 2: Kann A von P Rückzahlung des Kaufpreises verlangen?

* Der Autor studiert Rechtswissenschaften im 5. Semester an der Georg-August-Universität Göttingen. Die Fallbearbeitung war Teil einer Hausarbeit, die im Anschluss an das Sommersemester 2020 im Rahmen des Grundkurses II im Bürgerlichen Recht von Prof. Dr. Ivo Bach an der Georg-August-Universität gestellt wurde.

GLIEDERUNG

A. Kann A von G Lieferung zum Preis von 0,75 €/kg verlangen?

- I. Anspruch aus § 433 I 1 BGB
 1. Anspruch entstanden
 2. Anspruch untergegangen
 - a) Unmöglichkeit
 - b) Verlangen von Schadensersatz statt der Leistung
 - aa) Anwendbarkeit der §§ 280 I, III, 281
 - (1) »Unmöglichkeitsmodell« des § 283
 - (2) »Verzögerungsmodell« des § 281 I
 - (3) Streitentscheid
 - bb) Vorliegen eines Schadensersatzes statt der Leistung gem. §§ 280 I, III, 281
 - (1) Zeitliche Abgrenzung
 - (2) Schadenstypologische Abgrenzung
 - (3) Gesamtabrechnung
 - (4) Einzelfallentscheidung
 - (5) Streitentscheid
 - (6) Zwischenergebnis
 - cc) Zwischenergebnis
 3. Anspruch durchsetzbar
 4. Ergebnis
 - II. Endergebnis
- B. Kann A von P Rückzahlung des Kaufpreises verlangen?
 - I. Anspruch aus §§ 437 Nr. 2 Alt. 1, 326 V, 346 I
 1. Wirksamer Kaufvertrag über eine Sache
 2. Sachmangel bei Gefahrübergang
 - a) Sachmangel
 - aa) Vereinbarte Beschaffenheit (§ 434 II 1 Nr. 1)
 - bb) Eignung zur vorausgesetzten Verwendung (§ 434 II 1 Nr. 2)
 - cc) Eignung für die gewöhnliche Verwendung und zu erwartende Beschaffenheit (§ 434 III 1 Nr. 1, 2)
 - (1) Eignung zur gewöhnlichen Verwendung (§ 434 III 1 Nr. 1)
 - (2) Übliche Beschaffenheit (§ 434 III 1 Nr. 2)
 - dd) Zwischenergebnis
 - b) Bei Gefahrübergang
 - aa) Verbrauchsgüterkauf
 - bb) Sechs Monate seit Gefahrübergang
 - cc) Vereinbarkeit mit der Art der Ware und der Art des Mangels gem. § 477 I 2 i.V.m. § 477 I
 - (1) Art der Ware
 - (2) Art des Mangels
 - c) Zwischenergebnis
 3. Kein Ausschluss der Mängelgewährleistungsrechte
 4. Rücktritt
 - a) Erheblicher Mangel der Kaufsache
 - b) Nachfristsetzung bzw. Entbehrlichkeit
 - aa) Unmöglichkeit der Nachbesserung gem. § 275 I

bb) Unmöglichkeit der Nachlieferung gem. § 275 I

c) Rücktrittserklärung gem. § 349

d) Zwischenergebnis

5. Ergebnis

II. Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 311a II

III. Anspruch aus § 812 I 1 Alt. 1

IV. Anspruch aus § 812 I 2 Alt. 1

V. Endergebnis

GUTACHTEN

A. Kann A von G Lieferung zum Preis von 0,75 €/kg verlangen?

I. Anspruch aus § 433 I 1 BGB¹

A könnte gegen G einen Anspruch auf Lieferung des Futters zum Preis von 0,75 €/kg aus § 433 I 1 haben.

1. Anspruch entstanden

Nachdem seitens A und G zwei sich auf einen Kaufvertrag beziehende korrespondierende Willenserklärungen – Angebot und Annahme (vgl. §§ 145 ff.) – vorliegen und diese die *essentialia negotii* enthalten, ist der Anspruch auf Lieferung zum Preis von 0,75 €/kg zunächst entstanden.

2. Anspruch untergegangen

Der Anspruch könnte jedoch untergegangen sein. Vorliegend hat G seine Pflicht aus dem Kaufvertrag zunächst jedenfalls nicht i.S.d. § 362 I erfüllt.

a) Unmöglichkeit

Der Anspruch auf Leistung könnte aber infolge Unmöglichkeit gem. § 275 I ausgeschlossen sein. Unmöglich ist dem Schuldner eine Leistung, wenn sie für ihn (subjektiv, § 275 I Alt. 1) oder für jedermann (objektiv, § 275 I Alt. 2) nicht erbringbar ist.²

Was die geschuldete Leistung ist, wird nach der Parteivereinbarung bestimmt. Inhalt und Reichweite der vertraglich übernommenen Beschaffungspflicht sind folglich auch durch Auslegung (§§ 133, 157) des Vertrages zwischen G und A zu bestimmen.³ Die herkömmliche Unterscheidung zwischen Stückschuld, bei der der Leistungsgegenstand durch individuelle Merkmale festgelegt ist,⁴ und Gattungsschuld, bei der der Schuldner eine nach allgemeinen Merkmalen bestimmte Sache mittlerer Art und Güte (§ 243 I) leisten muss,⁵

¹ §§ ohne Gesetzesangaben sind im Folgenden solche des BGB.

² Looschelders, Schuldrecht AT, 18. Auflage (2020), § 21 Rn. 2; Brox/Walker, Schuldrecht AT, 44. Auflage (2020), § 22 Rn. 4 und 7.

³ BGH NJW 2019, 1133 (1137); BeckOGK BGB/Beurskens, 1.9.2021, § 243 Rn. 25.

⁴ Looschelders (Fn. 2), § 13 Rn. 1; Brox/Walker (Fn. 2) § 8 Rn. 2.

⁵ MüKoBGB/Emmerich, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 8. Auflage (2019), § 243 Rn. 2; Brox/Walker (Fn. 2), § 8 Rn. 1.

kann somit als Ansatzpunkt dienen, ist allein aber nicht maßgeblich, da vertraglich verschiedenste Abstufungen vereinbart werden können.⁶

A und G haben sich vorliegend auf die Lieferung von Futter einer spezifischen Zusammensetzung geeinigt. Es handelt sich folglich um einen zunächst nach allgemeinen Merkmalen bestimmten Leistungsgegenstand. Dies spricht dafür, dass G so lange eine Beschaffungspflicht trifft und eine Leistung demnach möglich, bis nicht die gesamte Gattung untergegangen ist.⁷ Möglicherweise haben sich G und A aber darauf geeinigt, die Beschaffungspflicht auf einen bestimmten Vorrat an Futter zu beschränken (sog. Vorratschuld). In diesem Fall wäre die Leistung mit Untergang des gesamten Vorrats unmöglich.⁸ Eine solche Vorratsschuld ist im Zweifel dann anzunehmen, wenn der Schuldner Hersteller des Produktes ist, denn dann will dieser sich regelmäßig nur zur Lieferung aus seiner Produktion verpflichten, nicht aber eine darüber hinausgehende Verpflichtung zur Ersatzbeschaffung am Markt übernehmen.⁹ Dies gilt insbesondere, wenn das Produkt über spezifische Eigenschaften verfügt.¹⁰ Dass G das Futter einer spezifischen Zusammensetzung selbst herstellt, könnte folglich dafür sprechen, dass die nicht mehr vorhandenen Futtermittel bei G zur Unmöglichkeit der Leistung führen. Dagegen spricht jedoch, dass es A nicht darauf ankommt, das Futter eines bestimmten Jahrgangs zu erhalten. Er kauft das Futter des G aufgrund dessen Zusammensetzung seit mehreren Jahren ein. Für G erkennbar hat A folglich ein fortlaufendes Interesse an dessen hergestelltem Futter. Nach dem Vertragszweck handelt es sich für beide Vertragsparteien erkennbar somit um eine hinsichtlich des Jahrgangs austauschbare Leistung.¹¹ Für eine solche zwar auf die Produktion des G, aber nicht auf einen bestimmten Jahrgang beschränkte Beschaffungspflicht des G spricht letztlich auch die gesetzliche Wertung des § 439 I Alt. 2, nach der zumindest im Kaufrecht auch die Ersatzlieferung einer gleichwertigen, aber nicht unbedingt identischen Sache möglich ist.¹²

Nach alledem ist für G die Lieferung des von ihm hergestellten Futters zwar im Herbst 2019 nicht möglich, dafür aber wieder im Frühjahr 2020. Es besteht somit nur eine vorübergehende, aber keine dauerhafte Unmöglichkeit.¹³ Ein Leistungsausschluss nach § 275 I erfordert jedoch eine dauerhafte Unmöglichkeit.¹⁴ Eine nur vorübergehende Unmög-

lichkeit führt hingegen grundsätzlich nur zu einem vorübergehenden Ausschluss der Leistungspflicht gemäß § 275 I.¹⁵ Eine Ausnahme davon besteht nur dann, wenn es sich um ein strengen Anforderungen unterliegendes sog. absolutes Fixgeschäft handelt.¹⁶ Ein solches kann nur angenommen werden, wenn die Leistungszeit von entscheidender Bedeutung für die Erreichung des Vertragszweckes ist und eine spätere Leistung daher den Leistungszweck des Gläubigers nicht mehr erfüllen kann.¹⁷ A hat jedoch, wie bereits festgestellt, auch im nächsten Jahr noch Interesse an einer Lieferung des Futters, sodass es sich nicht um ein absolutes Fixgeschäft handelt. Ein dauerhafter Ausschluss der Leistungspflicht gemäß § 275 I ergibt sich folglich auch nicht aus der vorübergehenden Unmöglichkeit der Lieferung.

Im Ergebnis ist der Leistungsanspruch des A gegen G somit nicht wegen Unmöglichkeit untergegangen.

b) Verlangen von Schadensersatz statt der Leistung

Er könnte aber nach § 281 IV ausgeschlossen sein. Dafür müsste A von G Schadensersatz statt der Leistung verlangt haben.

aa) Anwendbarkeit der §§ 280 I, III, 281

Fraglich ist, ob A angesichts der festgestellten vorübergehenden Unmöglichkeit überhaupt Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 I, III, 281 fordern konnte.

(1) »Unmöglichkeitsmodell« des § 283

Es wird jedoch auch vertreten, Schadensersatz statt der Leistung könne bei der vorübergehenden Unmöglichkeit nur über §§ 280 I, III, 283 und nur dann gefordert werden, wenn das Leistungshindernis nach Abwägungen der Zumutbarkeit als ein dauerhaftes zu verstehen ist.¹⁸ Dabei wird bei zumutbarem Abwarten ein Anspruch aus §§ 280 I, III, 281 mangels fälliger Leistungspflicht abgelehnt. A hat wie festgestellt auch im nächsten Jahr noch ein Interesse an der Lieferung des Futters und konnte sich für 2019 bereits anderweitig mit Futter eindecken. Ein Abwarten ist dem A somit zumutbar. Damit entfele hier ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung.

(2) »Verzögerungsmodell« des § 281 I

Damit zunächst übereinstimmend lehnt auch der ganz überwiegende Teil der Lehre bei der vorübergehenden Unmöglichkeit einen Anspruch aus §§ 280 I, III, 283 wegen

⁶ BGH NJW 2019, 1133 (1137); BeckOGK BGB/*Beurskens* (Fn. 3), § 243 Rn. 25. Zu der Maßgeblichkeit der Parteivereinbarung für Inhalt und Umfang einer Gattungsschuld s. auch MüKoBGB/*Emmerich* (Fn. 5), § 243 Rn. 6.
⁷ *Looschelders* (Fn. 2), § 13 Rn. 9; *Brox/Walker* (Fn. 2), § 22 Rn. 5.

⁸ *Looschelders* (Fn. 2), § 13 Rn. 11.

⁹ RGZ 84, 125, 126; Palandt/*Grüneberg*, BGB, 79. Auflage (2020), § 243 Rn. 3; MüKoBGB/*Emmerich* (Fn. 5), § 243 Rn. 12.

¹⁰ MüKoBGB/*Emmerich* (Fn. 5), § 243 Rn. 12.

¹¹ BGH NJW 2019, 1133 (1136 f.).

¹² BGH NJW 2019, 1133 (1136 f.); BeckOGK BGB/*Beurskens* (Fn. 3), § 243 Rn. 25.

¹³ *Arnold*, Die vorübergehende Unmöglichkeit nach der Schuldrechtsreform, JZ 2002, 866, 866; *Schulze/Ebers*, Streitfragen im neuen Schuldrecht, JuS 2004, 265 (267).

¹⁴ BGH NJW 2007, 3777 (Rn. 24).

¹⁵ Palandt/*Grüneberg* (Fn. 9), § 275 Rn. 10; Bamberger/Roth/Hau/Po-seck/*Lorenz*, BGB, Bd. 1, 4. Auflage (2019), § 275 Rn. 275; *Looschelders* (Fn. 2), § 21 Rn. 16; *Brox/Walker* (Fn. 2), § 22 Rn. 16. Andere Ansicht *Huber/Faust*, Schuldrechtsmodernisierung (2002), Kapitel 8 Rn. 16.

¹⁶ BGH NJW 2009, 2743 (2744); *Looschelders* (Fn. 2), § 21 Rn. 17.

¹⁷ MüKoBGB/*Ernst* (Fn. 5), § 275 Rn. 50 f. mwN.

¹⁸ *Medicus*, Bemerkungen zur »vorübergehenden Unmöglichkeit«, in: FS Heldrich (2005), S. 347, 352.

der Andersartigkeit zur dauerhaften Unmöglichkeit ab.¹⁹ Ein solcher würde die Fristsetzung entbehrlich machen und damit die Interessen des Schuldners zu wenig berücksichtigen. § 275 I (und § 326 V) fordere deshalb keine Fristsetzung, weil das Leistungshindernis dauerhaft ist und eine Fristsetzung damit überflüssig wäre. Genau das sei aber bei der vorübergehenden Unmöglichkeit nicht der Fall.²⁰ Ein Anspruch aus §§ 280 I, III, 281 wird damit nicht wegen der fehlenden Fälligkeit ausgeschlossen. Das Fälligkeitserfordernis beabsichtige nicht, den Schuldner von Leistungshindernissen zu befreien, die über den Zeitpunkt der Fälligkeit hinausdauern. Indem auf deren hypothetischen Zeitpunkt abgestellt wird, bleibt die vorübergehende Unmöglichkeit der Leistung außen vor.²¹ Nach dieser Ansicht könnte A demnach grundsätzlich aus §§ 280 I, III, 281 Schadensersatz statt der Leistung verlangen.

(3) Streitentscheid

Für die erstgenannte Ansicht spricht zwar das Argument der fehlenden Fälligkeit. Allerdings lässt sich dieses Problem mit der letztgenannten Ansicht durch die Überlegungen zu Sinn und Zweck des Fälligkeitserfordernisses besser lösen. Ihr ist zu folgen. Für die Fälligkeit einer Leistung ist eine Leistungsstörung unerheblich.²² Daher muss bei der vorübergehenden Unmöglichkeit die aufgehobene Leistungspflicht im Rahmen des § 281 nicht berücksichtigt werden. Entscheidend ist vielmehr, ob die Leistung bei Nichteintreten des Hindernisses fällig gewesen wäre. Dies ist hier der Fall. Für den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung aus §§ 280 I, III, 281 müssten jedoch noch weitere Voraussetzungen erfüllt sein.

bb) Vorliegen eines Schadensersatzes statt der Leistung gem. §§ 280 I, III, 281

Nachdem A das Futter bei H und nicht G kaufte, mithin die begehrte Leistung nicht vom Schuldner, sondern von einem Dritten bekam,²³ liegt ein Deckungskauf vor. Fraglich ist, ob der durch den Deckungskauf entstandene Schaden überhaupt über §§ 280 I, III, 281 ersetzt werden kann, es sich bei den 180 €, die A von G gefordert hat, also um einen Schadensersatz statt der Leistung handelt. Die Abgrenzung von Schadensersatz statt und Schadensersatz neben der Leistung kann anhand verschiedener Kriterien erfolgen.

(1) Zeitliche Abgrenzung

Die Schadensart könnte zeitlich nach dem Kriterium der letztmöglichen Nacherfüllung bestimmt werden.²⁴ Dafür spricht, dass dies eine klare Abgrenzung der Schadensarten ermöglicht.²⁵ Schadensersatz statt der Leistung kann nur für Schadensposten gefordert werden, die auf dem endgültigen Ausbleiben der Leistung beruhen.²⁶ Mit der »Zauberformel«²⁷ ist zu fragen, ob der Schaden durch eine hypothetische letztmögliche Leistung des Schuldners entfallen wäre.

Für den Zeitpunkt könnte entscheidend sein, wann die Leistungspflicht ausgeschlossen ist. Dies kann geschehen, indem der Gläubiger einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung geltend macht (§ 281 IV), durch Rücktritt (§§ 346 I, 349) oder Unmöglichkeit (§ 275 I-III).²⁸ Hier liegt keiner dieser Fälle vor. Insbesondere tätigte A den Deckungskauf vor Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs. Durch letztmögliche Erfüllung wäre der Schaden nicht weggefallen, es wäre also Schadensersatz neben der Leistung anzunehmen.

Anders verhält es sich, wenn es auf den Zeitpunkt der Nichterfüllung bei Fälligkeit ankäme. So wird vertreten, der Schaden trete bereits dann und nicht erst durch den Deckungskauf selbst ein.²⁹ Das Ausbleiben der Leistung könne freilich durch eine Erfüllung im letztmöglichen Zeitpunkt verhindert werden und nach dieser Einordnung habe sich die des Deckungskaufs zu richten.³⁰ A tätigte den Deckungskauf nach der Nichterfüllung. Hiermit wäre Schadensersatz statt der Leistung zu bejahen.

Schließlich wird auf den Ablauf der Nacherfüllungsfrist abgestellt.³¹ Nur wenn diese verstrichen ist, habe der Schuldner

¹⁹ Arnold (Fn. 13), JZ 2002, 866, 869 f.; Schulze/Ebers (Fn. 13), JuS 2004, 265 (267 f.); Däubler, Die vorübergehende Unmöglichkeit der Leistung, in: FS Heldrich (2005), S. 55 (62); BeckOK BGB/Lorenz, 1.8.2020, § 275 Rn. 68.

²⁰ Holzwarth/Walz, Die vorübergehende Unmöglichkeit der Leistung, StudZR 2011, 33 (42 ff.); Arnold (Fn. 13), JZ 2002, 866 (869); Däubler (Fn. 19), S. 55 (60).

²¹ Canaris, Die einstweilige Unmöglichkeit der Leistung, in: FS Huber (2006), S. 143 (155 ff.); Arnold (Fn. 13), JZ 2002, 866 (869).

²² Arnold (Fn. 13), JZ 2002, 866 (869).

²³ BeckOGK BGB/Riehm, (Fn. 3), § 280 Rn. 233.

²⁴ Vgl. Palandt/Grüneberg (Fn. 9), § 280 Rn. 18; MüKoBGB/Ernst (Fn. 5), § 280 Rn. 71; Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Faust (Fn. 15), § 437 Rn. 68 f.; Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, 21. Auflage (2015), Rn. 342; Looschelders (Fn. 2), § 24 Rn. 17.

²⁵ Voronova, Ersatzfähigkeit der Mehrkosten für einen vorzeitigen Deckungskauf, BRZ 2020, 1 (3); Korch/Hagemeyer, Die ewige Frage: Schadensersatz statt oder neben der Leistung? – Die Abgrenzung vor dem Hintergrund des Biodiesel-Urteils des BGH, JURA 2014, 1077 (1078).

²⁶ Lorenz, Grundwissen – Zivilrecht: Schadensarten bei der Pflichtverletzung (§ 280 II, III BGB), JuS 2008, 203 (204).

²⁷ Lorenz, Das Deckungsgeschäft im System der Schadensarten oder: Was taugt die »Zauberformel«?, in: FS Leenen (2012), S. 147.

²⁸ Medicus/Lorenz (Fn. 24), Rn. 342; Lorenz (Fn. 27), S. 147 (151 f.); Faust, Die Rechtslage nach Ablauf der Nachfrist, in: FS Huber (2006), S. 239 (254).

²⁹ Gsell, BGH: Mehrkosten eines frühzeitigen Deckungskaufs als Schadensersatz statt der Leistung, LMK 2013, 353035; Hirsch, Schadensersatz statt oder neben der Leistung – Aktuelle Fragen der Abgrenzung, JuS 2014, 97 (101); Korch/Hagemeyer (Fn. 25), JURA 2014, 1077 (1081).

³⁰ BGH NJW 2013, 2959 Rn. 27 f.

³¹ Erman/Grünwald, BGB, 15. Auflage (2015), § 437 Rn. 13; Ostendorf, Die Abgrenzung zwischen Schadensersatz statt und neben der Leistung – Versuch einer Neubetrachtung, NJW 2010, 2833, 2836 f.; Gerhardt, Die Abgrenzung der wichtigsten Anspruchsgrundlagen im Schadensersatzrecht bei Leistungsstörungen, JURA 2012, 251; für den Deckungskauf auch Lorenz (Fn. 27), S. 147 (161).

sein Recht zur zweiten Andienung verloren. A setzte G keine Frist. Wenn diese nach § 281 II entbehrlich wäre, wären die Mehrkosten als Schadensersatz statt der Leistung einzu-
stufen.

(2) Schadenstypologische Abgrenzung

Man könnte weiter nach dem Kriterium der Leistungsäquivalenz eine schadenstypologische Abgrenzung vollziehen.³² Für diese Ansicht spricht der Wortlaut »statt der Leistung«. Unter den Schadensersatz statt der Leistung fällt danach jeder Schaden, der als Ersatz für die Leistung fungiert, die »an die Stelle der Leistung tritt«³³, mithin die Kompensation des nicht erfüllten ursprünglichen Leistungsinteresses des Gläubigers darstellt.³⁴ Zum Leistungersatz zählen u.a. die Kosten eines Deckungskaufs.³⁵ Wenn der Gläubiger die durch einen Deckungskauf entstandenen Mehrkosten ersetzt bekäme und darüber hinaus im Gegenzug zum vereinbarten Kaufpreis weiter die Leistung fordern könnte, hätte er einen doppelten Anspruch auf die Leistung zum vereinbarten Preis.³⁶ Mit dieser Ansicht wäre ein Schadensersatz statt der Leistung anzunehmen.

(3) Gesamtabrechnung

Weiter nimmt eine dritte Ansicht eine Gesamtabrechnung vor. Schadensersatz statt der Leistung sei der gesamte Nichterfüllungsschaden.³⁷ Damit wird ein umfassender Schadensersatz gewährleistet. Für jeden Schadensersatzanspruch gebe es einen einheitlichen Haftungsgrund: die vom Schuldner objektiv zu vertretende Verletzung der Leistungspflicht.³⁸ Die beiden Schadensarten stehen nicht nebeneinander, sondern nacheinander. Solange ein Leistungsanspruch besteht, könne der Gläubiger nur Schadensersatz neben der Leistung verlangen, mit Wegfall des Anspruchs nur noch statt der Leistung. Der bereits entstandene Verzögerungsschaden sei dann in den Schadensersatz statt der Leistung zu integrieren. Der Schaden wird mit der Differenzhypothese berechnet. Als A den Deckungskauf tätigte, bestand noch ein Leistungsanspruch. Er konnte somit nur Schadensersatz neben der Leistung verlangen.

32 NK-BGB/*Dauner-Lieb*, BGB, Bd. 2/1, 3. Auflage (2016), § 280 Rn. 65; *Grigoleit/Riehm*, Die Kategorien des Schadensersatzes im Leistungsstörungenrecht, AcP 2003, 727 (735 ff.); *Grigoleit/Bender*, Der Diskurs über die Kategorien des Schadensersatzes im Leistungsstörungenrecht – Teleologische Dogmatisierung auf dem Prüfstand, ZfPW 2019, 1; *Erman/Westermann* (Fn. 31), § 280 Rn. 17; *Ady*, Schadensersatz statt der Leistung bei Vermögens- und Nichtvermögensschäden, ZGS 2003, 13 (15).

33 BGH NJW 2013, 2959 Rn. 27.

34 *Grigoleit/Riehm* (Fn. 32), AcP 2003, 727 (735 ff.).

35 *Grigoleit/Riehm* (Fn. 32) AcP 2003, 727 (736 f.); *Ady* (Fn. 32), ZGS 2003, 13 (15).

36 BGH NJW 2013, 2959 Rn. 28.

37 *Huber*, Schadensersatz statt der Leistung, AcP 2010, 319 (335 ff.); *Ackermann*, Schadensersatz statt der Leistung: Grundlagen und Grenzen, JuS 2012, 865; *Benicke/Hellwig*, ZIP 2015, 1106 (1109 ff.).

38 *Benicke/Hellwig*, Vorzeitiges Deckungsgeschäft und Schadensersatz – Eine dogmatische Aufarbeitung, ZIP 2015, 1106 (1109 f.).

(4) Einzelfallentscheidung

Nach einer weiteren Ansicht muss man nicht allein auf zeitliche oder nur schadenstypologische (materielle) Gesichtspunkte abstellen, sondern kann im jeweiligen Einzelfall alle Umstände und alle für den entstandenen Schaden relevanten Faktoren beachten.³⁹ Durch ihre Flexibilität und die Einbeziehung verschiedener Kriterien ermöglicht die Einzelfallbetrachtung einen abschließenden Ersatz des dem Gläubiger entstandenen Schadens. Insofern existieren zwei Unteransichten bzw. Betrachtungswege. Beiden Ansätzen liegt die Erkenntnis zugrunde, dass es einerseits Fälle gibt, in denen der Gläubiger trotz Deckungskaufs weiterhin ein Interesse an der Leistung hat.⁴⁰ Andererseits sind Konstellationen denkbar, in denen der Schuldner trotz Deckungskaufs weiter liefern dürfen soll.⁴¹

Nach der ersten Betrachtungsweise ist ein Schadensersatz statt der Leistung bei Deckungskaufen nur dann anzunehmen, wenn es sich im Prinzip um eine Rückabwicklung des Vertrags handelt.⁴² Dies sei regelmäßig der Fall, wenn man bei der Schadensberechnung davon ausgeht, dass der Schuldner nicht mehr leistet. Andernfalls könne der Gläubiger zunächst Schadensersatz neben der Leistung fordern. Um eine Doppelkompensation zu verhindern, müsse dann freilich die spätere Leistung des Schuldners bei der Berechnung des Schadens berücksichtigt werden.⁴³

Die zweite Betrachtungsweise versteht Fälle fortlaufender Warenkäufe nicht als Deckungs-, sondern als Zusatzkauf. In Konstellationen, in denen der Gläubiger sich lediglich eine äußerlich gleichartige Sache beschafft, trete das Geschäft nicht an die Stelle der geschuldeten Leistung.⁴⁴ Vielmehr würden Ersatzgeschäft und ursprüngliches Geschäft jeweils zum anderen Zeitpunkt getätigt und insofern getauscht.⁴⁵

Mit diesen Ansichten käme man angesichts des fortlaufenden Erfüllungsinteresses des A zu einem Schadensersatz neben der Leistung.

39 *Bach*, Zur Abgrenzung des Schadensersatzes statt der Leistung vom Schadensersatz neben der Leistung, ZJS 2013, 1; *ders.*, Anmerkung zu BGH, 3. Juli 2013, VIII ZR 169/12 (Deckungskaufkosten als Schadensersatz statt der Leistung), JR 2014, 436; *Nietsch*, Schadensersatz beim Deckungskauf trotz Erfüllung, NJW 2014, 2385; *Voronova* (Fn. 25), BRZ 2020, 1; *Ostendorf*, Das endgültige Ausbleiben der Leistung als »Zauberformel« für die Abgrenzung des Schadensersatzanspruchs statt der Leistung vom Schadensersatzanspruch neben der Leistung?, ZJS 2012, 742; für eine Kombination der beiden erstgenannten Ansätze und damit *de facto* auch für eine Einzelfallentscheidung *Looschelders* (Fn. 2), § 24 Rn. 23.

40 Vgl. das Beispiel bei *Voronova* (Fn. 25), BRZ 2020, 1 (9 ff.); *Bach* (Fn. 39), JR 2014, 436.

41 Vgl. das Beispiel bei *Bach* (Fn. 39), ZJS 2013, 1 (insb. 6).

42 *Bach* (Fn. 39), ZJS 2013, 1; *ders.* (Fn. 39), JR 2014, 436; wohl auch *Nietsch* (Fn. 39), NJW 2014, 2385.

43 *Nietsch* (Fn. 39), NJW 2014, 2385 (2390 f.); *Bach* (Fn. 39), ZJS 2013, 1 (7); *Voronova* (Fn. 25), BRZ 2020, 1 (11).

44 BeckOGK BGB/*Riehm* (Fn. 3), § 280 Rn. 234; *Grigoleit/Riehm* (Fn. 32), AcP 2003, 727 (737 f.); *Voronova* (Fn. 25), BRZ 2020, 1 (10); *Nietsch* (Fn. 39), NJW 2014, 2385 (2391).

45 *Voronova* (Fn. 25), BRZ 2020, 1, 10.

(5) Streitentscheid

Gegen die zeitliche Abgrenzung spricht, dass auch Schäden an anderen Rechtsgütern des Gläubigers dem Schadensersatz statt der Leistung zugeordnet werden können. Durch das Exklusivitätsverhältnis des Schadensersatzes statt der Leistung und des Aufwendungsersatzes gem. § 284 kann der Gläubiger daher in manchen Fällen trotz fortbestehenden Erfüllungsinteresses nur Schadensersatz statt der Leistung fordern.⁴⁶ Außerdem kann derselbe Schadensposten je nach Eintritt entweder Schadensersatz neben oder statt der Leistung zur Folge haben.⁴⁷ Zuletzt widerspricht dem Vorrang der Nacherfüllung, dass vor dem berechtigten Schadensersatzverlangen entstandene Schäden über den Schadensersatz neben der Leistung zu ersetzen wären, obwohl eine Nacherfüllung diese verhindert hätte.⁴⁸

Die schadenstypologische Abgrenzung bringt, indem sie *de facto* weiter zwischen Mangel- und Mangelfolgeschaden, Äquivalenz- und Integritätsinteresse unterscheidet, genau die Probleme mit sich, die die Schuldrechtsreform lösen sollte, insbesondere die problematische Grenze zwischen diesen Konstruktionen.⁴⁹

Schließlich kann man der Gesamtabrechnung entgegenhalten, dass sie eine Unterscheidung der Schadensarten vermeidet. Dadurch muss der Gläubiger für einen Schadensersatz statt der Leistung entweder zurücktreten oder Schadensersatz statt der Leistung fordern. Damit wird die Rechtsfolge gleichzeitig zur Voraussetzung. Das widerspricht allerdings dem Wortlaut und der Systematik des Gesetzes.⁵⁰

Die Problematik im vorliegenden Fall geht jedoch weiter. Es handelt sich nicht um einen gewöhnlichen Deckungskauf, bei dem sich der Gläubiger von einem Dritten die ursprünglich vom Schuldner geschuldete Leistung besorgt. A hat weiterhin ein Interesse am Futter des G, um seine Pferde optimal zu ernähren. Das Futter des H ersetzt dasjenige des G nicht. A musste im November 2019 Futter bei H nachbestellen, um seine Pferde überhaupt füttern zu können. Dafür musste er an H 1.380 € zahlen, während er an G nur 1.125 € gezahlt hätte. Dies ergibt eine Differenz von 255 €. Hätte er mit den beiden letztgenannten Varianten der zeitlichen sowie mit der schadenstypologischen Abgrenzung Schadensersatz statt der Leistung gefordert, so hätte sich dieser also auf 255 € belaufen müssen. Das war der Schaden, der ihm allein im Herbst 2019 entstand. A forderte von G aber nur 180 €, was der Differenz zu den 1.200 € entspricht, die er – bei ordnungsgemäßer Lieferung des G – im Frühjahr 2020 bei H gezahlt hätte. G wusste, dass A immer einmal im Jahr bei

ihm bestellt und dass es ihm auf die Zusammensetzung des Futters ankommt. Wie A die 180 € berechnet hat, muss für G nach der »kurzen Diskussion« auch ersichtlich gewesen sein. Nähme man hier Schadensersatz statt der Leistung an und müsste A wegen seines Interesses an der optimalen Ernährung seiner Pferde im Frühjahr 2020 für 1.500 € Futter beim H kaufen, hätte er Mehrkosten von insgesamt 375€ (den Schadensersatz i.H.v. 180€ bereits abgezogen). Ziel des Schadensrechts ist jedoch der lückenlose Ersatz des beim Gläubiger entstandenen Schadens. Damit sind 375 € Mehrkosten, die allein dadurch entstehen, dass G trotz Vertrags sein Futter an jemanden anderen verkauft, nicht zu vereinnbaren.

Vorliegend stößt man mit starren Abgrenzungskriterien daher an seine Grenzen. Das Telos des Schadensrechts gebietet in diesen speziell gelagerten Fällen eine Einzelfallbetrachtung. Nur mit dieser ist die Forderung von 180 € und anschließender Forderung der Leistung einleuchtend und nachvollziehbar.⁵¹ A ist hinsichtlich seines Vermögens so zu stellen, wie er bei ordnungsgemäßer Leistung des G gestanden hätte. Er muss 1.500 kg Futter von G und 1.500 kg Futter des H zum Gesamtpreis von 2.325 € haben. A forderte im November 2019 von G also die Mehrkosten des Deckungskaufs i.H.v. 180 € als Schadensersatz neben der Leistung.

(6) Zwischenergebnis

A hatte nicht Schadensersatz statt der Leistung verlangt. Er hatte weiterhin ein Erfüllungsinteresse. Die Voraussetzungen der §§ 280 I, III, 281 sind nicht erfüllt.

cc) Zwischenergebnis

Im vorliegenden Fall konnte A die 180 € als Schadensersatz neben der Leistung fordern. Damit scheidet ein Anspruch aus §§ 280 I, III, 281 auf Schadensersatz statt der Leistung aus. Der Anspruch des A gegen G auf Lieferung des Futters zum Preis von 0,75€/kg ist folglich nicht gem. § 281 IV untergegangen.

c) Anspruch durchsetzbar

Nachdem der Anspruch fällig ist und keine Einreden ersichtlich sind, ist er durchsetzbar.

d) Ergebnis

A hat gegen G einen Anspruch auf Lieferung des Futters zum Preis von 0,75 €/kg aus § 433 I.

II. Endergebnis

A kann von G Lieferung zum Preis von 0,75 €/kg verlangen.

⁴⁶ Bach (Fn. 39), ZJS 2013, 1 (3); Arnold, Die Abgrenzung der Schadensarten nach § 280 BGB, ZJS 2009, 22 (25 f.).

⁴⁷ Grigoleit/Bender (Fn. 32), ZfPW 2019, 1 (31).

⁴⁸ Ostendorf (Fn. 31), NJW 2010, 2833 (2835); ders. (Fn. 39), ZJS 2012, 742.

⁴⁹ Bach (Fn. 39), ZJS 2013, 1 (3); Korch/Hagemeyer (Fn. 25), JURA 2014, 1077 (1078 f.).

⁵⁰ Voronova (Fn. 25), BRZ 2020, 1 (10).

⁵¹ Bach (Fn. 39), ZJS 2013, 1 (5); Voronova (Fn. 25), BRZ 1 (10).

B. Kann A von P Rückzahlung des Kaufpreises verlangen?

I. Anspruch aus §§ 437 Nr. 2 Alt. 1, 326 V, 346 I

A könnte gegen P einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises aus §§ 346 I, 437 Nr. 2 Alt. 1, 434 I, 326 V haben. Voraussetzung hierfür wäre ein Rückgewährschuldverhältnis.

1. Wirksamer Kaufvertrag über eine Sache

Zunächst müsste zwischen A und P gem. § 433 ein wirksamer Kaufvertrag über eine Sache zustande gekommen sein. Gem. § 90a S. 3 sind auf Tiere die für Sachen geltenden Vorschriften anzuwenden. Folglich lag ein Kaufvertrag über eine Sache vor.

Fraglich ist, ob dieser Kaufvertrag durch eine Anfechtung des A gem. § 142 I *ex tunc* nichtig geworden ist. Neben den § 434 ff. grundsätzlich anwendbar ist die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung gemäß § 123 I.⁵² Nachdem P die Krankheit der S nicht kannte, konnte er nicht darauf abzielen, bei der A eine unrichtige Vorstellung hervorzurufen.⁵³ Er täuschte mithin nicht.

A könnte hier aber gem. § 119 II über eine verkehrswesentliche Eigenschaft geirrt haben. Die Aussage des A, er nehme fristlos vom Vertrag Abstand, lässt sich nach §§ 133, 157 als Anfechtungserklärung i.S.d. § 143 I verstehen. Jedoch ist umstritten, ob durch die Mängelgewährleistungsrechte der §§ 434 ff. die Anfechtung wegen eines Eigenschaftsirrtums ausgeschlossen ist.

Teilweise wird vertreten, dass die Rechte selbstständig nebeneinanderstehen.⁵⁴ Eine Anfechtung sei keine Umgehung des Gewährleistungsrechts, denn den Käufer treffe im Falle einer Anfechtung die Schadensersatzpflicht aus § 122. Ein Vorrang der Mängelgewährleistungsrechte hingegen würde die Käuferrechte grundlos beschränken. Die unterschiedlichen Rechtsbehelfe hätten jeweils ihre Vor- und Nachteile. Indem sich der Käufer für eine Möglichkeit entscheidet, umgehe er nicht die andere. Ein Rücktritt gelte schließlich auch nicht als Umgehung des § 122.

Dagegen spricht jedoch, dass die eindeutige gesetzliche Entscheidung zum »Recht zur zweiten Andienung«⁵⁵ im kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht durch die Möglichkeit der sofortigen Vertragsaufhebung mittels Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums ausgehebelt werden würde.⁵⁶

⁵² Vgl. nur MüKoBGB/*Armbrüster*, BGB, Bd. 1, 8. Auflage (2018), § 123 Rn. 101.

⁵³ *Brox/Walker*, BGB AT, 44. Auflage (2020), § 19 Rn. 2.

⁵⁴ *Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Faust* (Fn. 15), § 437 Rn. 190; *Krampe*, Eichen am Wasser – Der Ruisdael-Fall RGZ 135, 339, JuS 2005, 773 (777); *Emmerich*, Schuldrecht BT, 15. Auflage (2018), § 5 Rn. 51a.

⁵⁵ *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II, 18. Auflage (2018), § 7 Rn. 5.

⁵⁶ *Huber/Faust* (Fn. 15), Kapitel 14 Rn. 4; *Palandt/Weidenkaff* (Fn. 9), § 437 Rn. 53; *HK-BGB/Saenger*, BGB, 10. Auflage (2019), § 437 Rn. 27; *Huber/Bach*, Besonderes Schuldrecht 1, 6. Auflage (2018), Rn. 353; *Looschelders*,

Außerdem würden durch die Anwendung des großzügigeren Irrtumsrechts die besonderen Beschränkungen der §§ 437 ff. für die Gewährleistungsansprüche des Käufers umgangen.⁵⁷ Davon wären vor allem die zeitlichen Fristen betroffen. Die durch § 438 I Nr. 3 auf zwei Jahre festgelegte Verjährungsfrist verlöre bei einer Anwendbarkeit der Fristen des Irrtumsrechts (§ 121) ihre Bedeutung. Zuletzt wäre auch dem grob fahrlässig irrenden Käufer eine Anfechtung möglich.⁵⁸

Die Mängelgewährleistungsrechte haben also Vorrang und entfalten gegenüber der Anfechtung wegen eines Eigenschaftsirrtums eine Sperrwirkung. Eine Anfechtung nach § 119 II ist A daher nicht möglich. Ein wirksamer Kaufvertrag liegt vor.

2. Sachmangel bei Gefahrübergang

Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache gem. § 433 I 2 frei von Sach- und Rechtsmängeln zu beschaffen. Ein Anspruch aus § 437 erfordert folglich zunächst eine mangelhafte Kaufsache.

a) Sachmangel

Die S müsste mangelhaft sein. Gemäß § 434 I ist eine Sache frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang den subjektiven Anforderungen, den objektiven Anforderungen und den Montageanforderungen dieser Vorschrift entspricht.

aa) Vereinbarte Beschaffenheit (§ 434 II 1 Nr. 1)

In Betracht kommt zunächst ein subjektiver Sachmangel nach § 434 II 1 Nr. 1, das heißt das Fehlen einer vertraglich vereinbarten Beschaffenheit. Die Vereinbarung kann vor oder bei Vertragsschluss getroffen werden.⁵⁹ Sie kann zwar durchaus auch konkludent erfolgen,⁶⁰ unterliegt in der Regel aber hohen Anforderungen und ist nach ständiger Rechtsprechung nicht in Zweifels-, sondern lediglich in eindeutigen Fällen anzunehmen.⁶¹ Vorliegend haben A und P ausweislich des Sachverhalts in dieser Hinsicht keine ausdrückliche Vereinbarung getroffen. Ausreichend wäre jedoch, dass der Käufer den Verkäufer über seine Vorstellung von der Kaufsache in Kenntnis setzt und dieser zustimmt.⁶² Auch hiervon kann allerdings nicht ausgegangen werden. Mangels Angaben zu einer Äußerung des A dem P gegen-

ders, Schuldrecht BT, 15. Auflage (2020), § 8 Rn. 3; *Brox/Walker*, Schuldrecht BT, 44. Auflage (2020), § 4 Rn. 135 f.

⁵⁷ *Palandt/Weidenkaff* (Fn. 9), § 437 Rn. 53.

⁵⁸ *Huber/Bach* (Fn. 56), Rn. 350 ff.

⁵⁹ *Palandt/Weidenkaff* (Fn. 9), § 434 Rn. 15.

⁶⁰ BGH NJW 2018, 150 Rn. 16; *Palandt/Weidenkaff* (Fn. 9), § 434 Rn. 17; *Prütting/Wegen/Weinreich/Wagner*, BGB, 15. Auflage (2020), § 434 Rn. 23; *Staudinger/Matusche-Beckmann* (Fn. 55), § 434 Rn. 64.

⁶¹ BGH NJW 2019, 1337 Rn. 22; NJW 2018, 150 Rn. 16; NJW 2017, 2817 Rn. 13; *Palandt/Weidenkaff* (Fn. 9), § 434 Rn. 15; *Prütting/Wegen/Weinreich/Wagner* (Fn. 58), § 434 Rn. 23; *Staudinger/Matusche-Beckmann*, BGB, 2014, § 434 Rn. 71; *Looschelders* (Fn. 56), § 4 Rn. 12.

⁶² BGH NJW 2013, 1074 Rn. 16; *Prütting/Wegen/Weinreich/Wagner* (Fn. 58), § 434 Rn. 23.

über, es gehe ihm gerade um die Zucht, ist festzustellen, dass keine Vereinbarung über die Beschaffenheit getroffen wurde.

bb) Eignung zur vorausgesetzten Verwendung (§ 434 III 1 Nr. 2)

Die S könnte jedoch für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung ungeeignet und dadurch mangelhaft i.S.d. § 434 III 1 Nr. 2 sein. Wie bei der Vereinbarung wird auch hier teilweise mehr als ein einfaches Hinnehmen verlangt. Ein bloßes Kaufmotiv oder eine einseitige Vorstellung des Käufers genüge nicht. Vielmehr sei eine vertragliche Zustimmung erforderlich.⁶³ Die Gegenansicht hält diese für entbehrlich. Für den Verkäufer müsse lediglich ersichtlich gewesen sein, dass der Käufer mit der Kaufsache eine bestimmte Verwendung plant.⁶⁴ Ausreichend sei dann, dass der Verkäufer der für ihn erkennbaren Verwendung nicht widerspricht.⁶⁵ A hat P gegenüber mit keinem Wort erwähnt, dass es ihm gerade auch um die Zucht geht. Dies wurde für P auch nicht aus dem weiteren Verhalten des A erkennbar. Damit ist mit beiden Ansichten ein Sachmangel nach § 434 III 1 Nr. 2 zu verneinen.

cc) Eignung für die gewöhnliche Verwendung und zu erwartende Beschaffenheit (§ 434 III 1 Nr. 1, 2)

Weiter könnte sich allerdings ein Sachmangel aus § 434 III 2 Nr. 1 oder Nr. 2 ergeben. Danach ist eine Sache mangelhaft, wenn sie sich nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet (Nr. 1) oder nicht die Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer erwarten kann (Nr. 2).

(1) Eignung zur gewöhnlichen Verwendung (§ 434 III 1 Nr. 1)

Die S könnte sich nicht zur gewöhnlichen Verwendung eignen. »Verwendung« meint jeden intendierten Gebrauch.⁶⁶ Ob sie gewöhnlich ist, ist objektiv unter Berücksichtigung der Art der Sache und der Verkehrskreise des Käufers zu bestimmen.⁶⁷ Hier ist die gewöhnliche Verwendung Reiten und Zucht. Nachdem die Endometrose die Fruchtbarkeit nur beeinträchtigt und nicht ausschließt, ist die S zur gewöhnlichen Verwendung geeignet.

(2) Übliche Beschaffenheit (§ 434 III 1 Nr. 2)

Es fragt sich jedoch, ob die S auch die übliche Beschaffenheit hat. Gemäß § 434 III 1 Nr. 2 a) ist dabei die Art der Sache zu berücksichtigen. Bei Tieren wird die übliche Beschaffen-

heit demnach zwar nicht durch den physiologischen Idealzustand bestimmt.⁶⁸ Die Endometrose ist aber eine Krankheit. Bei fehlender anderer Vereinbarung hat der Verkäufer zu gewährleisten, dass das Tier bei Gefahrübergang nicht krank ist.⁶⁹ Eine Krankheit bedeutet folglich stets einen Mangel – zumindest i.S.d. § 434 III 1 Nr. 2.⁷⁰ Mithin weicht die S von der üblichen Beschaffenheit einer Stute für diesen Preis ab.

dd) Zwischenergebnis

Die S als Kaufsache ist also mangelhaft i.S.d. § 434 III 1 Nr. 2.

b) Bei Gefahrübergang

Der Sachmangel müsste bei Gefahrübergang (§ 446 S. 1) vorgelegen haben, also spätestens im Zeitpunkt der Ablieferung der Sache i.S.v. § 438.⁷¹ Es ist nicht eindeutig, seit wann die S an der Endometrose litt. Dies geht gem. § 363 grundsätzlich zu Lasten des Käufers, also des A.⁷² Etwas anderes könnte allerdings wegen der Beweislastumkehr aus § 477 I 2 gelten. Nach dieser gilt bei Kauf eines lebenden Tieres wie die S die Vermutung des § 477 I 1 für einen Zeitraum von sechs Monaten seit Gefahrübergang.⁷³

aa) Verbrauchsgüterkauf

Erforderlich wäre zunächst ein Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 I. Dafür bedarf es einer beweglichen Sache, eines Verbrauchers auf Käuferseite und eines Unternehmers auf Veräußererseite. Die S ist hier die bewegliche Sache (s.o.). A verdient mit dem Reiten nicht sein Geld, ist also ein Verbraucher i.S.d. § 13. Indem P beim Kaufvertrag als gewerblicher Pferdehändler auftrat, ist er gem. § 14 I Unternehmer.⁷⁴ Es handelt sich folglich um einen Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 I.

bb) Sechs Monate seit Gefahrübergang

Der Sachmangel müsste sich gemäß § 477 I 2 zudem innerhalb von sechs Monaten nach Gefahrübergang gezeigt haben. Der Tierarzt stellt die Endometrose am 16.10.2019, also ca. drei Wochen vor Ablauf dieser sechs Monate fest. Die früher unterschiedlichen Ansichten⁷⁵ mit Blick auf die Reichweite

⁶³ Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Faust (Fn. 15), § 434 Rn. 51; Medicus/Lorenz (Fn. 55), § 6 Rn. 14; Looschelders (Fn. 56), § 4 Rn. 15.

⁶⁴ BGH NJW 2017, 2817 (Rn. 16); Palandt/Weidenkaff (Fn. 9), § 434 Rn. 21.

⁶⁵ Vgl. insb. Schinkels, Zum Vorrang der nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung (§ 434 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB) vor damit unvereinbaren Beschaffenheitsangaben, ZGS 2004, 226 (228).

⁶⁶ Prütting/Wegen/Weinreich/Wagner (Fn. 58), § 434 Rn. 35.

⁶⁷ Prütting/Wegen/Weinreich/Wagner (Fn. 58), § 434 Rn. 42; Palandt/Weidenkaff (Fn. 9), § 434 Rn. 27.

⁶⁸ BGH NJW 2020, 389 Rn. 26, NJW 2018, 150 Rn. 24, NJW 2007, 1351 Rn. 19; Palandt/Weidenkaff (Fn. 9), § 434 Rn. 29; Prütting/Wegen/Weinreich/Wagner (Fn. 58), § 434 Rn. 44; Kniefert, Wann ist ein Pferd mangelhaft?, NJW 2007, 2895 (2896); ausführlich Neumann, Das Pferdekaufrecht nach der Schuldrechtsmodernisierung (2006), S. 94 ff.

⁶⁹ BGH NJW 2018, 150 Rn. 26; NJW 2020, 389, 390 Rn. 25.

⁷⁰ Neumann (Fn. 66), S. 94 f.; NK-BGB/Adolphsen (Fn. 32), Anhang V zu §§ 433–480: Tierkauf Rn. 22.

⁷¹ Palandt/Weidenkaff (Fn. 9), § 434 Rn. 8.

⁷² BGH NJW 1999, 352, 353.

⁷³ Zur Begründung für dies erst im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens eingefügte Ausnahmeregelung s. BT-Drs. 19/31116, S. 17.

⁷⁴ NK-BGB/Adolphsen (Fn. 32), Anhang V zu §§ 433–480: Tierkauf Rn. 8.

⁷⁵ Vgl. einerseits etwa BGH NJW 2006, 2250 Rn. 21; NJW 2014, 1086, 1087; aA BeckOK BGB/Faust (Fn. 19), § 477 Rn. 9; Lorenz, NJW 2014, 2319, 2322; Looschelders, JA 2014, 625; so auch EuGH NJW 2015, 2237 und

der Vermutung können hier dahinstehen, da selbst nach der engsten Ansicht die sechs Monate nicht verstrichen sind.

cc) *Vereinbarkeit mit der Art der Ware und der Art des Mangels gem. § 477 I 2 i.V.m § 477 I*

Die Ausnahmeregelung für lebende Tiere des § 477 I 2 nimmt ausdrücklich (»diese«) Bezug auf die Vermutung des § 477 I 1. Dieser schränkt die Vermutung insoweit ein, als dass die Vermutung mit der Art der Ware und der Art des Mangels vereinbar sein muss.

(1) Art der Ware

Durch die ausdrückliche Regelung einer Beweislastumkehr auch beim Kauf lebender Tiere durch § 477 I 2 hat der Gesetzgeber sich für die auch bisher herrschende Meinung entschieden, dass bei Tierkäufen die Vermutungsregel des § 477 nicht ausgeschlossen ist.⁷⁶ Dass sich der gesundheitliche Zustand eines Lebewesens beständig wandelt und allein von den natürlichen Voraussetzungen, sondern auch von Haltung Ernährung, Pflege, Nutzung etc. abhängig ist,⁷⁷ hat der Gesetzgeber dabei mit der Beibehaltung der kürzeren Dauer der Beweislastumkehr berücksichtigen wollen.⁷⁸

(2) Art des Mangels

Sie dürfte ferner auch nicht mit der Art des Mangels vereinbar sein. Der Mangel ist hier eine Tierkrankheit. Gegen eine Vereinbarkeit spricht, dass eine Krankheit jederzeit auftreten kann. Allerdings ist aufgrund des Regel-Ausnahme-Verhältnisses in § 477 und des Verbraucherschutzes die Vermutungsregel bei Tierkrankheiten nicht generell auszuschließen. Vielmehr ist dies im Einzelfall zu entscheiden, wobei etwa die Inkubationszeit mit in die Überlegungen einzubeziehen ist.⁷⁹ Eine Endometrose tritt zwar vorwiegend bei älteren Stuten auf. A versuchte aber sehr bald nach dem Kauf, die S decken zu lassen, bis er sie dann schließlich untersuchen ließ. Es liegen keinerlei Anhaltspunkte dafür vor, dass die S erst nach Übergabe krank wurde. Mithin ist die Vermutungsregel auch mit der Art des Mangels vereinbar.

c) Zwischenergebnis

Gem. § 477 wird vermutet, dass die Endometrose bei Gefahrübergang bereits vorhanden war. Damit liegt ein Sachmangel im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vor.

darauhin BGH NJW 2017, 1093.

⁷⁶ Zu der bisher herrschenden Meinung s. BGH NJW 2007, 2619; NJW 2014, 1086; MüKoBGB/Lorenz, BGB, Bd. 4, 8. Auflage (2019), § 477 Rn. 18; BeckOK BGB/Faust (Fn. 19), § 477 Rn. 17; Wertbruch, Die Besonderheiten des Tierkaufs bei der Sachmängelgewährleistung, NJW 2012, 2065 (2069).

⁷⁷ Zu dieser Argumentation s. OLG Oldenburg BeckRS 2009, 77009; Westermann, Das neue Kaufrecht, NJW 2002, 241, 252.

⁷⁸ BT-Drs. 19/31116, S. 17.

⁷⁹ BGH NJW 2006, 2250 (2252 f.); MüKoBGB/Lorenz, BGB, Bd. 4, 8. Auflage (2019), § 477 Rn. 21.

3. Kein Ausschluss der Mängelgewährleistungsrechte

Die Mängelgewährleistungsrechte dürften schließlich nicht ausgeschlossen sein. Die Frist für den vertraglichen Ausschluss der Gewährleistungsrechte ist am 16.10.2019 noch nicht erreicht. A kannte die Krankheit der S auch nicht und musste sie auch nicht kennen. Auch ein Ausschluss gem. § 442 ist folglich nicht gegeben.

4. Rücktritt

A müsste dann gem. §§ 437 Nr. 2 Alt. 1, 326 V zum Rücktritt berechtigt gewesen und wirksam zurückgetreten sein.

a) Erheblicher Mangel der Kaufsache

Der festgestellte Mangel müsste gem. § 323 V 2 erheblich sein. Die Pflichtverletzung müsste den Gläubiger nicht nur in geringem Maße stören.⁸⁰ Ein Mangel ist grundsätzlich als erheblich einzustufen.⁸¹ Die Endometrose stört das Leistungsinteresse des A stark. Die S lässt sich nicht decken. Der Mangel überschreitet die Bagatellgrenze des § 323 V 2. Die Pflichtverletzung ist erheblich.

b) Nachfristsetzung bzw. Entbehrlichkeit

Aufgrund des Vorrangs der Nacherfüllung⁸² kann A gem. § 323 I nur dann zurücktreten, wenn er dem P eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat und diese erfolglos verstrichen ist. Dies folgt aus dem Grundsatz, dass Verträge zu erfüllen sind (*pacta sunt servanda*). Vorliegend hat A dem P eine solche Frist nicht gesetzt. Vielmehr hat er ausdrücklich »fristlos« vom Vertrag Abstand genommen. Dies wäre allerdings bei Entbehrlichkeit der Fristsetzung unschädlich. Eine solche könnte sich für den vorliegenden unbeheblichen Mangel gem. § 326 V aus der Unmöglichkeit beider Formen der Nacherfüllung, Nachbesserung und Nachlieferung (§ 439 I), nach § 275 ergeben.⁸³ Sofern nur eine der beiden Formen unmöglich ist, würde die Nacherfüllung auf die andere Variante beschränkt.⁸⁴

aa) *Unmöglichkeit der Nachbesserung gem. § 275 I*

Zunächst müsste die Nachbesserung unmöglich sein. Nachbesserung bedeutet die Beseitigung des Mangels.⁸⁵ Laut Sachverhalt ist der Mangel, die Endmetrose, nicht behandelbar. Mithin ist die Nachbesserung nach § 275 I für jedermann unmöglich.

⁸⁰ Prütting/Wegen/Weinreich/Wagner (Fn. 58), § 437 Rn. 24.

⁸¹ Palandt/Weidenkaff (Fn. 9), § 437 Rn. 23.

⁸² Vgl. etwa BGH NJW 2005, 1348; Palandt/Weidenkaff (Fn. 9), § 437 Rn. 4; Looschelders (Fn. 56), § 4 Rn. 1; Lorenz, Schadensersatz wegen Pflichtverletzung – ein Beispiel für die Überhastung der Kritik an der Schuldrechtsreform, JZ 2001, 742 (743).

⁸³ MüKoBGB/Westermann (Fn. 77), § 437 Rn. 9; Jauernig/Berger, BGB, 17. Auflage (2018), § 437 Rn. 6; Brox/Walker (Fn. 56), § 4 Rn. 56 ff.

⁸⁴ Looschelders (Fn. 56), § 4 Rn. 16; Brox/Walker (Fn. 56), § 4 Rn. 44.

⁸⁵ Palandt/Weidenkaff (Fn. 9), § 437 Rn. 6; Brox/Walker (Fn. 56), § 4 Rn. 41; Looschelders (Fn. 56), § 4 Rn. 4.

bb) Unmöglichkeit der Nachlieferung gem. § 275 I

Fraglich ist aber, ob auch eine Nachlieferung, also die Lieferung einer mangelfreien Sache⁸⁶ nach § 275 I unmöglich ist. A und P haben einen Kaufvertrag genau über die S abgeschlossen, sie war individualisiert, womit es sich um einen Stückkauf handelt. Die Unmöglichkeit der Nachlieferung bei einem Stückkauf ist umstritten.

Teilweise wird eine Nachlieferung beim Stückkauf *a priori* ausgeschlossen. Angesichts dessen, dass sich die Vertragspartner auf den Kauf genau einer bereits individualisierten Sache geeinigt hätten, könne diese nicht durch eine andere ersetzt werden.⁸⁷ Für diese Ansicht spricht zunächst, dass sich diese Ansicht stark am Vertragsinhalt orientiert. Dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch aus § 433 I entsprechend sei der Nacherfüllungsanspruch durch den Inhalt des vertraglichen Schuldverhältnisses bestimmt und begrenzt. Dies gelte für die Gattungs- und Vorratsschuld und müsse daher auch beim Stückkauf die Grenze sein. Was nicht Inhalt des Vertrags ist, sei auch nicht geschuldet.⁸⁸ Über diese Vereinbarungen, die eine konkret individualisierte Kaufsache zum Gegenstand haben, dürfe sich nicht hinweggesetzt werden.⁸⁹ Hiermit wäre eine Nachlieferung unmöglich.

Die Gegenansicht schließt die Nachlieferung bei der Stückschuld nicht generell aus. Hierfür sprechen die Gesetzesmaterialien, in denen steht, dass die Nacherfüllung »nicht bei jedem Stückkauf möglich«⁹⁰ sei, im Umkehrschluss also auch nicht immer unmöglich sein soll. Dabei halten einige die Nachlieferung bei vertretbaren Sachen für möglich.⁹¹ Gem. § 91 sind vertretbare Sachen solche beweglichen Sachen, die im Verkehr nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen. Damit ist gemeint, dass eine vertretbare Sache keinerlei individuelle Merkmale innehat, durch die sie von anderen gleichartigen Sachen unterschieden werden kann. Sie ist mithin austauschbar.⁹² Pferde sind zwar keine Sachen (§ 90a S. 1). Auf sie sind aber die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden (§ 90a S. 3). Allerdings weisen Tiere – und so auch die S – individuelle Merkmale auf und sind insofern nicht einfach austauschbar.⁹³ Die S ist also keine vertretbare Sache. Auch mit dieser Ansicht ist eine Nachlieferung hier ausgeschlossen.

Andere schließen eine Nachlieferung wiederum nur aus, wenn ein Ersatz der Kaufsache durch eine gleichartige und

⁸⁶ Palandt/*Weidenkaff* (Fn. 9), § 437 Rn. 7; *Brox/Walker* (Fn. 56), § 4 Rn. 41; *Looschelders* (Fn. 56), § 4 Rn. 4.

⁸⁷ Einzige Ausnahme soll die Lieferung eines »Identitäts-Aliuds« sein; *Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Faust* (Fn. 15), § 439 Rn. 47; *Ackermann*, Die Nacherfüllungspflicht des Stückverkäufers, JZ 2002, 378 (379); *Faust*, ZGS 2004, 252 (252 ff.); *Lorenz* (Fn. 80), JZ 2001, 742 (743 f.); *Huber*, Der Nacherfüllungsanspruch im neuen Kaufrecht, NJW 2002, 1004 (1006).

⁸⁸ *Ackermann* (Fn. 85), JZ 2002, 378 (379).

⁸⁹ *Huber* (Fn. 85), NJW 2002, 1004 (1006).

⁹⁰ BT-Drucksache 14/6040, S. 209 (eigene Hervorhebung).

⁹¹ Vgl. *Kamanabrou*, Der Nachlieferungsanspruch beim Stückkauf, ZGS 2004, 57 (59) sowie BT-Drucksache 14/6040, S. 209.

⁹² *Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Fritzsche* (Fn. 15), § 91 Rn. 3.

⁹³ Ebd. Rn. 6.

gleichwertige Sache nach dem Parteiwillen nicht in Betracht kommt.⁹⁴ Entscheidend sei nämlich, dass der Käufer bekommt, was er bekommen wollte.⁹⁵ Hier wäre also auf den Parteiwillen abzustellen. Zwar ist von einer besonderen emotionalen Bindung des A zur S, die eine Nacherfüllung unmöglich machen würde,⁹⁶ nicht die Rede. Ausweislich des Sachverhalts hat sich A jedoch für »die dreijährige Stute S« entschieden. Über die genauen Umstände der Auswahl wird nichts berichtet, allerdings hat er sich von P nicht irgendeine dreijährige Stute geben lassen. Nach Auslegung des Parteiwillens ist daher zu konstatieren, dass sich der Kaufvertrag auf genau diese Stute und auf keine andere bezog. Damit ist auch mit dieser Ansicht die Nachlieferung unmöglich.

Einzig, wenn man strikt danach ginge, ob ein Ersatz durch eine gleichartige und gleichwertige Sache möglich ist,⁹⁷ käme man zu dem Ergebnis, dass hier eine Nachlieferung möglich und damit auch nötig ist. Diese rigorose, den Parteiwillen gänzlich ignorierende Ansicht ist jedoch mit dem hohen Stellenwert, den Privatautonomie und Parteiwille im BGB einnehmen, nicht vereinbar.

c) Rücktrittserklärung gem. § 349

Zuletzt müsste A seinen Rücktritt gem. § 349 dem anderen Teil gegenüber erklärt haben. Die Rücktrittserklärung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, der andere Teil ist hier P. Ausdrücklich hat A seinen Rücktritt nicht erklärt. Jedoch ist seine Aussage, er nehme fristlos vom Vertrag Abstand, gem. §§ 133, 157 nach dem Empfängerhorizont auszulegen. Für P war ersichtlich, dass A mit diesen Worten vom Vertrag zurücktreten wollte. Mithin hat A seinen Rücktritt wirksam erklärt.

d) Zwischenergebnis

A ist wirksam vom Vertrag zurückgetreten.

5. Ergebnis

A hat gegen P einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises aus §§ 437 Nr. 2 Alt. 1, 326 V, 346 I.

II. Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 311a II

A könnte auch aus §§ 437 Nr. 3, 311a II einen Anspruch auf Rückzahlung der 12.000€ als Schadensersatz statt der ganzen Leistung haben. Nachbesserung und Nachlieferung waren von Anfang an unmöglich (s.o.). Der Anspruch könnte jedoch gem. § 311a II 2 ausgeschlossen sein, wenn P das Leistungshindernis nicht kannte und seine Unkenntnis

⁹⁴ BGH NJW 2006, 2839 (2841); NJW 2007, 1346 m. Anm. *Gutzeit*, 1350; BeckRS 2010, 1615; OLG Köln NJW-RR 2018, 436 (439); Palandt/*Weidenkaff* (Fn. 9), § 437 Rn. 15; *MüKoBGB/Westermann* (Fn. 77), § 439 Rn. 15; *Canaris*, Die Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache beim Stückkauf, JZ 2003, 831 (835).

⁹⁵ *Erman/Grunewald* (Fn. 31), § 439 Rn. 5.

⁹⁶ BGH NJW 2005, 2852 (2854).

⁹⁷ *Jauernig/Berger* (Fn. 81), § 439 Rn. 24.

auch nicht zu vertreten hat. P wusste von der Endometrose der S nichts. Ohne nähere Anhaltspunkte kann von einem Pferdehändler eine dahingehende Untersuchung nicht verlangt werden.⁹⁸ Damit greift § 311a II 2. A hat keinen Anspruch auf Rückzahlung der 12.000€ als Schadensersatz statt der ganzen Leistung aus §§ 437 Nr. 3, 311a.

III. Anspruch aus § 812 I 1 Alt. 1

Ein möglicher Anspruch aus § 812 I 1 Alt. 1 scheitert daran, dass mangels Anfechtung der Kaufvertrag wirksam war (s.o.) und somit ein Rechtsgrund bestand.

IV. Anspruch aus § 812 I 2 Alt. 1

Auch ein Anspruch aus § 812 I 2 Alt. 1 ist nicht gegeben. Der Rechtsgrund fällt nicht weg, das Rückgewährschuldverhältnis tritt an seine Stelle.⁹⁹

V. Endergebnis

A kann von P Rückzahlung des Kaufpreises allein aus §§ 346 I, 437 Nr. 2 Alt. 1, 434 I, 326 V verlangen.

⁹⁸ Vgl. für einen Hundezüchter BGH NJW 2005, 2852.

⁹⁹ Staudinger/Lorenz, BGB, 2007, § 812 Rn. 93; Pfeifer, Schuldrecht, 6. Auflage (2020), § 9 Rn. 10; Brox/Walker (Fn. 2), § 18 Rn. 17.

StrafR Fallbearbeitung

Matthias Dölling*

Ungern gesehene Gäste

Fallbearbeitung im Strafrecht für Anfänger

Im ersten Teil der Klausur sind »klassische« (Erforderlichkeit eines Messereinsatzes) und weniger bekannte (Gebotenheit der Verteidigung bei einem vermindert schuldfähigen Angreifer) Probleme der Notwehr zu diskutieren. Im zweiten Teil der Klausur ist auf die Irrtumskonstellation des error in persona einzugehen. Anzusprechen sind darüber hinaus fast alle Tatmodalitäten des § 224 I StGB.

SACHVERHALT

Manfred Müller (M) betreibt mit seiner Ehefrau Frauke (F) in Göttingen die Kneipe »Zum letzten Loch«. In der Kneipe ist es schon mehrmals zu Streitereien mit dem Gast Detlef Droese (D) gekommen, der nicht nur die F äußerst respektlos behandelt hat, sondern auch schon mehrfach beim Dealen von Drogen auf der Herrentoilette von M erwischt worden ist. Gegen D wird deshalb von M und F ein Hausverbot ausgesprochen. Wenige Tage später betritt der ersichtlich alkoholisierte D, der zudem Drogen konsumiert hat und dessen Schuldfähigkeit infolgedessen erheblich vermindert ist, gleichwohl zu fortgeschrittener Stunde die Kneipe. Dort begibt er sich mit einem anderen Gast, Kevin Korn (K), auf die Herrentoilette. M hat nun endgültig genug von D. Er folgt D auf die Herrentoilette und fordert ihn energisch dazu auf, aus der Kneipe zu verschwinden. D beginnt daraufhin, mit M lautstark zu diskutieren. M kündigt an, die Polizei zu rufen, und geht zum Tresenbereich zurück, wo er sein Mobiltelefon abgelegt hat. D folgt dem M dorthin und redet weiter auf ihn ein (»Lass uns das unter Männern klären, hast du keine Eier?«). Der hierüber verärgerte M fordert D dazu auf, den Tresenbereich zu verlassen. D lässt sich davon nicht beeindrucken und beschimpft M und F (»Hurensohn«; »Schlampe«) aufs Übelste, anschließend schlägt er M das Mobiltelefon aus der Hand. M, der körperlich kräftig gebaut und deutlich größer als D ist, versucht nun, diesen aus dem engen, schlauchartigen Tresenbereich herauszuschieben. Es kommt zu einem Gerangel, zu dessen Beginn D dem M mit der Faust – wenngleich nicht mit voller Wucht – auf den Mund und im weiteren Verlauf in den Rücken schlägt. K versucht derweil, den D zu beruhigen, wobei er von anderen Gästen unterstützt wird. M gerät über das Verhalten des D zunehmend in Wut. M ergreift im Zuge der Auseinandersetzung, die sich bereits über mehrere Minuten hinzieht, für

D unbemerkt ein auf dem Tresen liegendes Küchenmesser (ca. 13 cm Klinglänge). Während D den M weiterhin durch Schubsen und Schläge bedrängt, wobei keine Lebensgefahr für M besteht, ist dem M klar, dass D unbewaffnet ist und die von ihm ausgeteilten Schläge allenfalls mit mittlerer Intensität geführt werden. M erkennt zudem, dass D das Küchenmesser nicht bemerkt hat, und ist sich bewusst, dass sich D möglicherweise zurückziehen würde, wenn er Kenntnis von dem von M ergriffenen Küchenmesser hätte, zumal bereits K beschwichtigend auf D einwirkt. Auch hält M es für möglich, dass seine Chancen zur Beendigung der körperlichen Attacken durch ein Vorzeigen des Küchenmessers nicht wesentlich beeinträchtigt würden. M ist aber zwischenzeitlich so in Wut geraten, dass er ohne weitere Ankündigung mehrere schnelle Stichbewegungen in Richtung des Oberkörpers des D ausführt, um weitere Einwirkungen von ihm abzuwenden. M trifft D einmal im Bauchbereich. Tötungsvorsatz hat M bei den Stichen nicht. Unmittelbar danach reißt K den D an seiner Jacke aus dem Tresenbereich und verlässt mit ihm die Kneipe. Erst jetzt bemerkt D seine Verletzung (eine Stichverletzung von ca. 5 cm Tiefe im seitlichen Bauchbereich, die sich aber auf das Weichgewebe beschränkt und nicht lebensbedrohlich ist).

Am nächsten Tag will sich M von diesen dramatischen Ereignissen im Freibad Weende erholen. Nachdem er seine Kontaktlinsen abgelegt und einige Runden im Schwimmbaden gedreht hat, entdeckt er am anderen Ende des Beckens eine Person, die er für Gustav Gullet (G) hält. G, ein ehemaliger Stammgast, hat – sehr zum Missfallen des M – die Kneipe »Zum letzten Loch« im Internet auf verschiedenen Bewertungsplattformen sehr schlecht bewertet (»schales Bier, schlechter Service, leider kann ich nicht null von fünf Sternen geben«). Um sich für diese Bewertungen zu revanchieren, schwimmt M von hinten an die Person heran und drückt diese für eine Minute unter Wasser. Tatsächlich handelt es sich bei der Person nicht um G, sondern Viktor Vogel (V), der G ziemlich ähnlich sieht. V verschluckt vor lauter Überraschung beim Untertauchen eine große Menge Wasser, was nicht nur zu Schmerzen, sondern auch erheblicher Atemnot unter Wasser führt, was M so auch beabsichtigt hatte. Andere Schäden trägt V durch das »Untertunken« nicht davon.

Wie hat M sich nach dem StGB strafbar gemacht? Ggfs. erforderliche Strafanträge sind gestellt.

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht von Prof. Dr. Uwe Murmann an der Georg-August-Universität Göttingen. Die Klausur wurde im Wintersemester 2020/2021 als Abschlussklausur zur Vorlesung Strafrecht I angeboten. Aufgrund der COVID-19-Pandemie wurde sie als digitale Open-Book-Klausur bearbeitet. Die durchschnittlich erzielte Punktzahl lag bei 5,2 Punkten. Die Misserfolgsquote betrug 24,79 %.

GLIEDERUNG**1. Tatkomplex: Die Auseinandersetzung in der Kneipe**

- A. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, Nr. 5
 - I. Tatbestandsmäßigkeit
 - 1. Objektiver Tatbestand
 - a) Grundtatbestand
 - b) Qualifikation
 - aa) § 224 I Nr. 2
 - bb) § 224 I Nr. 5
 - 2. Subjektiver Tatbestand
 - II. Rechtswidrigkeit
 - 1. Objektiver Rechtfertigungstatbestand
 - a) Notwehrlage
 - b) Notwehrhandlung
 - aa) Erforderlichkeit
 - (1) Geeignetheit
 - (2) Relativ mildestes Mittel
 - bb) Gebotenheit
 - 2. Subjektiver Rechtfertigungstatbestand
 - 3. Ergebnis
- B. Gesamtergebnis

2. Tatkomplex: Das Geschehen im Freibad Weende

- A. §§ 223 I, 224 I Nr. 1, Nr. 2, Nr. 3, Nr. 5
 - I. Tatbestandsmäßigkeit
 - 1. Objektiver Tatbestand
 - a) Grundtatbestand
 - b) Qualifikation
 - aa) § 224 I Nr. 1
 - bb) § 224 I Nr. 2
 - cc) § 224 I Nr. 3
 - dd) § 224 I Nr. 5
 - 2. Subjektiver Tatbestand
 - II. Rechtswidrigkeit und Schuld
 - III. Ergebnis
- B. § 239 I
 - I. Tatbestandsmäßigkeit
 - 1. Objektiver Tatbestand
 - 2. Subjektiver Tatbestand
 - II. Rechtswidrigkeit und Schuld
 - III. Ergebnis und Konkurrenzen
- C. Gesamtergebnis

1. TATKOMPLEX: DIE AUSEINANDERSSETZUNG IN DER KNEIPE¹**A. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, Nr. 5 StGB²**

Indem M dem D mit dem Küchenmesser in den Bauchbereich gestochen hat, könnte er sich wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, Nr. 5 strafbar gemacht haben.

I. Tatbestandsmäßigkeit**1. Objektiver Tatbestand****a) Grundtatbestand**

M müsste D körperlich misshandelt (§ 223 I Alt. 1) oder an der Gesundheit geschädigt (§ 223 I Alt. 2) haben. Eine körperliche Misshandlung ist eine üble und unangemessene Behandlung, durch welche die körperliche Unversehrtheit oder das körperliche Wohlbefinden nicht nur unerheblich beeinträchtigt wird.³ D erlitt durch den Stich des M mit dem Küchenmesser eine Stichverletzung von ca. 5 cm Tiefe im seitlichen Bauchbereich, was eine erhebliche Substanzverletzung und Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit darstellt. Auch wenn D den Stich erst außerhalb der Kneipe bemerkt hat, ist davon auszugehen, dass er zumindest ab diesem Moment Schmerzen empfand. Sein körperliches Wohlbefinden ist somit ebenfalls erheblich beeinträchtigt worden. Mithin liegt eine körperliche Misshandlung vor. Eine Gesundheitsschädigung ist das Hervorrufen oder Steigern eines vom Normalzustand der körperlichen Funktionen nachteilig abweichenden Zustandes.⁴ Die Stichverletzung des D stellt einen solchen krankhaften Zustand dar. Folglich liegt auch eine Gesundheitsschädigung vor.

b) Qualifikation**aa) § 224 I Nr. 2**

Durch den Einsatz des Küchenmessers könnte M die Körperverletzung mittels einer Waffe (§ 224 I Nr. 2 Alt. 1) bzw. eines gefährlichen Werkzeugs (§ 224 I Nr. 2 Alt. 2) begangen haben. Waffen sind nur solche im sog. technischen Sinn, d.h. Werkzeuge, die nach Art ihrer Anfertigung allgemein dazu bestimmt und geeignet sind, Menschen auf mechanischem oder chemischem Wege körperlich zu verletzen.⁵ Ein

¹ Angelehnt an BGH NStZ 2019, 598 m. Anm. Kudlich; dazu auch Hecker, JuS 2019, 1217; Sinn, ZJS 2020, 169.

² §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

³ BGHSt 14, 269 (271); 25, 277 (277 f.); Rengier, BT II, 22. Aufl. (2021), § 13 Rn. 9; krit. zu dieser »klassischen« Definition Murmann, Die »üble, unangemessene Behandlung« – ein von der Entwicklung der Dogmatik überholter Definitionsbestandteil der »körperlichen Misshandlung«, Jura 2004, 102; Murmann, Grundkurs Strafrecht, 6. Aufl. (2021), § 22 Rn. 8.

⁴ BGHSt 36, 1 (6); 43, 346 (354); Wessels/Hettinger/Engländer, BT 1, 45. Aufl. (2021), Rn. 213.

⁵ BGHSt 4, 125 (127); Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, StGB, 30.

Küchenmesser ist – anders als etwa ein Kampfmesser – nach Art seiner Herstellung nicht dazu bestimmt, als Angriffs- oder Verteidigungsmittel gegen Menschen eingesetzt zu werden, und damit keine Waffe. Gefährliches Werkzeug ist ein körperlicher Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und der Art der Benutzung im Einzelfall geeignet ist, erhebliche Verletzungen hervorzurufen.⁶ Das Küchenmesser ist nach seiner objektiven Beschaffenheit (13 cm Klingenlänge) und der Art seiner konkreten Benutzung (Stich in den Bauchbereich) dazu geeignet, bei D erhebliche Verletzungen hervorzurufen. Mithin hat M die Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs gem. § 224 I Nr. 2 Alt. 2 begangen.

bb) § 224 I Nr. 5

Mit den schnell durchgeführten, gegen den Oberkörper des D gerichteten Stichen könnte zudem eine Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung gem. § 224 I Nr. 5 vorliegen. Nach h.M. liegt eine solche vor, wenn die Behandlung nach den Umständen des Einzelfalls generell geeignet ist, das Opfer in Lebensgefahr zu bringen.⁷ Ein gegen den Oberkörper eines Menschen gerichteter Stich mit einem Messer von 13 cm Klingenlänge ist dazu geeignet, das Opfer in Lebensgefahr zu bringen (bspw. durch eine Verletzung innerer Organe). Nach h.M. liegt daher eine lebensgefährdende Behandlung vor. Demgegenüber fordert eine Minderheitsansicht, die sich mit Blick auf den Strafraum des § 224 I Nr. 5 um eine restriktive Auslegung bemüht, den Eintritt einer konkreten Lebensgefahr.⁸ Da sich die konkrete Lebensgefahr nicht auf den eingetretenen Erfolg, sondern auf die Körperverletzungshandlung bezieht, ist nach der Minderheitsansicht eine das Leben gefährdende Behandlung nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil die Stichverletzung im Bauchbereich des D, die sich auf das Weichgewebe beschränkt, nicht lebensbedrohlich war. Die Stichbewegungen selbst sind zwar gegen den Oberkörper des D gerichtet, es gibt aber keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass bereits durch sie eine konkrete Lebensgefahr geschaffen wurde. Nach der Minderheitsansicht ist deshalb eine lebensgefährdende Behandlung abzulehnen.⁹ Für die h.M. lässt sich der Gesetzeswortlaut an-

führen, der von einer das Leben gefährdenden Behandlung spricht, nicht aber von der Herbeiführung einer konkreten Gefahr.¹⁰ Weiterhin setzen die anderen Tatvarianten des § 224 I ebenfalls nicht voraus, dass es zum Eintritt einer schweren Folge gekommen ist oder auch nur die konkrete Gefahr des Eintritts einer solchen Folge bestand.¹¹ § 224 I ist nicht als konkretes Gefährdungsdelikt ausgestaltet, sondern stellt darauf ab, ob es nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu einer abstrakten Gefährdung gekommen ist.¹² Außerdem wird durch die Minderheitsansicht § 224 I Nr. 5 zu nahe an die §§ 212, 22 herangerückt.¹³ Mit der h.M. ist somit § 224 I Nr. 5 zu bejahen.

2. Subjektiver Tatbestand

M müsste vorsätzlich gehandelt haben, vgl. § 15. Vorsatz ist der Wille zur Verwirklichung eines Straftatbestandes in Kenntnis aller seiner objektiven Tatumstände.¹⁴ M hat sich zumindest damit abgefunden, dass D durch die Stiche mit dem Küchenmesser verletzt wird. Er handelte hinsichtlich § 223 I und § 224 I Nr. 2 Alt. 2 mit Vorsatz. Fraglich ist, ob M auch Vorsatz hinsichtlich § 224 I Nr. 5 hatte. Nach einer insbesondere von der Rspr. vertretenen Auffassung genügt es für den Vorsatz einer lebensgefährdenden Behandlung, wenn der Täter die Umstände kennt (und will), aus denen sich die allgemeine Gefährlichkeit des Tuns in der konkreten Situation für das Leben des Opfers ergibt, auch wenn er sie nicht als lebensgefährdend bewertet.¹⁵ M wusste, dass er mit einem Küchenmesser von 13 cm Klingenlänge mehrfach schnell in Richtung Oberkörper des D – eine vitale Körperregion – sticht. Er kannte folglich die Umstände, aus denen sich die (Lebens-)Gefährlichkeit seines Verhaltens für D in der konkreten Tatsituation ergab. Nach Auffassung der Rspr. handelte M daher auch hinsichtlich § 224 I Nr. 5 vorsätzlich. Die h.L. verlangt demgegenüber, dass der Täter die Lebensgefährlichkeit seines Handelns zumindest für möglich gehalten und in Kauf genommen haben muss.¹⁶ Für die letzt-

Aufl. (2019), § 224 Rn. 4.

⁶ BGHSt 3, 105 (109); 14, 152 (155); Matt/Renzikowski/Engländer, StGB, 2. Aufl. (2020), § 224 Rn. 6.

⁷ BGHSt 2, 160 (163); 36, 1 (9); BGH NStZ 2005, 156 (157); NStZ 2013, 345 (345 f.); AnwK/Zöller, StGB, 3. Aufl. (2020), § 224 Rn. 17; Bosch, Gefahrenbetrachtung und Auslegung des Straftatbestands der gefährlichen Körperverletzung, Jura 2017, 909 (918); Eisele, BT I, 6. Aufl. (2021), Rn. 341; Fischer, StGB, 68. Aufl. (2021), § 224 Rn. 27; Joecks/Jäger, StGB, 13. Aufl. (2021), § 224 Rn. 49; LK/Lilie, StGB, 11. Aufl. (2005), § 224 Rn. 3, 36; LK/Grünwald, StGB, 12. Aufl. (2020), § 224 Rn. 34; Rengier (Fn. 3), § 14 Rn. 50; SSW/Momsen/Momsen-Pflanz, StGB, 5. Aufl. (2021), § 224 Rn. 28.

⁸ BeckOK/Eschelbach, StGB, 51. Ed. (1.11.2021), § 224 Rn. 41.4; NK/Paeffgen/Böse, StGB, 5. Aufl. (2017), § 224 Rn. 28; Stree, Gefährliche Körperverletzung, Jura 1980, 281 (291 ff.).

⁹ Das kann man gut vertretbar auch anders sehen. Es lässt sich argumentieren, dass Stiche in Richtung auf den Oberkörper konkret gefährlich sind, weil das Ausbleiben von tödlichen Verletzungen allein vom Zufall abhängt. Ein Streitentscheid erübrigt sich dann.

¹⁰ Vgl. Joecks/Jäger (Fn. 7), § 224 Rn. 49.

¹¹ Vgl. Joecks/Jäger (Fn. 7), § 224 Rn. 49; LK/Lilie (Fn. 7), § 224 Rn. 36 (auch zur Gesetzgebungsgeschichte).

¹² Zur Deliktsnatur s. Küper/Zopf, BT, 10. Aufl. (2018), Rn. 100 ff.; LK/Grünwald (Fn. 7), § 224 Rn. 3, 34 jeweils m.w.N.

¹³ Vgl. Rengier (Fn. 3), § 14 Rn. 50.

¹⁴ Wessels/Beulke/Satzger, AT, 51. Aufl. (2021), Rn. 313.

¹⁵ BGHSt 19, 352 (353); 36, 1 (15); BGH NJW 1990, 3156; NJW 2013, 2133 (2135); BGH NStZ-RR 2013, 342; NStZ-RR 2015, 172 (173); BeckOK/Eschelbach (Fn. 8), § 224 Rn. 47; Bosch (Fn. 7), Jura 2017, 909 (919 f.); Eisele (Fn. 7), Rn. 341; Fischer (Fn. 7), § 224 Rn. 32; Kindhäuser/Hilgendorf, LPK-StGB, 8. Aufl. (2020), § 224 Rn. 21; LK/Lilie (Fn. 7), § 224 Rn. 38; SK/Wolters, StGB, 9. Aufl. (2017), § 224 Rn. 37; SSW/Momsen/Momsen-Pflanz (Fn. 7), § 224 Rn. 37; in neueren Entscheidungen wird z.T. einschränkend gefordert, dass die Handlung nach der Tätervorstellung auf eine Lebensgefährdung »angelegt« sein muss, vgl. BGH NStZ 2009, 92 (93); NStZ 2021, 107 (108); zur Entwicklung der Rspr. s. Küper/Zopf (Fn. 12), Rn. 107.

¹⁶ AnwK/Zöller (Fn. 7), § 224 Rn. 19; J. Kretschmer, Die gefährliche Körperverletzung (§ 224 StGB) anhand neuer Rechtsprechung, Jura 2008, 916 (922); Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 224 Rn. 9; LK/Grünwald (Fn. 7), § 224 Rn. 39; MüKo/Hardtung, StGB, 4. Aufl. (2021), § 224 Rn. 52; Murmann (Fn. 3), § 22 Rn. 27; NK/Paeffgen/Böse (Fn. 8), § 224 Rn. 35;

genannte Auffassung lässt sich das allgemeine Erfordernis einer Parallelwertung in der Laiensphäre geltend machen.¹⁷ D hat laut Sachverhalt jedenfalls keinen Tötungsvorsatz und es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass er auch nur die Lebensgefährlichkeit seines Handelns erkannt und billigend in Kauf genommen hat. Nach h.L. handelte M mithin nicht mit Vorsatz bzgl. § 224 I Nr. 5. Gegen die h.L. spricht, dass sie die Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung zu sehr an die Tötungsdelikte heranrückt. In den Fällen, in denen der Täter die Lebensgefährlichkeit seines Handelns erkennt und billigt, wird er oftmals mit einem schwerwiegenderen Tötungsvorsatz handeln. Die h.L. bewirkt deshalb eine übermäßige Verkürzung des relevanten »eigenständigen« Anwendungsbereichs des § 224 I Nr. 5. Außerdem führt sie zu einer unberechtigten Privilegierung von bedenkenlosen und unbesonnenen Tätern, denen gerade wegen ihrer Bedenkenlosigkeit und Unbesonnenheit der lebensgefährdende Charakter ihres Verhaltens gar nicht zu Bewusstsein kommt.¹⁸ Für die von der Rspr. vertretene Auffassung spricht in systematischer Hinsicht ein Vergleich mit § 224 I Nr. 4, bei dem es für den Vorsatz nach einhelliger Meinung genügt, wenn der Täter Kenntnis von der gemeinschaftlichen Begehung mit einem anderen Beteiligten hat, wohingegen ein Gefährlichkeitsvorsatz nicht notwendig ist.¹⁹ Der Täter, der die die Gefährlichkeit begründenden Umstände kennt, nimmt die objektive Gefährlichkeit zumindest billigend in Kauf.²⁰ Für den Körperverletzungsvorsatz i.S.v. § 224 I Nr. 5 ist es demnach ausreichend, dass M die Umstände, aus denen sich die Lebensgefährlichkeit ergibt, erkannt und gewollt hat. Vorsatz hinsichtlich § 224 I Nr. 5 ist daher zu bejahen.

II. Rechtswidrigkeit

M könnte in Notwehr gem. § 32 gehandelt haben.

1. Objektiver Rechtfertigungstatbestand

a) Notwehrlage

Eine Notwehrlage setzt einen gegenwärtigen und rechtswidrigen Angriff voraus (vgl. § 32 II). Ein Angriff ist jede durch menschliches Verhalten drohende Verletzung rechtlich geschützter Interessen.²¹ D schubst und schlägt den M im Tresenbereich der Kneipe, wobei M durch Schläge des D schon am Mund und am Rücken getroffen worden ist. Mithin liegt ein Angriff auf die körperliche Unversehr-

heit des M vor. Zudem verlässt D trotz der Aufforderung durch die Berechtigten M und F nicht die Kneipe, weshalb er durch sein Verweilen im Tresenbereich der Kneipe ihr Hausrecht verletzt. Die gegenüber M und F geäußerten Beleidigungen (»Hurensohn«; »Schlampe«) stellen ferner einen Ehrangriff dar. Auch für die Minderheitsmeinung, die für einen Angriff ein (quasi-)schuldhaftes Verhalten des Angreifers verlangt, liegt ein Angriff vor, da der Alkohol- und Drogenkonsum des D nicht zu einer Schuldunfähigkeit (§ 20), sondern lediglich zu einer Verminderung der Schuldfähigkeit (§ 21) geführt hat.²² Der Angriff ist gegenwärtig, wenn er unmittelbar bevorsteht, gerade stattfindet oder noch fort dauert.²³ D schlägt schon über mehrere Minuten auf den M im Tresenbereich der Kneipe ein und will dies auch weiter tun. Der gegen die körperliche Unversehrtheit und das Hausrecht gerichtete Angriff findet demnach gerade statt und ist damit gegenwärtig. Nicht mehr gegenwärtig ist dagegen der Ehrangriff, der mit der Äußerung der Beleidigungen abgeschlossen ist.²⁴ Rechtswidrig ist der Angriff, wenn er objektiv im Widerspruch zur Rechtsordnung steht.²⁵ D kann sich seinerseits auf keinen Rechtfertigungsgrund berufen. Der Angriff ist rechtswidrig. Mithin liegt ein gegenwärtiger und rechtswidriger Angriff des D vor. Folglich besteht eine Notwehrlage.

b) Notwehrhandlung

Die Verteidigungshandlung darf sich nur gegen Rechtsgüter des Angreifers richten.²⁶ Diese Voraussetzung ist hier erfüllt, M verteidigt sich mit dem Messerstich gegen den Angreifer D. Weiterhin muss die Verteidigungshandlung erforderlich und geboten sein.

aa) Erforderlichkeit

Die Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung verlangt danach, dass die Handlung zur Abwehr des Angriffs geeignet sein muss; bei mehreren gleich geeigneten Mitteln ist das mildeste zu wählen.²⁷ Die Erforderlichkeit bestimmt sich dabei nach einem objektiven Urteil *ex ante*.²⁸

Rengier (Fn. 3), § 14 Rn. 56; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben (Fn. 5), § 224 Rn. 13; Wessels/Hettinger/Engländer (Fn. 4), Rn. 240.

17 S. Lackner/Kühl (Fn. 16), § 224 Rn. 9; NK/Paeffgen/Böse (Fn. 8), § 224 Rn. 35; Rengier (Fn. 3), § 14 Rn. 56.

18 Vgl. BGHSt 19, 352 (353 f.); krit. dazu LK/Grünwald (Fn. 7), § 224 Rn. 39; MüKo/Hardtung (Fn. 16), § 224 Rn. 52.

19 Vgl. BGHSt 19, 352 (353); krit. dazu MüKo/Hardtung (Fn. 16), § 224 Rn. 52.

20 LK/Lilie (Fn. 7), § 224 Rn. 38.

21 Fischer (Fn. 7), § 32 Rn. 5; HK-GS/Duttge, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. (2017), § 32 Rn. 5; Lackner/Kühl (Fn. 16), § 32 Rn. 2; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 14), Rn. 494.

22 S. NK/Kindhäuser (Fn. 8), § 32 Rn. 22 f., 26; SK/Hoyer (Fn. 15), § 32 Rn. 12, 77; nochmals anders differenzierend Matt/Renzikowski/Engländer (Fn. 6), § 32 Rn. 19, der Betrunkene – im Unterschied zu geistig gestörten Menschen und Kindern – aufgrund der grundsätzlich gegebenen Einsichts- und Steuerungsfähigkeit als verantwortliche Angreifer einordnet.

23 Matt/Renzikowski/Engländer (Fn. 6), § 32 Rn. 14; prägnant HK-GS/Duttge (Fn. 21), § 32 Rn. 12: »akute Bedrängungssituation«.

24 Vgl. HK-GS/Duttge (Fn. 21), § 32 Rn. 12; Kühl, AT, 8. Aufl. (2017), § 7 Rn. 44; Rengier, AT, 13. Aufl. (2021), § 18 Rn. 24; Roxin/Greco, AT I, 5. Aufl. (2020), § 15 Rn. 28.

25 Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 14), Rn. 503.

26 Matt/Renzikowski/Engländer (Fn. 6), § 32 Rn. 23; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 14), Rn. 508.

27 Murmann (Fn. 3), § 25 Rn. 88; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 14), Rn. 509.

28 BGH NSStZ 2019, 598 (599); BeckOK/Momsen/Savic (Fn. 8), § 32 Rn. 27; Matt/Renzikowski/Engländer (Fn. 6), § 32 Rn. 24; Murmann (Fn. 3), § 25 Rn. 89.

(1) Geeignetheit

Die Geeignetheit der Verteidigungshandlung ist schon dann gegeben, wenn ein Abwehrerfolg, und sei es auch nur in Form einer Abschwächung oder Verzögerung des Angriffs oder einer Verringerung der Gefahr einer Verletzung, nicht von vornherein aussichtslos erscheint.²⁹ Aus der für die Geeignetheit maßgeblichen *ex ante* Perspektive war eine Beendigung oder zumindest Abschwächung des Angriffs durch den Messerstich zu erwarten. Dass der Angriff tatsächlich erst durch das kurz darauffolgende Wegreißen des D durch K beendet wurde, steht der Geeignetheit somit nicht entgegen.³⁰

(2) Relativ mildestes Mittel

Unter mehreren ihm zur Verfügung stehenden gleich effektiven Mitteln muss der Verteidiger dasjenige Mittel wählen, das den Angreifer am wenigsten schädigt (»relativ mildestes Mittel«).³¹ Der Angegriffene muss sich dabei nicht auf eine Auseinandersetzung mit unsicherem Ausgang einlassen, sondern darf sich effektiv zur Wehr setzen und eine Verteidigung wählen, die eine sofortige und endgültige Beseitigung der Gefährdungslage verspricht.³² Auf weniger gefährliche Verteidigungsmittel muss er nur zurückgreifen, wenn deren Abwehrwirkung unzweifelhaft ist und ihm genügend Zeit zur Abschätzung der Lage zur Verfügung steht.³³ Ein mögliches Ausweichen oder eine »schimpfliche Flucht« sind regelmäßig nicht zuzumuten und deshalb nicht als mildere Mittel zu berücksichtigen.³⁴

Problematisch ist hier, dass M mit dem zur Verteidigung eingesetzten Küchenmesser ein potentiell lebensgefährliches Verteidigungsmittel verwendet hat. Beim Einsatz lebensgefährlicher Mittel ist vom Verteidiger grundsätzlich ein abgestuftes Vorgehen zu verlangen.³⁵ Der Waffen-

einsatz ist zunächst anzudrohen, was bei Stichwaffen wie dem Küchenmesser auch durch ein Schwingen der Waffe erfolgen kann.³⁶ Nur wenn sich der Angreifer hiervon unbeeindruckt zeigt, darf auf seinen Körper gezielt werden, wobei wiederum der nicht lebensgefährlichen gegenüber der lebensgefährlichen Verwundung grundsätzlich Vorrang zukommt.³⁷ Eine lebensgefährliche Verletzung darf nur letztes Mittel (*ultima ratio*) bei Versagen aller anderen Möglichkeiten sein.³⁸ Allerdings braucht der Verteidiger sich auch in diesen Fällen nicht auf eine Auseinandersetzung mit ungewissem Ausgang einzulassen.³⁹ Ist ein abgestuftes Vorgehen in der konkreten Kampfphase mit dem nicht bloß geringen Risiko verbunden, dass das mildere Mittel fehlschlägt und keine rechtzeitige Gelegenheit zum Einsatz des stärkeren bleibt, darf der Verteidiger das Mittel sofort so einsetzen, dass der Angriff sicher abgewehrt wird.⁴⁰ Auch der sofortige, das Leben des Angreifers gefährdende Einsatz eines Messers kann danach durch Notwehr gerechtfertigt sein.⁴¹ Angesichts der geringen Kalkulierbarkeit des Fehlschlagrisikos dürfen an die in einer zugespitzten Situation zu treffende Entscheidung für oder gegen eine weniger gefährliche Verteidigungshandlung keine überhöhten Anforderungen gestellt werden.⁴²

Zu klären ist, ob M dem D den Messereinsatz zunächst verbal oder durch ein Vorzeigen des Messers hätte androhen müssen. Eine Androhung kann von dem Verteidiger nur dann verlangt werden, wenn sie unter den konkreten Umständen eine so hohe Erfolgsaussicht hat, dass dem Angegriffenen das Risiko eines Fehlschlags und der damit verbundenen Verkürzung seiner Verteidigungsmöglichkeiten zugemutet werden kann.⁴³ Für die Notwendigkeit einer vorherigen Androhung des Messereinsatzes lässt sich anführen, dass D unbewaffnet ist und nur mit »mittlerer« Intensität angreift, wohingegen M dem D körperlich überlegen ist und davon ausgeht, dass durch ein Vorzeigen des Messers seine Chancen zur Beendigung des Angriffs nicht wesentlich be-

29 Vgl. AnwK/Hauck (Fn. 7), § 32 Rn. 8; Kühl (Fn. 24), § 7 Rn. 94 ff.; Schönke/Schröder/Perron/Eisele (Fn. 5), § 32 Rn. 35; gewichtige Teile der Literatur lehnen das Kriterium der Geeignetheit als verfehlt ab; eine über die Zielrichtung der Verteidigung hinausgehende Bedeutung lasse sich ihm nicht entnehmen, zudem sei ein »Untermaßverbot« bei der Notwehr völlig verfehlt, s. HK-GS/Duttge (Fn. 21), § 32 Rn. 17; MüKo/Erb, StGB, 4. Aufl. (2020), § 32 Rn. 152; NK/Kindhäuser (Fn. 8), § 32 Rn. 90.

30 S. B. Heinrich, AT, 6. Aufl. (2019), Rn. 354.

31 BGHSt 42, 97 (100); BGH NStZ 2019, 598 (599); Matt/Renzikowski/Engländer (Fn. 6), § 32 Rn. 27.

32 BGH NStZ 2012, 272 (274); NStZ 2019, 598 (599); BGH NStZ-RR 2013, 105 (106); HK-GS/Duttge (Fn. 21), § 32 Rn. 19; Schönke/Schröder/Perron/Eisele (Fn. 5), § 32 Rn. 36c; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 14), Rn. 511.

33 BGH NStZ 2019, 598 (599).

34 Vgl. BGH NJW 2013, 2133 (2135 f.); BGH NStZ 2016, 526 (527); Rengier (Fn. 24), § 18 Rn. 38; SSW/Rosenau (Fn. 7), § 32 Rn. 25; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 14), Rn. 517.

35 Zum Einsatz lebensgefährlicher Verteidigungsmittel s. BGHSt 42, 97 (100); BGH NStZ 1996, 29 f.; NStZ 2005, 85 (86); NStZ 2019, 598 (599); BGH NStZ-RR 2013, 105 (106); AnwK/Hauck (Fn. 7), § 32 Rn. 11; Fischer (Fn. 7), § 32 Rn. 33a f.; Kühl (Fn. 24), § 7 Rn. 105; Matt/Renzikowski/Engländer (Fn. 6), § 32 Rn. 28; Rengier (Fn. 24), § 18 Rn. 41 f.; Schönke/Schröder/Perron/Eisele (Fn. 5), § 32 Rn. 37; SSW/Rosenau (Fn. 7), § 32 Rn. 27; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 14), Rn. 512; LK/Rönnau/Hohn, StGB, 13. Aufl. (2019), § 32 Rn. 177 u. MüKo/Erb (Fn. 29), § 32 Rn. 166 f. weisen zutreffend

darauf hin, dass beim Einsatz lebensgefährlicher Verteidigungsmittel keine besonderen rechtlichen Voraussetzungen gelten, sondern schlicht die Erforderlichkeit des Einsatzes des Mittels in der konkreten Situation sorgfältig geprüft werden muss.

36 BGH NStZ 2011, 238; BeckOK/Momsen/Savic (Fn. 8), § 32 Rn. 30.1; Matt/Renzikowski/Engländer (Fn. 6), § 32 Rn. 28.

37 BGH NStZ 2005, 85 (86); SSW/Rosenau (Fn. 7), § 32 Rn. 27.

38 BGH NStZ 2005, 85 (86); NStZ 2006, 152 (153); Schönke/Schröder/Perron/Eisele (Fn. 5), § 32 Rn. 37; SSW/Rosenau (Fn. 7), § 32 Rn. 27; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 14), Rn. 512.

39 BGH NStZ 1996, 29; NStZ 2006, 152 (153); Matt/Renzikowski/Engländer (Fn. 6), § 32 Rn. 28.

40 BGH NStZ 2001, 591 (592); Matt/Renzikowski/Engländer (Fn. 6), § 32 Rn. 28; Rengier (Fn. 24), § 18 Rn. 41; SSW/Rosenau (Fn. 7), § 32 Rn. 37; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 14), Rn. 512.

41 BGH NStZ 2016, 593 (594); NStZ 2019, 598 (599); Fischer (Fn. 7), § 32 Rn. 34.

42 BGH NStZ 2016, 593 (594); NStZ 2019, 598 (599); AnwK/Hauck (Fn. 7), § 32 Rn. 11; BeckOK/Momsen/Savic (Fn. 8), § 32 Rn. 30.1; Murmann (Fn. 3), § 25 Rn. 92.

43 Vgl. BGH NStZ 2016, 593 (594); NStZ 2019, 598 (599); BeckOK/Momsen/Savic (Fn. 8), § 32 Rn. 30.1; Sinn, ZJS 2020, 169 (171).

einträchtig werden und D sich möglicherweise bei einem Vorzeigen des Messers zurückziehen würde.

Eine derartige Argumentation wird jedoch der konkreten Kampfplage nicht gerecht: M war einem seit einigen Minuten andauernden Angriff durch D ausgesetzt, der immer wieder von Schlägen begleitet wurde. Die Dauer der Auseinandersetzung zeigt die Hartnäckigkeit des Angreifers und spricht deshalb nicht gegen, sondern für den Verteidiger.⁴⁴ Dass dieser Angriff nur von einem unbewaffnetem Gegner geführt wurde, nicht auf das Leben des M, sondern »nur« auf seine körperliche Unversehrtheit zielte und die Intensität des Angriffs nicht »hochgradig« war, ändert nichts am Vorliegen einer objektiven Notwehrlage, die M grundsätzlich berechtigt, zur Beendigung des Angriffs ein sofort wirksames Mittel einzusetzen.⁴⁵ Dass die Auseinandersetzung sich vor den Augen zahlreicher anderer Gäste zutrug und zudem K dabei war, den D zu beschwichtigen und aus dem Tresenbereich zu ziehen, ist kein Umstand, der in der konkreten Situation dafür sprach, dass die Androhung des Messereinsatzes genauso erfolgsversprechend gewesen wäre. Dies schon deshalb, weil der einige Zeit andauernde Angriff trotz des Eingreifens von K, der D erkennbar erfolglos zu beschwichtigen versuchte, nicht beendet werden konnte.⁴⁶ Warum der sogar gegen den Widerstand einer unbeteiligten Person (K) zur Fortsetzung des Kampfes entschlossene D bei Androhung eines Messereinsatzes von weiteren Angriffen abgesehen hätte, erschließt sich, insbesondere vor dem Hintergrund seiner durch den Alkohol- und Drogenkonsum bewirkten Enthemmung, die sich zuvor schon in der an M gerichteten Aufforderung (»Lass uns das unter Männern klären, hast du keine Eier?«) und den gegenüber M und F geäußerten Beleidigungen gezeigt hat, nicht.⁴⁷ Insofern ist zusätzlich in den Blick zu nehmen, dass nicht einmal der Messerstich, sondern letztlich der K unter Einsatz von körperlicher Gewalt (Wegreißen des D an seiner Jacke) den Kampf beendet hat.⁴⁸ In dieser Situation erweist sich mit Blick auf die Angriffsplage und die geringe Kalkulierbarkeit eines Fehlschlagrisikos die Entscheidung des M für den sofortigen Messereinsatz und gegen eine vorherige Androhung als rechtlich unbedenklich. Dagegen kann auch nicht vorgebracht werden, dass M keine Anhaltspunkte für eine Eskalation der Situation bei einer Androhung des Messereinsatzes hatte, da es bei der Entscheidung für ein erforderliches Abwehrmittel i.S.v. § 32 II nicht darum geht, ob durch die Androhung eine weitere Eskalation der Situation heraufbeschworen wird; maßgeblich ist vielmehr die Frage, ob in der zugespitzten Angriffssituation eine endgültige

Beendigung des Angriffs gewährleistet ist.⁴⁹ M musste den Messereinsatz somit nicht androhen.

Problematisch ist weiterhin, ob M mit dem Messer sofort in den Oberkörper/Bauchbereich des D stechen durfte oder ob er erst eine Verteidigung durch einen weniger gefährlichen Stich in eine weniger vitale Körperregion (bspw. die Arme) hätte versuchen müssen. Mit Blick auf die Dynamik des Geschehensablaufs (M wird vom alkoholisierten und unter Drogeneinfluss stehenden D im engen, schlauchartigen Tresenbereich durch Schubsen und Schläge über Minuten bedrängt) ist eine konkrete Möglichkeit für M, das Messer schonender, aber gleichwohl ebenso erfolgsversprechend einzusetzen, nicht ersichtlich. Der Angegriffene muss sich bei der Notwehr gerade nicht auf einen Kampf mit ungewissem Ausgang einlassen und riskieren, sein einziges wirksames Verteidigungsmittel zu verlieren. Eine erfolgsversprechende Verteidigung mit einem Messer setzt dabei nicht nur in Sonderkonstellationen, sondern typischerweise die Ausnutzung des Überraschungsmoments und den sofortigen Einsatz gegen zentrale Körperregionen des Angreifers voraus.⁵⁰ Andernfalls muss ein ungeübter Verteidiger damit rechnen, dass zurückhaltend geführte Stiche den Angreifer in Ermangelung einer ausreichenden (Sofort-) Wirkung unbeeindruckt lassen.⁵¹ Dann besteht die dringende Gefahr, dass der Angreifer den Angriff mit erhöhter Intensität fortsetzt, dem kampftechnisch unterlegenen Verteidiger dabei keine Chance lässt, die Waffe noch einmal effektiv einzusetzen, ihm diese vielmehr aus der Hand schlägt oder tritt und sie am Ende noch gegen ihn selbst zum Einsatz bringt.⁵² Mithin war der Stich mit dem Küchenmesser in den Oberkörper/Bauchbereich des D das relativ mildeste Mittel. Die Verteidigungshandlung des M war demnach erforderlich.

bb) Gebotenheit

An der Gebotenheit der Verteidigung kann es in Ausnahmefällen fehlen (»sozialethische Einschränkungen der Notwehr«).⁵³ Nicht einschlägig ist hier die Fallgruppe der Notwehrprovokation, da das Bemühen des M im Vorfeld der Tat, den D zum Verlassen der Gaststätte zu bewegen, weder rechtswidrig noch sozialethisch missbilligenswert ist.⁵⁴ Auch ein krasses, unerträgliches Missverhältnis zwischen angegriffenem Rechtsgut und Verteidigungshandlung liegt nicht vor. M wird durch D in seiner körperlichen Unversehrtheit bedroht bzw. beeinträchtigt (und in seinem Hausrecht verletzt) und verteidigt sich mit einer die körperliche

44 S. Kudlich, NSTZ 2019, 599 (600).

45 Vgl. BGH NSTZ 2019, 598 (599); zust. Hecker, JuS 2019, 1217 (1218); Simm, ZJS 2020, 169 (170); Kudlich, NSTZ 2019, 599 (600), der darauf hinweist, dass über das Kriterium der Zumutbarkeit von Androhungen oder weniger intensiven Verteidigungshandlungen nicht durch die Hintertür eine allgemeine Verhältnismäßigkeitsabwägung eingeführt werden darf; s. auch MüKo/Erb (Fn. 29), § 32 Rn. 167.

46 Vgl. BGH NSTZ 2019, 598 (599).

47 Vgl. BGH NSTZ 2019, 598 (599).

48 Vgl. BGH NSTZ 2019, 598 (599); zust. Hecker, JuS 2019, 1217 (1218).

49 Vgl. BGH BeckRS 2019, 13089 Rn. 15 (bei BGH NSTZ 2019, 598 nicht abgedruckt); zust. Kudlich, NSTZ 2019, 599 (600).

50 MüKo/Erb (Fn. 29), § 32 Rn. 168.

51 MüKo/Erb (Fn. 29), § 32 Rn. 168.

52 MüKo/Erb (Fn. 29), § 32 Rn. 168; anschaulich zur Erforderlichkeit eines Messereinsatzes Erb, NSTZ 2011, 186 (187 ff.); Kudlich, NSTZ 2019, 599 (600); Rückert, Effektive Selbstverteidigung und Notwehrrecht (2017), S. 333 ff., 357 ff.

53 Eingehend zu den verschiedenen Fallgruppen B. Heinrich (Fn. 30), Rn. 361 ff.; Kühl (Fn. 24), § 7 Rn. 167 ff.; Roxin/Greco (Fn. 24), § 15 Rn. 55 ff.

54 S. nur Rengier (Fn. 24), § 18 Rn. 74.

Unversehrtheit des D beeinträchtigenden Notwehrhandlung. Die Fallgruppe des krassen Missverhältnisses ist auf Fälle der völligen Disproportionalität beschränkt, keineswegs darf auf diesem Weg eine allgemeine Verhältnismäßigkeitsabwägung in die Notwehr hineingelesen werden.⁵⁵

Eine Einschränkung des Notwehrrechts könnte sich hier allein aus dem (für M ersichtlichen) Alkohol- und Drogenkonsum des D ergeben. Dabei muss jedoch gesehen werden, dass dieser nicht zu einer Schuldunfähigkeit (§ 20), sondern nur zu einer Verminderung der Schuldfähigkeit (§ 21) des D geführt hat. Ob bei infolge von Alkohol- und Drogenkonsum verminderter Schuldfähigkeit eine Einschränkung des Notwehrrechts in Betracht kommt, wird unterschiedlich beurteilt.⁵⁶

Ausgehend von einem monistischen, allein auf den Individualschutz abstellenden Notwehrverständnis wird zum Teil für Betrunkene, anderweitig Berauschte und Angreifer, die lediglich entschuldigt bzw. mit geminderter Schuld handeln, eine Einschränkung des Notwehrrechts generell abgelehnt, da der Zweck der Notwehr darin bestehe, den durch pflichtwidriges Verhalten bedrohten Freiheitsraum des Angegriffenen intakt zu halten, und es dafür keine Rolle spiele, ob der Eingriff in den Rechtskreis schuldhaft, nur mit verminderter Schuld oder gar entschuldigt erfolge.⁵⁷ Das Recht des Angegriffenen M auf Achtung seiner körperlichen Integrität wird nach diesem Verständnis der Notwehr um keinen Deut weniger beeinträchtigt, bloß weil sich der auf ihn einschlagende Angreifer D infolge seiner Trunkenheit und seines Drogenkonsums in einem Zustand verminderter Schuldfähigkeit befindet.⁵⁸ Eine Einschränkung des Notwehrrechts des M kommt nach dieser Ansicht folglich nicht in Frage.

Andere Stimmen lehnen unter Verweis darauf, dass der vermindert schuldfähige Täter im Unterschied zum gänzlich schuldunfähigen Täter für sein Verhalten verantwortlich bleibt, eine Einschränkung der Notwehr ebenfalls ab.⁵⁹ In

⁵⁵ Vgl. MüKo/Erb (Fn. 29), § 32 Rn. 214 ff.; Rengier (Fn. 24), § 18 Rn. 58.

⁵⁶ S. dazu Kühl (Fn. 24), § 7 Rn. 197; LK/Rönau/Hohn (Fn. 35), § 32 Rn. 244; Roxin/Greco (Fn. 24), § 15 Rn. 64 (»wenig geklärte Frage«) jeweils m.w.N.

⁵⁷ So vor allem Engländer, Grund und Grenzen der Nothilfe (2008), S. 364 ff.; Engländer, NStZ 2016, 527 (528); Engländer, Zur Begründung der Notwehr im deutschen Strafrecht: überindividualistisch, dualistisch oder individualistisch?, in: FS Sancinetti (2020), S. 297 (302 ff.); HdB-StrafR/Engländer, Bd. 2 (2020), § 38 Rn. 75; Matt/Renzikowski/Engländer (Fn. 6), § 32 Rn. 46; i.E. so auch Jäger, Das dualistische Notwehrverständnis und seine Folgen für das Recht auf Verteidigung – zugleich eine Untersuchung zum Verhältnis der Garantienlehre zu den sozialetischen Einschränkungen des Notwehrrechts, GA 2016, 258 (262 f.); Krause, Zur Problematik der Notwehr, in: FS Bruns (1978), S. 71 (85); Krause, Zur Einschränkung der Notwehrbefugnis, GA 1979, 329 (333); Krause, Notwehr bei Angriffen Schuldloser und bei Bagatelangriffen, in: GS H. Kaufmann (1986), S. 673 (679); LK/Spindel, StGB, 11. Aufl. (2003), § 32 Rn. 13, 309; van Rienen, Die »sozialetischen« Einschränkungen der Notwehr (2009), S. 150, 246 ff., die aber von einem dualistischen Notwehrverständnis ausgehen.

⁵⁸ Vgl. Matt/Renzikowski/Engländer (Fn. 6), § 32 Rn. 46.

⁵⁹ So insbesondere MüKo/Erb (Fn. 29), § 32 Rn. 213; abl. auch Krey/Esser,

diesem Sinne kann auch eine vor kurzem ergangene Entscheidung des BGH verstanden werden.⁶⁰ Die lediglich herabgesetzte Fähigkeit zu normgemäßem Verhalten rechtfertigt zwar eine gewisse Nachsicht bei der nachträglichen Sanktionierung des Verhaltens, aber keine Privilegierung in der akuten Auseinandersetzung.⁶¹ Auch nach dieser Ansicht ist das Notwehrrecht des M somit nicht eingeschränkt.

Nach h.L. ist eine Einschränkung des Notwehrrechts nicht nur beim schuldunfähigen, sondern auch beim lediglich vermindert schuldfähigen Angreifer möglich, da bei diesem das Rechtsbewährungsinteresse ebenfalls gemindert ist.⁶² Mit Blick auf die verbleibende Verantwortlichkeit des nur vermindert schuldfähigen Angreifers wird aber überwiegend zu Recht betont, dass die Notwehr in dieser Konstellation wesentlich geringeren Einschränkungen unterworfen ist als bei einem gänzlich schuldunfähigen Angreifer, bei dem der Verteidiger sich zunächst um ein Ausweichen bemühen muss, bevor er zu möglichst schonender Schutz- und Trutzwehr übergehen darf (sog. »Schranken-Trias«).⁶³ Ob und inwieweit bei einem vermindert schuldfähigen Angreifer die Notwehr einzuschränken ist, kann dabei nur unter Berücksichtigung der konkreten Kampfplage entschieden werden. Ist der vermindert schuldfähige Angreifer gerade aufgrund seines Alkohol- und Drogenkonsums besonders aggressiv und gefährlich, spricht dies entscheidend gegen eine (weitreichende) Einschränkung des Notwehrrechts, weil in diesen Fällen ohne intensive Verteidigung eine effektive Abwehr des Angriffs nicht möglich ist.⁶⁴ Hierin liegt ein entscheidender Unterschied zum schuldunfähigen Täter,

AT, 6. Aufl. (2016), Rn. 537; LK/Rönau/Hohn (Fn. 35), § 32 Rn. 244; Stemler, Die Notwehr, ZJS 2010, 347 (351 m. Fn. 66).

⁶⁰ BGH NStZ 2020, 725 (726) m. Anm. Rückert u. zust. Anm. Erb, JR 2021, 44; dazu auch Eisele, JuS 2020, 985 (987); die Entscheidung behandelt aber die Problematik ebenso wie das in Bezug genommene Urteil BGH NJW 2003, 1955 (1959 f.) m. insoweit krit. Anm. Roxin, JZ 2003, 966 (968) nicht näher; eher abl. zuvor auch BGH NStZ 2001, 591 (593) m. Bspr. Eisele, JA 2001, 922; offen gelassen von BGH NStZ 2015, 151 (152) m. Anm. Hinz, JR 2015, 546 (548 f.); dazu auch Eisele, JuS 2015, 465 (466); BGH NStZ 2016, 526 (527) m. Anm. Engländer; BayObLG NStZ-RR 1999, 9; ausdrücklich für eine Einschränkung AG Rudolstadt NStZ-RR 2007, 265 m. abl. Bspr. Satzger, JK 2008/2, § 32/32.

⁶¹ MüKo/Erb (Fn. 29), § 32 Rn. 213.

⁶² BeckOK/Momsen/Savic (Fn. 8), § 32 Rn. 38; HK-GS/Duttge (Fn. 21), § 32 Rn. 26; Kindhäuser/Hilgendorf (Fn. 15), § 32 Rn. 52; J. Kretschmer, Jura 2002, 114 (116); Kühl (Fn. 24), § 7 Rn. 197; Murmann (Fn. 3), § 25 Rn. 96; NK/Kindhäuser (Fn. 8), § 32 Rn. 108; Roxin/Greco (Fn. 24), § 15 Rn. 64; Schönke/Schröder/Perron/Eisele (Fn. 5), § 32 Rn. 52; SSW/Rosenau (Fn. 7), § 32 Rn. 32; so auch AG Rudolstadt NStZ-RR 2007, 265.

⁶³ Für eine »gewisse Proportionalität« BeckOK/Momsen/Savic (Fn. 8), § 32 Rn. 38; Schönke/Schröder/Perron/Eisele (Fn. 5), § 32 Rn. 52; für eine »allenfalls geringe Einschränkung« BayObLG NStZ-RR 1999, 9; HK-GS/Duttge (Fn. 21), § 32 Rn. 26; J. Kretschmer, Jura 2002, 114 (116); Kühl (Fn. 24), § 7 Rn. 197; Murmann (Fn. 3), § 25 Rn. 96; SSW/Rosenau (Fn. 7), § 32 Rn. 32; weitergehend aber AG Rudolstadt NStZ-RR 2007, 265; Kindhäuser/Hilgendorf (Fn. 15), § 32 Rn. 52; NK/Kindhäuser (Fn. 8), § 32 Rn. 108; Roxin/Greco (Fn. 24), § 15 Rn. 64, die die Einhaltung der für schuldlose Angreifer geltenden Notwehrgrenzen fordern; zur Schranken-Trias s. NK/Kindhäuser (Fn. 8), § 32 Rn. 109; Rengier (Fn. 24), § 18 Rn. 56, 66 f.

⁶⁴ Vgl. BayObLG NStZ-RR 1999, 9 f.; Eisele, JA 2001, 922 (924); Eisele, JuS 2015, 465 (466); Eisele, JuS 2020, 985 (987).

dessen Angriffspotential und Gefährlichkeit aufgrund des für die Schuldunfähigkeit vorausgesetzten hohen Alkohol- oder Drogenkonsums oftmals nicht erhöht, sondern stark herabgesetzt sein wird. D hat den M im engen, schlauchartigen Tresenbereich mit Schubsen und Schlägen bedrängt. Für M bestand keine Ausweichmöglichkeit. Auch das Bemühen um ein Herausbugsieren des D aus dem Tresenbereich und die bisherige Abwehr des Angriffs durch M waren ohne Erfolg, D schlägt trotz dieser Bemühungen schon mehrere Minuten lang auf M ein. Die beruhigende Einwirkung durch K auf D ist ebenfalls fruchtlos geblieben. Das Verhalten des D zeigt, dass sein Alkohol- und Drogenkonsum nicht zu einer Verringerung seiner Gefährlichkeit geführt hat, sondern im Gegenteil eine besondere Enthemmung und Aggressivität bewirkt hat. Daher muss es dem M hier offenstehen, sich mit dem Küchenmesser durch einen Stich in den Oberkörper des D zu verteidigen, da andere Möglichkeiten zur effektiven und sicheren Beendigung des Angriffs nicht ersichtlich sind. Anderenfalls müsste M den Angriff weiter hinnehmen oder wäre auf einen unsicheren Einsatz seines Verteidigungsmittels verwiesen (bspw. einen Stich gegen die Arme des D, der mit dem Risiko behaftet wäre, dieses Verteidigungsmittel gänzlich zu verlieren), obwohl D ihn schuldhaft angreift. Folglich kommt auch nach h.L. eine Einschränkung des Notwehrrechts nicht in Betracht.⁶⁵ Die Verteidigung durch M war geboten.

2. Subjektiver Rechtfertigungstatbestand

M handelte in Kenntnis der die Notwehr begründenden Umstände und zum Zweck der Verteidigung. Auch nach der engsten Ansicht, die eine Verteidigungsabsicht verlangt, ist damit der subjektive Rechtfertigungstatbestand erfüllt.⁶⁶ Unschädlich ist, dass M auch aus Wut über das Verhalten des D zugestochen hat, da Motive wie Hass, Rache und Wut das Vorhandensein eines Verteidigungswillens nicht ausschließen, solange sie den Verteidigungszweck nicht völlig in den Hintergrund drängen, was hier nicht der Fall ist.⁶⁷

3. Ergebnis

M handelte in Notwehr gem. § 32. Das Verhalten des M war somit nicht rechtswidrig.

B. Gesamtergebnis

M hat sich nicht wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, Nr. 5 strafbar gemacht.

⁶⁵ Zu diesem Ergebnis kommt man auch, wenn man mit SK/Hoyer (Fn. 15), § 32 Rn. 78 bei vermindert schuldfähigen Angreifern auf das mit dem Angriff begangene verschuldete Unrecht abstellt und Einschränkungen des Notwehrrechts nur bei geringem Unrecht zulässt, da hier aufgrund des aggressiven Vorgehens des D das verschuldete Unrecht nicht als gering anzusehen ist.

⁶⁶ Ausführlich dazu *Hillenkamp/Cornelius*, Probleme AT, 15. Aufl. (2017), 4. Problem, S. 32 ff.

⁶⁷ Vgl. BGH NJW 2013, 2133 (2135); BGH NStZ 1996, 29 (30); BayObLG NStZ-RR 1999, 9; *Hecker*, JuS 2019, 1217 (1219); *Rengier* (Fn. 24), § 18 Rn. 104.

2. TATKOMPLEX: DAS GESCHEHEN IM FREI-BAD WEENDE

A. §§ 223 I, 224 I Nr. 1, Nr. 2, Nr. 3, Nr. 5

Durch das Unter-Wasser-Drücken des V könnte sich M wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 1, Nr. 2, Nr. 3, Nr. 5 strafbar gemacht haben.

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektiver Tatbestand

a) Grundtatbestand

Durch das »Untertunken« hat V eine große Menge Wasser verschluckt und dadurch Schmerzen erlitten. Sein körperliches Wohlbefinden wurde demnach mehr als nur unerheblich beeinträchtigt, womit eine körperliche Misshandlung vorliegt. Anhaltspunkte dafür, dass es durch das »Untertunken« zu Substanzverletzungen des V gekommen ist, gibt es nicht. M hat V für eine Minute unter Wasser gedrückt und dadurch eine erhebliche Atemnot des V herbeigeführt, die einen krankhaften Zustand darstellt. Damit liegt auch eine Gesundheitsschädigung vor.

b) Qualifikation

aa) § 224 I Nr. 1

Es lässt sich überlegen, ob das Wasser im Schwimmbecken als Gift (§ 224 I Nr. 1 Alt. 1) oder anderer gesundheitsschädlicher Stoff (§ 224 I Nr. 1 Alt. 2) einzuordnen ist. Dabei gibt es zwei Ansatzpunkte für die Beibringung: Zum einen das schmerzhaft Verschlucken einer großen Menge Wasser durch V beim Unter-Wasser-Gedrückt-Werden, zum anderen die Atemnot des V im Wasser.

Stoff i.S.v. § 224 I Nr. 1 ist jede Materie, unabhängig vom Aggregatzustand.⁶⁸ Gift ist jeder organische oder anorganische Stoff, der unter bestimmten Bedingungen durch chemische oder chemisch-physikalische Wirkung die Gesundheit zu schädigen geeignet ist.⁶⁹ Darunter können auch an sich unschädliche Substanzen des täglichen Lebens fallen, wenn sie nach Art der Anwendung oder Zuführung, der Menge oder Konzentration, aber auch wegen der körperlichen Konstitution des Opfers die entsprechende Gefährlichkeit aufweisen.⁷⁰ Das Wasser wirkt jedoch weder beim Verschlucken noch bei der Atemnot auf chemische oder chemisch-physikalische Weise auf die Gesundheit des V ein, sondern allenfalls auf (im weitesten Sinne) »physikalische« Weise, weshalb das Wasser nicht als Gift eingeordnet werden kann, was sich auch schon nach dem allgemeinen Sprach-

⁶⁸ *Satzger*, »Giftiges« im Strafrecht – Überlegungen zur kontextabhängigen Auslegung eines Tatbestandsmerkmals im StGB, Jura 2015, 580 (582 m. Fn. 30); *SSW/Momsen/Momsen-Pflanz* (Fn. 7), § 224 Rn. 4.

⁶⁹ *Fischer* (Fn. 7), § 224 Rn. 4; *Lackner/Kühl* (Fn. 16), § 224 Rn. 1a.

⁷⁰ BGHSt 51, 18 (22); *Matt/Renzikowski/Engländer* (Fn. 6), § 224 Rn. 2; vgl. auch *Satzger*, JK 2006/9, § 224/5.

gebrauch aufdrängt (V wird weder durch das verschluckte noch das ihn umgebende Wasser »vergiftet«).

Andere gesundheitsschädliche Stoffe sind demgegenüber solche Substanzen, die mechanisch, thermisch oder biologisch-physiologisch wirken.⁷¹ Die durch das Verschlucken verursachten Schmerzen des V können als mechanisch bewirkt eingeordnet werden. Die Schmerzen kommen hier aber allein dadurch zustande, dass der von M überraschte V sich am Wasser verschluckt, das verschluckte Wasser selbst ist (auch nach der Menge) ohne gesundheitsschädliche Wirkung. Auch das Wasser, das V umschließt, wirkt auf diesen in mechanischer Weise ein. Das Wasser selbst aber ist für V harmlos, die Atemnot wird durch die fehlende Möglichkeit zum Auftauchen und Atmen herbeigeführt. Gesundheitsschädlich ist das »Untertunken« durch M, nicht das Wasser im Becken. Das Wasser kann damit nicht als gesundheitsschädlicher Stoff eingeordnet werden.⁷²

bb) § 224 I Nr. 2

Fraglich ist, ob das Wasser im Schwimmbecken als gefährliches Werkzeug i.S.v. § 224 I Nr. 2 Alt. 2 einzuordnen ist. Dies ist unter zwei Aspekten problematisch: Zum einen ist das Wasser kein fester Gegenstand, sondern eine Flüssigkeit, zum anderen wird nicht das Wasser zum Opfer V geführt, sondern dieses in das Wasser hinuntergedrückt.⁷³

Nach vielfach vertretener Ansicht können nur feste Gegenstände als Werkzeuge angesehen werden, wofür vor allem der allgemeine Sprachgebrauch (Wortlautgrenze des Art. 103 II GG) angeführt wird.⁷⁴ Das Wasser im Schwimmbecken kann hiernach nicht als (gefährliches) Werkzeug angesehen werden. Flüssigkeiten können allenfalls über ihre Behältnisse erfasst werden, sofern diese als Werkzeuge einzuordnen sind. Als Behältnis des Wassers kommt hier nur das Schwimmbecken in Betracht, das aber nach dieser stark am Wortlaut orientierten Ansicht nicht als Werkzeug eingeordnet werden kann, weil hierfür mit Blick auf den allgemeinen Sprachgebrauch ein beweglicher bzw. (zu-

mindest) positionierbarer Gegenstand erforderlich sei.⁷⁵ Nach dieser Ansicht ist daher ein gefährliches Werkzeug abzulehnen.

Nach wohl h.M. können Flüssigkeiten Gegenstände und damit Werkzeuge sein, sofern die Flüssigkeit gegen den Körper des Opfers geführt werden kann, mit anderen Worten also ein beweglicher Gegenstand vorliegt.⁷⁶ Folgt man diesem Verständnis, lässt sich das im Schwimmbecken befindliche, nicht fass- und gegen das Opfer fuhbare Wasser nicht als gefährliches Werkzeug einordnen.⁷⁷ Das Schwimmbecken selbst kann als unbeweglicher Gegenstand – vergleichbar mit einem Fluss oder See – nach h.M. kein gefährliches Werkzeug darstellen.⁷⁸

Nach teilweise vertretener Ansicht können nicht nur Flüssigkeiten Gegenstände, sondern auch unbewegliche Gegenstände Werkzeuge sein.⁷⁹ Dafür wird vorgebracht, dass der Werkzeugbegriff allein den zweckgerichteten Einsatz eines Gegenstandes durch einen Menschen verlangt, der Täter also mit einem Gegenstand etwas bewerkstelligt.⁸⁰ Für dieses sehr weite, funktionale Verständnis des Werkzeugbegriffs wird zudem angeführt, dass § 224 I Nr. 2 nach seinem Sinn und Zweck die gefährliche Benutzung von Gegenständen erfassen will, unabhängig davon, welchen Aggregatzustand oder welche Beweglichkeit die Gegenstände besitzen.⁸¹ Bei Zugrundelegung dieses Verständnisses ist das Wasser im Schwimmbecken als gefährliches Werkzeug anzusehen, sofern man die Eignung zur Herbeiführung erheblicher Verletzungen trotz der nur einminütigen Dauer des »Untertunkens« bejaht.

Gegen diese Ansicht spricht aber entscheidend, dass der Einsatz des im Schwimmbecken befindlichen Wassers letztlich nur die Ausnutzung einer gefährlichen Situation bzw. Umgebung durch den Täter darstellt, die nicht mit dem Einsatz eines gefährlichen Werkzeugs gleichgestellt werden kann, weil anderenfalls der Werkzeugbegriff jegliche Konturen verliert und die Wortlautgrenze überschritten wird.⁸² Eine nennens-

71 Fischer (Fn. 7), § 224 Rn. 5; Matt/Renzikowski/Engländer (Fn. 6), § 224 Rn. 2.

72 Ergänzend kann darauf hingewiesen werden, dass nach ganz h.M. die eingesetzte Substanz nach ihrer Art und konkreten Verwendung die Eignung zu einer erheblichen Gesundheitsschädigung besitzen muss, vgl. BGHSt 51, 18 (22); J.Kretschmer (Fn. 16), Jura 2008, 916 (918); Küper/Zopfs (Fn. 12), Rn. 116; Lackner/Kühl (Fn. 16), § 224 Rn. 1a; LK/Grünwald (Fn. 7), § 224 Rn. 10; Satzger (Fn. 68), Jura 2015, 580 (583 f.). Davon kann hier weder hinsichtlich des verschluckten Wassers noch des den V für eine Minute umschließenden Wassers die Rede sein.

73 S. dazu Gropp/Küpper/Mitsch, Fallsammlung Strafrecht, 2. Aufl. (2012), Fall 8, S. 154 f.; Joecks/Jäger (Fn. 7), § 224 Rn. 23; zur Foltermethode des sog. Waterboardings J. Kretschmer (Fn. 16), Jura 2008, 916 (920).

74 OLG Dresden NStZ-RR 2009, 337 m. krit. Bspr. Jahn, JuS 2010, 268; BeckOK/Eschelbach (Fn. 8), § 224 Rn. 31; F. Knauer, Jura 2014, 254 (258 f.); LK/Grünwald (Fn. 7), § 224 Rn. 20; MüKo/Hardtung (Fn. 16), § 224 Rn. 15; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben (Fn. 5), § 224 Rn. 6; so wohl auch BGH JR 2015, 206 m. zust. Anm. Ernst, wohingegen Wessels/Hettinger/Engländer (Fn. 4), Rn. 230 m. Fn. 37 die Entscheidung als Versehen einordnen.

75 Vgl. Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben (Fn. 5), § 224 Rn. 7; MüKo/Hardtung (Fn. 16), § 224 Rn. 16.

76 BGHSt 1, 1 (4); 22, 230 (231); BGH NStZ-RR 2005, 75; AnwK/Zöller (Fn. 7), § 224 Rn. 10; Lackner/Kühl (Fn. 16), § 224 Rn. 4; SSW/Momsen/Momsen-Pflanz (Fn. 7), § 224 Rn. 18; Wessels/Hettinger/Engländer (Fn. 4), Rn. 230; s. auch J. Kretschmer (Fn. 16), Jura 2008, 916 (918).

77 A.A. vertretbar, so etwa Joecks/Jäger (Fn. 7), § 224 Rn. 25, der Wasser pauschal als beweglich einordnet und deshalb ein Unter-Wasser-Drücken als von § 224 I Nr. 2 Alt. 2 erfasst ansehen will; hiergegen lässt sich freilich anführen, dass Wasser sicherlich beweglich ist bzw. sein kann, beim Unter-Wasser-Drücken aber gerade nicht das Wasser, sondern das Opfer bewegt wird.

78 S. nur BGHSt 22, 235 (236 f.); Lackner/Kühl (Fn. 16), § 224 Rn. 4; Küper/Zopfs (Fn. 12), Rn. 766.

79 LK/Lilie (Fn. 7), § 224 Rn. 27 f.; Rengier (Fn. 3), § 14 Rn. 39; SK/Wolters (Fn. 15), § 224 Rn. 16, 20.

80 Gropp/Küpper/Mitsch (Fn. 73), S. 155; LK/Lilie (Fn. 7), § 224 Rn. 27; Rengier (Fn. 3), § 14 Rn. 39; SK/Wolters (Fn. 15), § 224 Rn. 20.

81 Gropp/Küpper/Mitsch (Fn. 73), S. 155; Rengier (Fn. 3), § 14 Rn. 39; SK/Wolters (Fn. 15), § 224 Rn. 20 f.

82 S. AnwK/Zöller (Fn. 7), § 224 Rn. 10; Küper/Zopfs (Fn. 12), Rn. 766;

werte Strafbarkeitslücke entsteht durch die Ablehnung der letztgenannten Ansicht nicht, da besonders gefährliche Körperverletzungshandlungen über die Qualifikation des § 224 I Nr. 5 erfasst werden können.⁸³ Das Wasser im Schwimmbecken stellt somit kein gefährliches Werkzeug i.S.v. § 224 I Nr. 2 Alt. 2 dar.

cc) § 224 I Nr. 3

M könnte die Körperverletzung mittels eines hinterlistigen Überfalls gem. § 224 I Nr. 3 begangen haben. Ein Überfall ist ein plötzlicher, unvorhergesehener Angriff.⁸⁴ V hat den von hinten an ihn herangeschwommenen M nicht bemerkt und ist durch das plötzliche »Untertunken« völlig überrascht. Ein Überfall liegt daher vor. Hinterlistig ist der Überfall, wenn der Täter planmäßig in einer auf die Verdeckung seiner wahren Absicht berechneten Weise vorgeht, um hierdurch die Abwehr des Angriffs zu erschweren.⁸⁵ M ist zwar von hinten auf den V zugeschwommen, hat aber sonst keine Vorkehrungen getroffen, um seinen Angriff zu verschleiern. Das bloße Ausnutzen eines Überraschungsmoments, etwa durch einen Angriff von hinten, reicht aber nach einhelliger Ansicht für einen hinterlistigen Überfall nicht aus.⁸⁶ § 224 I Nr. 3 ist folglich abzulehnen.

dd) § 224 I Nr. 5

Auch wenn man es mit der h.M. für § 224 I Nr. 5 genügen lässt, dass die in Rede stehende Handlung generell dazu geeignet ist, das Opfer in Lebensgefahr zu bringen, ist eine lebensgefährdende Behandlung hier abzulehnen, da von dem verschluckten Wasser keine weiteren Gefahren für die Gesundheit des V ausgingen und auch die Dauer (eine Minute) der durch das »Untertunken« bewirkten Atemnot nicht lebensbedrohlich war.⁸⁷

2. Subjektiver Tatbestand

M müsste vorsätzlich hinsichtlich des objektiven Tatbestandes gehandelt haben. Der Vorsatz muss gem. § 16 I 1 bei Begehung der Tat, d.h. im Zeitpunkt der Tathandlung (vgl. § 8), vorliegen. M wollte die von ihm im Schwimmbecken entdeckte Person (V, den M fälschlicherweise für G hielt)

Wessels/Hettinger/Engländer (Fn. 4), Rn. 230; als Bsp.: Wer einen anderen Menschen von einer Felskante in eine Schlucht stürzt, nutzt zwar eine gefährliche Situation aus, macht dadurch aber weder Felskante noch Schlucht zu einem gefährlichen Werkzeug.

⁸³ Vgl. AnwK/Zöller (Fn. 7), § 224 Rn. 10.

⁸⁴ Fischer (Fn. 7), § 224 Rn. 22; Lackner/Kühl (Fn. 16), § 224 Rn. 6.

⁸⁵ BGH NStZ 2004, 93; NStZ 2005, 40; SSW/Momsen/Momsen-Pflanz (Fn. 7), § 224 Rn. 22.

⁸⁶ BGH NStZ 2004, 93; NStZ 2005, 40; AnwK/Zöller (Fn. 7), § 224 Rn. 12; BeckOK/Eschelbach (Fn. 8), § 224 Rn. 35; LK/Grünwald (Fn. 7), § 224 Rn. 26; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben (Fn. 5), § 224 Rn. 10; SSW/Momsen/Momsen-Pflanz (Fn. 7), § 224 Rn. 22; Wessels/Hettinger/Engländer (Fn. 4), Rn. 235.

⁸⁷ A.A. vertretbar, wenn darauf abgestellt wird, dass bei einer Kombination von Verschlucken und Atemnot schnell gravierende Folgen eintreten können; hinreichende Anhaltspunkte für eine konkrete Lebensgefahr i.S.d. Minderheitsansicht gibt es dagegen nicht.

für eine Minute unter Wasser drücken, um diese körperlich zu misshandeln und an der Gesundheit zu schädigen. Sein auf die entdeckte Person konkretisierter Vorsatz umfasste damit die Tatbestandsmerkmale des § 223 I. Entsprechend diesem Vorsatz hat M die anvisierte Person (V) unter Wasser gedrückt. Fraglich ist jedoch, wie sich der Irrtum des M über die Identität des Tatobjekts auswirkt: M ging davon aus, dass die Person (V) in Wirklichkeit G sei (Konstellation des *error in persona*).⁸⁸ Zu klären ist, ob dieser Irrtum zu einem Tatbestands- bzw. Tatumstandsirrtum nach § 16 I 1 führt, der den Vorsatz des M entfallen lässt. Dagegen spricht, dass sich der Vorsatz nach dem Wortlaut des Gesetzes nur auf die zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden Umstände beziehen muss, bei § 223 I also auf die körperliche Misshandlung oder Gesundheitsschädigung einer anderen Person. Sind wie hier das wirkliche und das vorgestellte Tatobjekt tatbestandlich gleichwertig, erkennt der Täter vollumfänglich, dass er den Tatbestand verwirklicht. § 16 I 1 erfasst als Bezugspunkt nur die äußeren Tatumstände, nicht aber Beweggründe und Fernziele der Tat.⁸⁹ Die Fehlvorstellung über die Identität des Opfers ist deshalb als unbeachtlicher Motivirrtum einzuordnen.⁹⁰ Folglich handelte M mit Vorsatz hinsichtlich § 223 I.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

M handelte rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

M hat sich wegen Körperverletzung gem. § 223 I strafbar gemacht.

B. § 239 I

Indem M den V unter Wasser gedrückt hat, könnte er sich zudem wegen Freiheitsberaubung gem. § 239 I strafbar gemacht haben.

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektiver Tatbestand

In Betracht kommt hier allein eine Freiheitsberaubung »auf andere Weise« (§ 239 I Alt. 2). Diese umfasst jedes Verhalten, durch das die Fortbewegung vollständig verhindert wird.⁹¹ M hat V festgehalten und für eine Minute unter Wasser gedrückt. Auch wenn die Dauer von einer Minute eher kurz ist, ist mit Blick auf die hohe Intensität des Angriffs – V befindet sich unter Wasser in einer besonders prekären Situation – die für den Taterfolg der Freiheitsberaubung zu erfüllende

⁸⁸ S. dazu B. Heinrich (Fn. 30), Rn. 1099 ff.; Kühl (Fn. 24), § 13 Rn. 18 ff.; Murmann (Fn. 3), § 24 Rn. 43; Rengier (Fn. 24), § 15 Rn. 21 ff.; Roxin/Greco (Fn. 24), § 12 Rn. 193 ff.; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 14), Rn. 369 ff.

⁸⁹ Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 14), Rn. 371.

⁹⁰ Vgl. BGHSt 11, 268 (270); 37, 214 (216); B. Heinrich (Fn. 30), Rn. 1102; HK-GS/Duttge (Fn. 21), § 16 Rn. 9; Kühl (Fn. 24), § 13 Rn. 25.

⁹¹ NK/Sonnen (Fn. 8), § 239 Rn. 17.

Erheblichkeitsschwelle («relativ empfindlicher Eingriff in die Fortbewegungsfreiheit») überschritten.⁹²

2. Subjektiver Tatbestand

M handelte vorsätzlich hinsichtlich des objektiven Tatbestands.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

M handelte rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis und Konkurrenzen

M hat sich wegen Freiheitsberaubung gem. § 239 I Alt. 2 strafbar gemacht. Da die Freiheitsberaubung Mittel zur Begehung der Körperverletzung ist, tritt sie hinter dieser zurück.⁹³

C. Gesamtergebnis

M hat sich wegen Körperverletzung gem. § 223 I strafbar gemacht.

⁹² S. NK/Sonnen (Fn. 8), § 239 Rn. 18; a.A. unter Verweis auf die kurze Dauer noch vertretbar.

⁹³ Vgl. HK-GS/Lenz (Fn. 21), § 239 Rn. 10; Lackner/Kühl (Fn. 16), § 239 Rn. 10; Schönke/Schröder/Eisele (Fn. 5), § 239 Rn. 14.

StuDi Aufsatz

Andreas Basse* und Francesca-Maria Wurzel†

Die Säulen der Examensvorbereitung

oder: Was trägt die Pflichtfachprüfung?

Der Beitrag gibt angehenden Examenskandidatinnen und -kandidaten einen Überblick über die Alternativen bei der Ausgestaltung der persönlichen Examensvorbereitung. Andreas Basse zeigt sich für die Beitragsteile [A; B; C I, C II 1, C IV] verantwortlich, Francesca-Maria Wurzel für die Gliederungspunkte [C II 2; C III, C V, D].

A. Einleitung

Der von der Pflichtfachprüfung der ersten juristischen Staatsprüfung ausgehende Leistungsdruck lastet von Studienbeginn an schwer auf den Schultern der Studierenden. Noch immer gilt das rechtswissenschaftliche Studium als hochgradig auf die Endnote fixiert, was bei den Prüflingen zu Sorgen über das Erreichen der beruflichen Zukunftswünsche führen kann.¹ Spätestens nach den ersten Scheinklausuren stellt sich dann die Frage, wie diese Belastung mit einer effektiven Examensvorbereitung abgemildert werden kann. Der folgende Beitrag stellt die gängigsten Vorbereitungsmethoden dar, auf denen die Pflichtfachprüfung einen stabilen Halt findet und die nachfolgend als »Säulen der Examensvorbereitung« betitelt werden.

Zunächst wird sich mit den architektonischen Problemen befasst, die bereits vor Beginn der Examensvorbereitung gelöst sein müssen [B]. Anschließend sollen die einzelnen Säulen erörtert und handwerkliche Hinweise für ihre Errichtung aufgezeigt werden [C], welche in eine abschließende Gesamtbetrachtung [D] münden.

B. Das Fundament gießen

Bevor die Examensvorbereitung *en détail* ausgestaltet werden kann, muss hierfür zunächst die organisatorische Basis geschaffen werden. Grundlegend ist dabei die Frage, auf welchen Examensdurchgang konkret hingearbeitet werden soll. Schon jetzt gilt es die persönliche Lebens- und Studiensituation zu reflektieren und ehrlich einzuschätzen.² Möchte

ich den »Freischuss« oder das »Abschichten« wahrnehmen? Habe ich berufliche oder private Verpflichtungen, die zeitliche Kapazitäten binden? Bin ich überhaupt schon »scheinfrei«?

All die Antworten auf diese Fragen beeinflussen die zeitliche Planung der Examensvorbereitung, die in der Regel auf ein bis anderthalb Jahre ausgerichtet wird.³ Wer bereits im Vorfeld weiß, dass zwei Nachmittage in der Woche für die Arbeit am Lehrstuhl, in der Gastronomie oder im Einzelhandel verplant sind und jeden Freitag der Wocheneinkauf mit dem Großvater ansteht, muss dies bei seiner oder ihrer persönlichen Zeiteinteilung und letztendlich auch bei dem geplanten Examensdurchgang berücksichtigen. Am wichtigsten ist es jedoch, überhaupt auf ein festgelegtes Enddatum hinarbeiten und nicht nach dem Motto »Ich melde mich zum Examen, wenn ich das gesamte Prüfungswissen beherrsche« in die Vorbereitung zu gehen. Erstens fühlt man sich für das Examen nie gut genug vorbereitet, womit die Gefahr der »ewigen« Examensvorbereitung einhergeht und als Folge immer stärker gegen das Vergessen gearbeitet werden muss. Zweitens hat eine Deadline immer auch einen motivierenden Effekt. Die meisten Examenskandidatinnen und -kandidaten erleben in den letzten drei Monaten vor der ersten Prüfung sowohl juristisch-materiell als auch klausurtechnisch/-taktisch einen deutlichen Wissenszuwachs.

Noch ein paar Worte zu Freiversuch und »Abschichten«: Nach einer zeitlich realistisch geplanten Examensvorbereitung können diese beiden Möglichkeiten durchaus dazu führen, druckfreier in und erfolgreicher aus dem Examen zu gehen.⁴ Der Luxus, die Aufsichtsarbeiten in zwei Durchgängen zu schreiben oder bei Bedarf einen zusätzlichen Prüfungsversuch antreten zu können, darf dabei aber nicht mit einer kürzeren Vorbereitungszeit und den damit verbundenen materiellen Wissensdefiziten erkaufte werden.

so auch Lemmerz/Bienert, Die Examensvorbereitung – Plädoyer für mehr Mut zur Selbstreflexion, JURA 2011, 335 (335).

³ Dauner-Lieb und Sanders werteten 2013 eine überschaubare Menge von 25 Fragebögen an Absolventinnen und Absolventen des Ersten Staatsexamens aus. Dabei zeigte sich, dass die durchschnittliche Vorbereitungszeit bei etwas weniger als 16 Monaten lag. Die Spanne reichte dabei von einem halben Jahr bis zu 24 Monate, siehe Sanders/Dauner-Lieb, Lernlust statt Examensfrust, JuS 2013, 380 (382).

⁴ Nach dem aktuellen Jahresbericht des Niedersächsischen Landesjustizprüfungsamts liegt der Notendurchschnitt der Kandidatinnen und Kandidaten im Freiversuch 0,44 Punkte, der der abschichtenden Prüflinge sogar 0,54 Punkte über dem Durchschnitt der »regulären« Prüflinge, vgl. Jahresbericht des Präsidenten des Landesjustizprüfungsamts im Niedersächsischen Justizministerium, Niedersächsische Rechtspflege 2021, S. 276 (276 ff.).

* Andreas Basse ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb. Kirchenrecht und Staatskirchenrecht, Prof. Dr. Heinig, an der Georg-August-Universität Göttingen und verantwortlich für die Koordination des Göttinger Examenskurses

† Francesca-Maria Wurzel ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb. Kirchenrecht und Staatskirchenrecht, Prof. Dr. Heinig, an der Georg-August-Universität Göttingen und verantwortlich für die Koordination des Göttinger Examensklausurenkurses

¹ Talentrocket, Das Benotungssystem der Juristen, <https://www.talentrocket.de/karrieremagazin/details/das-benotungssystem-der-juristen-eine-abrechnung-von-0-bis-18>, zuletzt abgerufen am 26.10.2021.

² Ein ehrlicher Umgang mit sich selbst und der gewählten Form der Examensvorbereitung trägt erheblich zum Erfolg im Ersten Staatsexamen bei,

Freiversuch und »Abschichten« machen einen Prüfling nicht per se examensreif, sondern können nur dabei helfen, den Prüfungsstoff effektiver auf das Papier zu bringen.

C. Die Säulen

I. Selbstständige Vorbereitung

Wer das Glück hatte, die Zwischenprüfung und das Hauptstudium lediglich mit Vorlesungsbesuchen, der Teilnahme an Begleitkollegs und kürzeren Wiederholungsphasen gemeistert zu haben, wird mit dieser Strategie im bevorstehenden Studienabschnitt rasch an eine Grenze stoßen. Die eigene Organisation und das selbstständige Erlernen/Wiederholen des umfangreichen Prüfungsstoffes stellt die stabilste Säule der Examensvorbereitung dar.⁵ Ihr Wegfall kann durch kein Repetitorium und keine Lerngruppe aufgefangen werden. Daher gilt es, dem eigenen Arbeitstag zunächst Struktur zu verliehen und die rare Zeit gewinnmaximierend einzuteilen.

1. Lernpläne

Das Erstellen eines die gesamte Examensvorbereitung durchziehenden Lernplans stellt viele Studierende vor eine Herausforderung, die mit der korrekten Herangehensweise aber gut bewältigt werden kann.⁶ Um ein erstes Gespür für den in bekömmliche Portionen einzuteilenden Prüfungsstoff zu erhalten, empfiehlt sich ein Blick in die jeweilige Ausbildungsverordnung.⁷ Die examensrelevanten Themengebiete werden hier kleinschrittig aufgezählt und können meist schon in dieser Form in den Lernplan aufgenommen werden. Welchen Detailgrad ein solcher Langzeitplan aufweisen muss, damit keine Schwerpunkte bei der Vorbereitung außer Acht gelassen werden, ist eine Frage des individuellen Geschmacks. Manchen reicht die Bezeichnung des Teilrechtsgebiets, andere präferieren eine konkretere Titulierung.⁸ Wer sich an den Unterlagen eines Repetitoriums orientiert oder dem Aufbau eines umfangreichen Lehrbuchs folgt, kann sich eine oberflächliche Einteilung leisten. Bei einer komplett selbstständigen Vorbereitung empfiehlt sich eine stärker ausdifferenzierte Wochenplanung.

Neben dem stoffgliedernden Lernplan sollte sich jede Kandidatin und jeder Kandidat überlegen, wie der persönliche Stundenplan gefüllt wird. Wenn sich ein geregelter Tagesablauf mit festen Start-, Arbeits-, Pausen- und Feier-

abendzeiten während des bisherigen Studiums noch nicht eingestellt hat, gilt es nun die Gelegenheit zu nutzen und dies zu ändern. Um herauszufinden, wie viele Stunden zum selbstständigen Lernen überhaupt noch neben Repetitorium, Lerngruppe, Klausurenkurs und sonstigen Terminen bleiben, sollten diese festen Termine zuerst im Plan notiert werden.⁹ Die Lernphasen können im Anschluss in Zeitblöcke eingeteilt werden, die der persönlichen Konzentrationsspanne Rechnung tragen. Ein häufiger Fehler ist dabei ein zu dichter Stundenplan, der keine Pausen, Urlaub oder unvorhergesehene Verzögerungen im Lernpensum berücksichtigt. Letztere werden mit Sicherheit auftreten und sind insbesondere zum Ende der Examensvorbereitung deutlich nervenschonender zu bewältigen, wenn sie von Beginn an einkalkuliert werden.

Die besten Monats- und Stundenpläne helfen wenig, wenn sie nicht eingehalten werden. Ein gewisses Maß an Selbstdisziplin und Lernmotivation ist daher unverzichtbar, um aus den Plänen im Ergebnis auch Kapital zu schlagen. Die Lernpläne einzuhalten heißt dabei auch, zum nächsten Rechtsgebiet oder Themenkomplex überzugehen, selbst wenn die vergangene Lerneinheit thematisch noch nicht abgeschlossen wurde. Diese Lücken können in den »Puffern« und gegebenenfalls während der Wiederholungsphasen geschlossen werden.

2. Arbeitsmaterialien

Um die examensrelevanten Rechtsgebiete selbstständig zu wiederholen oder zu vertiefen ist ein solides Lehrbuch immer noch das beste Mittel der Wahl. Der Markt ist gut gefüllt mit Werken, die »das gesamte Examenswissen im Zivilrecht/Öffentlichen Recht/Strafrecht« abzudecken versuchen. Oft empfiehlt sich hier aber der Griff zu speziellerer Literatur, die sich konkret mit einem Teilrechtsgebiet auseinandersetzt. Solche Lehrbücher sind im Ergebnis meist umfangreicher als die Gesamtbände und eignen sich besser für eine tiefere Vorbereitung, die freilich zeitintensiver ist. Wer bereits im Grund- und Hauptstudium gut mit einem Werk zurechtgekommen ist, kann dieses getrost (in der aktuellsten Auflage) weiterverwenden. Als Grundregel sollte aber beherzigt werden, den Schreibtisch nicht zu überfrachten und das gewählte Buch konzentriert durchzuarbeiten.

Für das Repetieren oder Erlernen der Nebengebiete, die auf dem bisherigen Studienweg eventuell etwas vernachlässigt wurden, kann auch zu einem kürzeren Lehrbuch oder ausgedehnten Skript gegriffen werden, da im Examen hier meist nur Grundlagen verlangt werden. Die Lektüre der aktuellen Rechtsprechung kann einerseits mit den etablierten Ausbildungszeitschriften, andererseits mit den bekannten Rechtsprechungsübersichten erfolgen. In Erstgenannten finden sich auch examensnahe Fälle für die Lerngruppe oder das persönliche Klausurentraining.

⁵ Die Relevanz einer fundierten Arbeitsorganisation betont auch *Scraback*, *Wie organisiert man die Examensvorbereitung?*, JURA 2017, 1409 (1409).

⁶ Für eine ausführliche Darstellung siehe *Scraback* (Fn. 5), 1409 (1409 ff.).

⁷ Für die niedersächsischen Prüflinge ist der Prüfungsstoff in § 16 I, II, III NJAVO aufgezählt. In der neuen Fassung erfolgt dies auch in positiver Weise, was Unsicherheiten im Curriculum präventiv entgegenwirkt.

⁸ Nachfolgend zwei Beispiele für eine grundsätzliche und eine differenziertere Planungsweise: KW 43 – BGB AT, StaatsR I, StR AT oder KW 43 – Rechtsgeschäft und Willenserklärung, Staatsorgane der Bundesrepublik, Täterschaft und Teilnahme. Siehe auch zur Organisation *Scraback* (Fn. 5), 1409 (1411 ff.).

⁹ *Scraback* (Fn. 5), 1409 (1411).

3. Wiederholungseinheiten und Lernfokus

Wer in den vorherigen Absätzen die selbsterstellten Lernmaterialien vermisst hat, tut dies aus gutem Grund. Die kognitive Festigung erlernten Wissens funktioniert am besten, wenn es angewandt, visualisiert und in einen übertragenen Kontext gesetzt wird.¹⁰ Vor allem die Wiederholungseinheiten können mit Karteikarten und händisch erstellten Mindmaps, Übersichten, etc. gut organisiert werden.¹¹ Egal, welcher Methode hier gefolgt wird: Die Einheiten sollten einen festen Platz im wöchentlichen Stundenplan aufweisen und zum Ende der Examensvorbereitung quantitativ zunehmen.

Der Schwerpunkt der individuellen Lernphasen wird gerne auf Schemata, konkrete Rechtsprechung und Sonderprobleme gelegt, die freistehend mit dem Ziel auswendig gelernt werden, in den Klausuren die »Schwerpunktsetzung« zu verbessern. Ein solides Grundwissen über solche Spezialprobleme ist im Examen zwar zweifellos von Nutzen¹², doch wird bei diesem Lernfokus die systematische und methodische Komponente gerne vernachlässigt. Wenn wir uns vor Augen führen, mit welchen Fähigkeiten uns das Examen in die juristische Arbeitswelt entlassen möchte, wird die Relevanz von Systematik und Methodik deutlich. Die Absolventinnen und Absolventen sollen mit gut ausgerüstetem Handwerkszeug jeden denkbaren (unbekannten) Sachverhalt vertretbar juristisch lösen können. Den Auslegungsmethoden, der Arbeit am Gesetz und dem Systemverständnis zwischen den Rechtsgebieten wird demnach ein höherer Stellenwert beigemessen.¹³ Für auswendig gelerntes Inselwissen bleibt da wenig Raum, wenn auch keine Examensklausur ohne die obligatorischen drei bis vier Problemkonstellationen auskommt.

II. Repetitorium

Der Besuch eines (kommerziellen) Repetitoriums macht für die meisten Examenskandidatinnen und -kandidaten während der ersten zwölf Monate die wichtigste Säule der Vorbereitung aus, wobei der Stellenwert solcher Ergänzungen oft überschätzt wird. Über die Vor- und Nachteile von Repetitorien ist bereits ausführlich diskutiert worden,¹⁴ weshalb sich nachfolgend auf die grundlegenden

¹⁰ Vgl. *Lemmerz/Bienert* (Fn. 2), 335 (339).

¹¹ Ausführlich zum Nutzen von Mindmaps für die Vorbereitung *Lange*, Jurastudium erfolgreich, 8. Aufl. (2015), S. 357 ff. Ein veranschaulichendes Beispiel für eine Wiederholungsmethode mit Karteikarten liefert *Scraback* (Fn. 5), 1409 (1413 ff.).

¹² So auch ein Absolvent bei *Sanders/Dauner-Lieb* (Fn. 3), 380 (382). Für das Potential von Prüfungsschemata siehe *Rosenkrantz*, Sinn und Unsinn des Erlernens vom Prüfungsschemata, JuS 2016, 294 (294).

¹³ Den Lernfokus auf Systematik, Grundlagen und Methodik zu legen betonen u.a. auch *Lammers*, Lernen im Jurastudium und in der Examensvorbereitung, JuS 2015, 289 (289); *Lange* (Fn. 11), S. 172 ff.; *Lemmerz/Bienert* (Fn. 2) 335 (338).

¹⁴ Siehe nur *Kudlich*, Examensvorbereitung an der Universität und bei Repetitor: Fakten, Vorurteile und Perspektiven, JuS 2002, 413; *Obergfell*, Der Gang zum Repetitor – Umweg oder Abkürzung auf dem Weg zum Examen?, JuS 2001, 622; *Deppner/Feihle/Lehnert/Röhner/Wapler*, Examen ohne

Charakteristika von privaten Anbietern und universitären Kursen konzentriert werden soll.¹⁵

1. Universitär

Die Kurse der universitären Repetitorien werden im Gros von Professorinnen und Professoren gehalten. In den Veranstaltungen zu den entsprechenden Rechtsgebieten werden im Plenum interaktiv examensrelevante Fälle gelöst und unterstützende Materialien für die Vor- und Nachbearbeitung zur Verfügung gestellt. Die Hauptkurse werden von ergänzenden Veranstaltungen flankiert, die sich beispielsweise der Klausurtaktik und der Simulation einer mündlichen Prüfung widmen. Die Zahl der regelmäßig Teilnehmenden liegt in Göttingen im Schnitt bei 50 Personen, wobei während der einjährigen Kursdauer Schwankungen bei der Gruppengröße deutlich hervortreten. Kosten fallen für den Besuch des universitären Repetitoriums nicht an.

2. Kommerziell

Ergänzend zur eigenständigen Vorbereitung kann als Unterstützung ein kommerzielles Angebot zur Organisation des Lernstoffes herangezogen werden. In Göttingen gibt es zwei Anbieter, die bezahlte Unterstützung bei der Vorbereitung zum Examen offerieren und einen Überblick über den wichtigsten Examensstoff durch eine Vielzahl an Unterlagen geben. Das materielle Wissen wird dabei beginnend mit den Grundlagen bis hin zu den gängigsten Problemen anhand von Fällen anhand eines vorab gesteckten Programms innerhalb eines Jahres vermittelt. Die Säule kann aber nur dann das Konstrukt der Ersten Pflichtfachprüfung stabilisieren, wenn man diese aktiv mit errichtet. Ohne eigene Arbeit kommt kein Weg der Examensvorbereitung zum gewünschten Ziel.

Das kommerzielle Repetitorium sollte nicht nur aus Druck besucht werden, weil Freunde oder Bekannte diesen Weg einschlagen, sondern aus Überzeugung, dass diese Art die eigene Vorbereitung auf die Erste Staatsprüfung stützen kann.

III. Klausurenkurs

Die zweite stützende Säule der Examensvorbereitung ist die regelmäßige Teilnahme an einem Klausurenkurs. Der Klausurenkurs der Juristischen Fakultät in Göttingen bietet zurzeit über das Jahr verteilt 36 Klausuren an,¹⁶ sowie zwei Mal im Jahr ein Probeexamen.

Repetitor, 4. Aufl. (2017), S. 24 ff. Eine Auflistung der Vor- und Nachteile bietet z.B. *Lemmerz/Bienert* (Fn. 2), 335 (336).

¹⁵ Ob ein Repetitorium überhaupt einen individuellen Mehrwert bringt, hängt auch stark vom eigenen »Lerntyp« ab. Dieser kann bei *ter Haar/Lutz/Wiedenfels*, Prädikatsexamen (2020), S. 34 bestimmt werden. Kritisch zu der Festlegung von bestimmten Lerntypen aber *Lammers* (Fn. 13), 289 (290).

¹⁶ Dabei verteilen sich die Klausuren auf 14 im Zivilrecht, 12 im Öffentlichen Recht und 10 im Strafrecht.

Ziel sollte es sein, während der gesamten Examensvorbereitung möglichst viele Klausuren¹⁷ unter examensnahen Bedingungen zu schreiben. Dabei ist es auch in Ordnung, wenn gerade zum Anfang nur eine ausführliche Lösungsskizze nach der aufmerksamen mehrmaligen Lektüre des Sachverhalts erstellt,¹⁸ mit weiteren Hilfsmitteln außer dem Gesetzestext gearbeitet wird oder das Zeitmanagement noch nicht ganz stimmt. Das Bestreben sollte aber dahingehen, möglichst zeitnah die Hilfskonstruktionen zur Errichtung der Säule abzulegen und die Klausuren unter realen Bedingungen zu schreiben.

Auch wenn zu Beginn die Klausuren misslingen sollten, darf dadurch nicht der Mut verloren gehen. Gerade bei einem frühen Einstieg kann die Frustration sehr hoch sein,¹⁹ auch weil das Konzentrieren auf fünfständiges konsequentes Arbeiten an einer Falllösung erst einmal geübt werden muss. Mit jeder weiteren Klausur wird der Umgang mit Examensklausuren souveräner werden und dazu beitragen, dass sich das materielle Wissen verfestigt. Im Laufe der Vorbereitung werden immer häufiger bekannte Konstellationen in den einzelnen Rechtsgebieten auftauchen, die mit dem bereits Erlernten und dem juristischen Handwerkszeug gelöst werden können. Es ist sehr wahrscheinlich, dass eine Verbesserung des Zeitmanagements und Problembewusstseins mit der Zeit eintritt und auch unbekannte Fallzusammenstellungen gelöst werden können. Man muss nur den Mut haben, am Ball zu bleiben und auch vermeintlich schlechte Bearbeitungen abzugeben. Aus jeder geschriebenen Klausur nimmt man etwas für die weitere Examensvorbereitung mit. Daher gehört auch die stetige Nacharbeit korrigierter Klausuren zu einer erfolgreichen Klausurenkursteilnahme dazu. Nur so hat man die Chance, aus seinen Fehlern zu lernen, sein materielles Wissen zu stärken und die Säule nicht ihres tragenden Charakters zu berauben.

IV. Lerngruppe

Die regelmäßige Lerngruppe²⁰ kann sich zu einer ausgezeichneten Stütze der Pflichtfachprüfung entwickeln, sofern sie richtig organisiert und ihr gesamtes Potential von den Teilnehmenden genutzt wird. Durch die gemeinsamen Interaktions- und Kommunikationsmöglichkeiten einer Lerngruppe kann das Wissen, wie in C. I. 3. beschrieben, kinästhetisch vertieft werden. Zunächst gilt es auch vor der Gründung einer Arbeitsgemeinschaft den gemeinsamen

Rahmen abzustecken. Dieser reicht von der Anzahl an Mitgliedern über den Turnus der Termine bis hin zu kleineren Sanktionen, beispielweise für unentschuldigtes Fernbleiben. Es empfiehlt sich, diese Regeln unserer Wissenschaftsdisziplin entsprechend in einem Lerngruppenvertrag »verbindlich« festzuhalten.²¹

Bei der formalen und materiellen Ausgestaltung der Arbeitsgemeinschaft sind zwei Hauptformen zu unterscheiden, die beide zu einer dritten Mischform verschmelzen können. Eine reine Fallerngruppe setzt sich aus drei bis fünf Studierenden zusammen, von denen eine oder einer einen examensrealistischen Klausurfall für den Termin vorbereitet und während der Sitzung als Expertin beziehungsweise Experte fungiert. Nach einer einstündigen Lösungsphase folgt eine detaillierte Besprechung, in der die auftretenden Problemkonstellationen repetiert und so ganz automatisch die Falllösungstechnik verbessert wird. Die gesteigerte Klausurpraxis (wenn die Zeit auch nur für eine ausführliche Lösungsskizze ausreichen mag) erleichtert die Sachverhaltserschließung- und -auswertung während der Pflichtfachprüfung und führt zur Wiedererkennung von Sonderproblem. Eine systematische Erfassung des Pflichtfachstoffes kann bei dieser Form der Lerngruppe jedoch nur rudimentär erfolgen.

Anders gestaltet sich dies bei dem Lerngruppentypus, der den Schwerpunkt auf die Vermittlung der Dogmatik durch Kurzvorträge und Diskussionen legt, Falllösungen aber weitestgehend außer Betracht lässt. Durch die intensive Vorbereitung der Referentinnen und Referenten mit einem konkreten Problemfeld und die anschließende Erörterung können systematische Verbindungen zwischen den einzelnen Rechtsgebieten geknüpft werden, was dem materiellen Verständnis Vorschub leistet. Der fehlende Klausurbezug darf jedoch nicht marginalisiert werden, denn während der sechs Aufsichtsarbeiten muss das systematische Wissen letztendlich gutachterlich präsentiert werden.

Mischformen dieser beiden Hauptgruppen können in unterschiedlicher Gestalt auftreten. Oft wird mit kleinen Vorträgen begonnen und im Anschluss in eine Falllösung übergegangen. Denkbar ist auch die besprochene Dogmatik direkt in einem (kürzeren) Fall anzuwenden und so das Gehörte zu trainieren. Der wöchentliche Vorbereitungsaufwand fällt für alle Beteiligten aufgrund der pluralistischen Organisation dieses Typus jedoch meist höher aus, wobei dies auch als Preis für die kombinierten Vorteile gesehen werden kann.

V. Die Versiegelung

Alle vier Säulen kommen aber nicht zum Stützen, wenn sie nicht zusammengehalten und »gewartet« werden. Zeiten der Regeneration und des Ausgleichs sind wichtig, um die Substanz der Säulen zu erhalten und sie zu versiegeln. So sollte darauf geachtet werden, dass es auch einzelne (wöchentlich) freie Tage und längere Erholungsphasen in Form von Urlaub gibt. Aber auch der regelmäßige Aus-

¹⁷ Es wurde nachgewiesen, dass die Teilnahme an Examensklausurenkursen im Zusammenhang mit anderen Möglichkeiten der gängigen Examensvorbereitung die Leistungen im Examen verbessert hat, siehe hierzu *Twofigh/Traxler/Glückner*, Zur Benotung in der Examensvorbereitung und im ersten Examen, ZDRW 2014, 8 (11 ff.).

¹⁸ Eine detaillierte Darstellung zum Erstellen von Lösungsskizzen enthält z.B. *Möllers*, Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten, 10. Aufl. (2021), § 2 Rn. 10 ff.

¹⁹ Das Einstiegen in den Klausurenkurs direkt zu Beginn der Vorbereitung wird dennoch empfohlen. Dadurch kann man früh das Verarbeiten des materiellen Wissens in die Klausuren üben und an seinem Zeitmanagement und Problembewusstsein arbeiten.

²⁰ Eine umfangreiche Darstellung zu organisierten Arbeitsgemeinschaften findet sich bei *Lange* (Fn. 11), S. 307 ff.

²¹ Die Notwendigkeit von Absprachen betonen auch *Deppner/Feihle/Lehner/Röhmer/Wapler* (Fn. 14), S. 50 f.

gleich durch soziale Kontakte oder Freizeitaktivitäten wie Sport sollte nicht unterschätzt werden, um den Zusammenhalt der Säulen zu gewährleisten.²² Diese sorgen dafür, dass die Motivation²³ in der Examensvorbereitung nicht verloren geht: Ohne sie ist es unmöglich, sich die juristische Materie effektiv zu erarbeiten und produktiv das Wissen aufzubauen. Deswegen sollte auf Motivationssteigerer und -aufrechterhalter in der Vorbereitung geachtet werden, die den mit hoher Wahrscheinlichkeit eintretenden Lernfrust auffangen. Wie diese Motivierung aussieht, ist wie vieles in der entscheidenden Phase vor dem Examen eine Frage der persönlichen Präferenzen. Ohne Aufrechterhaltung der psychischen Gesundheit bröckeln die Säulen der Examensvorbereitung. Der »Mörtel« in Form von Freizeit, Ausgleich und Urlaub hält nicht nur die einzelnen Pfeiler zusammen, sondern dient auch der psychischen Gesundheit. Auf sich und sein eigenes Wohlbefinden zu achten, ist unerlässlich für eine erfolgreiche Examensvorbereitung.

D. Fazit

Die Errichtung der Säulen, die die Erste Pflichtfachprüfung tragen, ist nicht immer einfach. Nur durch stetige (Mit-)arbeit kann den Säulen auch die notwendige Substanz verliehen werden, um dieses Dach zu stützen. Dies erreicht man vor allem dadurch, dass dem Arbeitstag Struktur verliehen wird. Nur durch einen geplanten Tagesablauf schafft man den geraden Bau der Stützen.

Für den Aufbau gibt es aber nicht nur eine Anleitung: Die Examensvorbereitung ist immer individuell. Dabei kann man mit der Konstruktion aller vier Säulen zum Ziel kommen. Je ausgeprägter die einzelnen Pfeiler sind, desto stabiler wird der ganze Bau: Lerneffekt und Wissen können maximiert werden, wenn man seinen persönlichen Stützpfiler der Ersten Juristischen Prüfung findet.

²² Umfangreichere Informationen zu Pausen z.B. *Deppner/Feihle/Lehnert/Röhner/Wapler* (Fn. 14), S. 102 f.; *Lange* (Fn. 11), S. 374 f.; *Scraback* (Fn. 5), 1409 (1411) und zum Ausgleich z.B. bei *Lemmerz/Bienert* (Fn. 2), 335 (340); *Sanders/Dauner-Lieb*, (Fn. 3), 380 (384).

²³ Zur Konzentration und Motivation siehe die Auswertung von *Sanders/Dauner-Lieb* (Fn. 3), 380 (384).

StuDi Vorstellung

Prof. Dr. Philipp M. Reuß, MJur (Oxford)*

Professorenvorstellung

Als neu berufener Professor für Bürgerliches Recht stellt sich Prof. Dr. Philipp M. Reuß, MJur (Oxford) den Studierenden und Mitarbeitenden der Juristischen Fakultät Göttingen vor.

Seit 1. April 2021 habe ich an der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen eine Professur für Bürgerliches Recht inne und verstärke dort das Institut für Privat- und Prozessrecht. Ich habe mich über den Ruf aus Göttingen sehr gefreut und bin diesem sehr gerne gefolgt, denn: Göttingen ist für mich kein vollkommenes Neuland. Meine akademische Lehrerin, *Dagmar Coester-Waltjen*, wirkte hier von 2008 bis zu ihrer Emeritierung im Jahre 2012 als Direktorin des Lichtenberg-Kollegs und auch ihr Mann, *Michael Coester*, war Professor an der Göttinger Fakultät (1983-1994). Darüber hinaus habe ich unter den neuen Kollegen auch einige gute Bekannte meiner Münchener Studien- und Assistentenzeit wiedergefunden, was mich außerordentlich freut.

Meine Forschungsschwerpunkte liegen im Bürgerlichen Recht, dem Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht, der Rechtsvergleichung, dem Europarecht und dem Familienrecht. Entwickelt hat sich meine Begeisterung für diese Materien letztlich in meiner »akademischen Nachwuchszeit«, die ich am Institut für Internationales Recht – Rechtsvergleichung der LMU München bei meiner akademischen Lehrerin *Dagmar Coester-Waltjen*, bei *Horst Eidenmüller*, bei meinem »akademischen Pflegevater« *Stephan Lorenz* sowie am europarechtlichen Lehrstuhl von *Rudolf Streinß* verbringen durfte. Mein Studium und Referendariat habe ich in München und Oxford verbracht. Auch meine Qualifikationsarbeiten sind, mit Ausnahme eines Forschungsaufenthalts in Utrecht, Niederlande, dort entstanden. Meine internationalverfahrensrechtliche Dissertation (erschien 2011) zum Thema »*Forum Shopping*« in der *Insolvenz – missbräuchliche Dimension der Wahrnehmung unionsrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten* behandelt das wirtschaftsrechtliche Phänomen des grenzüberschreitenden Insolvenztourismus, der über die Veränderung von Anknüpfungstatsachen die Herbeiführung eines für den Schuldner bzw. für hinter dem Schuldner stehende Großgläubiger günstigeren Insolvenzforums und -rechts erstrebt. Meine 2018 erschienene Habilitationsschrift mit dem Titel *Theorie eines Elternschaftsrechts* erarbeitet demgegenüber im familienrechtlichen Kontext die normativen Kriterien eines modernen Systems der rechtlichen Eltern-Kind-Zuordnung. Die Arbeit ist rechtsvergleichend und darüber hinaus interdisziplinär angelegt und ist – ein wenig Glück ist stets dabei – zu einer Zeit erschienen, in der der Gesetz-



Prof. Dr. Philipp M. Reuß, MJur (Oxford)

geber eingehend und mit Nachdruck über eine Reform des geltenden Abstammungsrechts nachdenkt. Abstammungsrechtlichen Themen widme ich mich darüber hinaus in meinem Blog www.abstammungsrecht.eu. Ferner betreibe ich einen YouTube-Kanal (der zivilrechtskanal), auf dem alle möglichen Informationen rund um das Zivilrecht (Interviews, Podcasts von Lehrveranstaltungen, Livestreams von Konferenzen etc.) zu finden sind.

In Göttingen werde ich diese Forschungsfelder mit großem Interesse weiterverfolgen. Dass Göttingen mit seinem Schwerpunkt im Familienrecht einen besonders fruchtbaren Boden für meine Forschungsvorhaben bereithält, finde ich hervorragend. Ich freue mich schon sehr auf die Zusammenarbeit mit meinen Kolleginnen und Kollegen, die sicherlich sehr ertragreich werden wird. Ferner plane ich, einen neuen Forschungsschwerpunkt zur Digitalisierung des Zivilverfahrensrechts zu etablieren. Bereits seit einiger Zeit und durch die Corona-Pandemie beschleunigt, wird verstärkt über Digitalisierungslösungen im Zivilverfahrensrecht diskutiert (z.B. Verhandlung durch Videokonferenz, digitale Beweisaufnahme, digitale Kommunikation mit dem Gericht, digitale Zustellung von Dokumenten, reine Online-Verfahren etc.). Im Sommersemester 2021 werden daher vier Kolloquien zu diesem Thema in Göttingen stattfinden, die als Auftakt einer Veranstaltungsserie den gegenwärtigen

* Prof. Dr. Philipp M. Reuß, MJur (Oxford) ist seit dem Sommersemester 2020 Professor für Bürgerliches Recht am Institut für Privat- und Prozessrecht an der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen.

Reformprozess im deutschen und internationalen Zivilprozessrecht begleiten werden.

Große Begeisterung habe ich darüber hinaus für die Lehre. In den vergangenen Semestern durfte ich an der Universität Bonn insbesondere im Bereich der großen Anfängervorlesungen mit Veranstaltungen zum BGB AT und SchuldR II sehr spannende Veranstaltungen übernehmen, die mir sehr viel Spaß bereitet haben. Aber auch im Hauptstudium (IPR, Erbrecht, Übung BGB) und in der Examensvorbereitung (Examensklausurenkurs) durfte ich in Bonn bereits tätig werden. Besonderen Reiz haben für mich darüber hinaus die Seminare. Diese lassen es zu, neben dem bloßen Erlernen der *lex lata* besonders eingehend über Hintergründe und systematische Zusammenhänge gesetzlicher Regelungen nachzudenken, Schwachstellen und Verbesserungsmöglichkeiten des geltenden Rechts zu diskutieren und alternative Lösungsmodelle evaluierend zu betrachten. Besonders schätze ich hierbei das große Interesse der Studierenden und die offene Diskussionskultur, die in meinen Veranstaltungen bislang geherrscht hat. Ich habe dies als sehr bereichernd empfunden und freue mich bereits jetzt auf die Veranstaltungen im Sommersemester.

Ich freue mich sehr, dass ich mit der Göttinger Fakultät eine so anregende neue akademische Heimat gefunden habe und freue mich auf die gemeinsame Zeit.

Aktuelles Bericht

Timo Marcel Albrecht, Christian Magaard und Jakob Schünemann

70 Jahre Bundesverfassungsgericht – Verfassungsgerichtsbarkeit auf dem Prüfstand

Bericht zur Veranstaltung aus der Reihe »Recht interdisziplinär«

Die Gründung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) jährte sich 2021 zum siebzigsten Mal. Seit das Gericht am 7. September 1951 seine Arbeit aufnahm, boten seine runden Geburtstage immer schon Gelegenheit zur rechtswissenschaftlichen Reflexion über den Jubilar.¹ Aber dem Studium der Verfassungsgerichtsbarkeit, deren Natur zwischen rechtlicher Dezision und politischer Gestaltung zu verorten ist, verleiht gerade die interdisziplinäre Perspektive einen besonderen Reiz. Das 70-jährige Bestehen des BVerfG gab deshalb Anlass zur dritten Ausgabe von »Recht interdisziplinär«, der Veranstaltungsreihe der Göttinger Rechtszeitschrift und des Alumnivereins der Studienstiftung des deutschen Volkes. In »Recht interdisziplinär« kommen Rechtswissenschaftler:innen mit Fachleuten anderer Disziplinen über gesellschaftlich relevante juristische Themen ins Gespräch.²

Vor diesem Hintergrund waren am Abend des 3. November 2021 vier Gäste zu unserer moderierten digitalen Podiumsdiskussion eingeladen. Aus der Verfassungsrichterschaft nahmen der Göttinger Völkerrechtler Prof. Dr. *Andreas Paulus* und der Berliner *Doyen* der Verfassungsrechtswissenschaft Prof. Dr. Dr. h.c. mult. *Dieter Grimm*, LL.M. (Harvard), teil. *Grimm* ist u.a. auch Ehrendoktor der Juristischen Fakultät Göttingen und hat jüngst sein vielbeachtetes Buch »Verfassungsgerichtsbarkeit« veröffentlicht.³ Um eine politische Perspektive auf das BVerfG bereicherte die Diskussion die ehemalige Bundesjustizministerin *Sabine Leutheusser-Schnarrenberger*. Außerdem brachte Dr. *Thomas Darnstädt*, Autor des Buches »Verschlussache Karlsruhe«⁴ und freier Mitarbeiter des Magazins *Der Spiegel*, einen journalistischen und rechtshistorischen Blickwinkel ein. Die Moderation des Abends führte die Göttinger Verfassungsrechtlerin PD Dr. *Sina Fontana*. Eine Aufzeichnung der knapp zweistündigen Diskussion ist online abrufbar.⁵

¹ Vgl. zuletzt *Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger*, Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht (2011).

² Vgl. auch die Veranstaltungsberichte *Albrecht/Magaard/Schünemann*, Beschleunigter Stillstand – Gesetze einer Pandemie, GRZ 2020, 201 f.; *dies.*, Macht Recht ungleich? – Wie das Recht Vermögen schafft und verteilt, GRZ 2021, 91 ff.

³ *Grimm*, Verfassungsgerichtsbarkeit (2021).

⁴ *Darnstädt*, Verschlussache Karlsruhe. Die internen Akten des Bundesverfassungsgerichts (2018).

⁵ Diese findet sich unter

<https://www.youtube.com/watch?v=TZFWaUQ7DTQ>.



Zu Beginn schilderten die Teilnehmenden einige persönliche Eindrücke zur und Perspektiven auf die Geschichte des Bundesverfassungsgerichts. Die Diskussion entwickelte sich v.a. entlang der drei nachfolgend genannten Bereiche (A.–C.).

A. Persönliche Perspektiven auf 70 Jahre BVerfG

Leutheusser-Schnarrenberger betonte in ihrer persönlichen Rückschau die Bedeutung der hohen Wertschätzung der Bevölkerung gegenüber dem BVerfG. Und tatsächlich bringen Umfragen zufolge rund 80 % der Deutschen dieser Institution großes oder sehr großes Vertrauen entgegen – mehr als jedem anderen Verfassungsorgan und deutlich mehr als etwa dem Bundestag. Ähnlich hohe Werte erzielt nur der Bundespräsident.⁶ Dieses Vertrauen erklärte *Leutheusser-Schnarrenberger* u.a. damit, dass das Gericht als unabhängig sowie mit hohem Sachverstand ausgestattet wahrgenommen werde und es zudem frei von »partei-politischem Gezänk« quasi als »Schiedsrichter« recht konsensual entscheide. Im Gegensatz dazu stehe die Parlamentsmehrheit in einem funktionalen Interessenkonflikt mit dem BVerfG, insbesondere wenn letzteres als Korrektiv in solchen Fragen auftritt, die auch für das Wahlvolk von besonderer Bedeutung sind. Aus ihrer ersten Amtszeit als Bundesjustizministerin seien ihr insoweit besonders die gesellschaftlich kontrovers diskutierten BVerfG-Beschlüsse *Kruzifix* (BVerfGE 93, 1) und *Soldaten sind Mörder* (1 BvR 1423/92 und BVerfGE 93, 266) aus den Jahren 1994 und 1995 in Erinnerung. Be-

⁶ Ausführlicher zum BVerfG als »Liebling der Öffentlichkeit« (S. 25) und m.w.N. *Rath*, Die öffentliche Wahrnehmung des Bundesverfassungsgerichts, APuZ 37/2021: Herrschaft des Rechts, 25 ff.

merkenswert sei nach der *Kruzifix*-Entscheidung zudem gewesen, dass es (was sehr selten vorkomme) eine große und kontroverse Aussprache des Bundestags zu einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung gegeben hat.⁷ In der Regel aber handle es sich bei den politischen Reaktionen meist nur um temporäre Aufwallungen, deren Wirkung sich recht schnell wieder verflüchtige. Auch die gesellschaftliche Akzeptanz des BVerfG habe durch diese Beschlüsse Mitte der 1990er-Jahre zwar gelitten, sich in den Folgejahren aber wieder auf dem gewohnt hohen Niveau eingespielt.

Für *Darnstädt* liegt die Faszination für das BVerfG in dessen Bedeutung für die Entwicklung und Stabilisierung der bundesrepublikanischen Demokratie während der Nachkriegszeit begründet. Obwohl sich auch nach 1945 Anhänger der NS-Diktatur und viele NS-Belastete in ministeriellen sowie politischen Leitungsfunktionen befanden, habe insbesondere das BVerfG dem Grundgesetz zur normativen Entfaltung verholfen und notwendige Grundlagen für eine werteorientierte Demokratie geschaffen. Als eine der wichtigsten Weichenstellungen in dieser Entwicklung hob *Darnstädt* unter den frühen Entscheidungen des BVerfG – wie auch *Grimm* – das *Lüth*-Urteil von 1957 (BVerfGE 7, 198) hervor. Großes Interesse hätte er als Journalist auch an den Gerichtsakten des *Spiegel*-Urteils von 1962 (BVerfGE 20, 162), weil sich in dieser Entscheidung die gegenläufigen Interessen der freien Presse einerseits sowie der Sicherheit des Staates andererseits in fundamentaler und richtungsweisender Weise gegenüberstanden. Die entsprechende Verfassungsbeschwerde hat der Senat wegen Stimmgleichheit letztlich abgewiesen – angeblich nach Handgreiflichkeiten innerhalb der Richterschaft, so *Darnstädt* bezugnehmend auf Informationen des *Spiegel*-Magazins.

Eine theoretischeren Blickwinkel einnehmend, skizzierte *Grimm* den Hintergrund seines besonderen Interesses an der Einordnung des BVerfG zwischen einem juristischen und politischen Organ – die Kernfrage der Verfassungsgerichtsbarkeit schlechthin. Denn wäre ein Verfassungsgericht ein politisches Organ, so wäre es kaum plausibel, die Fragen nicht abschließend in parlamentarischen Gremien, sondern von acht Richterinnen und Richtern entscheiden zu lassen. In seinem Buch »Verfassungsgerichtsbarkeit« habe er diese Abgrenzung in dreierlei Kriterien aufgeschlüsselt: Gegenstände der Verfassungsgerichtsbarkeit seien immer politisch. Gleiches gelte für die Wirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen. Erst an dritter Stelle, nämlich der Anwendung von Verfassungsnormen auf den Einzelfall, zeige sich, inwieweit ein Verfassungsgericht juristisch oder politisch agiert.

⁷ Bis heute ist der *Kruzifix*-Beschluss wohl die Verfassungsgerichtsentscheidung, die die stärksten öffentlichen Proteste (etwa in Form mehrerer zehntausend Menschen auf Protestmärschen) hervorgerufen hat; der damalige bayerische Ministerpräsident *Edmund Stoiber* meinte etwa, er *respektiere* die Entscheidung zwar, aber *akzeptiere* sie nicht, vgl. insgesamt *Vorländer*, *Regiert Karlsruhe mit? Das Bundesverfassungsgericht zwischen Recht und Politik*, APuZ 35-36/2011: Bundesverfassungsgericht, 15 ff.

Paulus blickte eingangs auf seine zwölfjährige Amtszeit als Richter am BVerfG zurück, die im kommenden Frühjahr enden wird. Besonders prägend seien währenddessen die Vielfalt der Rechtsgebiete in seinem Dezernat gewesen, die er plastisch als von der Kunstfreiheit bis zum geistigen Eigentum und vom Abgabenrecht bis zum Urheberrecht reichend umschrieb. Mit Blick auf vorherige Judikate stehe man »auf der Schulter von Riesen«, was für ihn als Richter eine besondere Demut und Verantwortung mit sich bringe. Immer wieder sei aber auch erforderlich, gefestigte Rechtsprechungslinien in die moderne Welt zu übersetzen. Seine ersten Berührungspunkte mit dem BVerfG habe *Paulus* schon in der Schulbibliothek gehabt. Als prägend für seine Amtszeit hob er die Internationalisierung und Europäisierung hervor – Entwicklungen, die auch heute weitergingen, wie nicht zuletzt die Beschlüsse *Klimaschutz* (1 BvR 2656/18, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20, 1 BvR 288/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20) sowie *Recht auf Vergessen I* und *II* (BVerfGE 152, 152 und 216) zeigten, an denen er als Richter mitgewirkt hatte.⁸ *Paulus* betonte ferner den Dialogcharakter von gerichtlicher Europäisierung: Sowohl die nationalstaatlichen Gerichte als auch die europäische Ebene müssten wechselseitig aufeinander Bezug nehmen – zu einer Einbahnstraße dürfe es nicht kommen. Dass dies mitunter zu Reibungen führe, sei ein ganz normaler und erwartbarer Vorgang. Daraufhin ergänzte *Grimm*, dass zu seiner Amtszeit Fälle mit europarechtlichem Einschlag etwa alle drei Jahre vorkamen, heute dagegen wahrscheinlich eher alle drei Wochen. Diese Tendenz bestätigte *Paulus*, doch sei nach *Recht auf Vergessen II* wider Erwarten kein extremer Anstieg der Verfassungsbeschwerden erfolgt. Die Inhalte hätten sich internationalisiert, aber die Rechtsgemeinschaft sei wohl in der Breite nicht dazu in der Lage, dem Weg zu folgen, den der Erste Senat durch die Erweiterung des Prüfungsmaßstabs des BVerfG auf die EU-Grundrechte eröffnet hat. Mit Blick u.a. auf das *PSPP*-Urteil (BVerfGE 154, 17) sowie das nachfolgend von der EU-Kommission gegenüber Deutschland eingeleitete Vertragsverletzungsverfahren⁹ und auch die Entscheidung zur dritten geschlechtlichen Option (BVerfGE 147, 1) merkte *Paulus* schließlich noch an, dass das BVerfG die Folgen seiner Entscheidungen zumeist nicht selbst in der Hand habe.

B. Gericht und Gesellschaft

Ausgehend von *Paulus'* Eingangsworten entwickelte sich eine Debatte über die gesellschaftlichen Auswirkungen von Entscheidungen des BVerfG und deren Rezeption durch die Öffentlichkeit. *Darnstädt* beobachtet über die gesamte jüngere Geschichte hinweg ein Potenzial von

⁸ Vgl. zur didaktischen Aufarbeitung von *Recht auf Vergessen I* und *II* *Magaard*, *Recht auf Vergessen I und II – Eine Frage der Gestaltungsmacht*, <https://doi.org/10.3249/ugoe-publ-5> (letzter Zugriff 12.11.2021).

⁹ *Grimm* und *Leutheusser-Schnarrenberger* hoben dabei eine gewisse Parallele zur *Solange-I*-Entscheidung des BVerfG hervor, nach der ebenfalls ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland eingeleitet wurde, das aber im Sande verlaufen sei. Ähnliches prognostizierten beide auch für das derzeit angestrebte Verfahren, insbesondere da die von Karlsruhe eingeforderten Begründungen nun nachgereicht worden seien.

Missverständnissen und (teils auch bewussten) Fehldeutungen solcher Entscheidungen. Eklatant sei dies bei *Soldaten sind Mörder* und *Kruzifix* aufgefallen (die *Grimm* mitentschieden hat). Aber auch seither zeige sich, dass die öffentliche Auseinandersetzung teilweise (mitunter bewusst) an den Inhalten der Entscheidungen vorbeigehe. Die in den 1990er-Jahren unter der Gerichtspräsidentin *Jutta Limbach* eingeführte Pressestelle habe dieses Defizit trotz der sprachlichen Präzision und mitunter Eleganz der Gerichtsentscheidungen nicht beheben können. Für *Darnstädt* sei daher fraglich, ob die Urteilsbegründungen noch ihren Zweck erfüllten, die Verfassungslage zu klären und politische Konflikte zu schlichten. *Leutheusser-Schnarrenberger* hob dagegen hervor, dass die Öffentlichkeitsarbeit des Gerichts deutlich professioneller geworden sei (nicht nur bzgl. seines neuen Instagram-Accounts) und sich heutige Urteilsbegründungen insgesamt wesentlich besser verstehen ließen als zuvor. Dazu verwies sie auf das Urteil von 2020 zum *Recht auf selbstbestimmtes Sterben* (BVerfGE 153, 182), dessen öffentliche Debatte sich auf die Folgerungen aus dem Urteil bezog, aber nicht den Inhalt der Entscheidung fehldeutete. In Replik auf *Darnstädt* hielt *Grimm* es für eine Illusion, dass das breite Publikum die Urteilsgründe lese. Außerdem habe sich manche gesellschaftliche Debatte infolge eines Urteils verselbstständigt und verliere die Urteilsgründe aus dem Fokus, was man als Gericht allerdings nur schwer steuern oder gar verhindern könne. Denn der Zweck eines Urteils liege nun einmal primär darin, den konkret vorliegenden Fall zu entscheiden und Fachgerichten Maßstäbe an die Hand zu geben. Trotzdem habe *Grimm* selbst in besonders kontroversen Entscheidungen immer versucht, der Entscheidungsbegründung ein oder zwei Sätze hinzuzufügen, um die Entscheidung speziell für die Berichterstattung verständlich zu machen. *Paulus* bestätigte diese Praxis und hob hervor, dass die Pressemitteilungen stets mit besonderer Sorgfalt (und zunehmend teils auch auf Englisch und Französisch) geschrieben würden, nicht zuletzt durch den jeweiligen richterlichen Berichtersteller und zusätzlich den Senatsvorsitzenden. Er ergänzte, dass selbst manche Staatsrechtslehrer die Entscheidungen angesichts ihres teils erheblichen Umfangs wohl nicht mehr vollständig im Original lesen würden, sondern nur in die Pressemitteilung schauten. Daraufhin ergänzte *Darnstädt*, dass eine Pressemitteilung trotz des von ihm auch anerkannten Bemühens um Verständlichkeit nie besser sein könne als das Urteil. Aber schon im Jura-Studium habe ihn irritiert, dass manche Urteile des BVerfG nicht widerspruchsfrei seien und oftmals einen klaren Argumentationsstrang vermissen ließen. Natürlich stellten viele Urteile Kompromissurteile dar, was *Paulus* bestätigen konnte. Aber wenn, so *Darnstädt*, dadurch die Stringenz einer Urteilsbegründung leidet, sinke das allgemeine Verständnis in der Bevölkerung für die Urteile. Ein Beispiel sei ihm zufolge der *Klimaschutz*-Beschluss. Dagegen hielt *Paulus* letzteren gerade nicht für ein geeignetes Beispiel für *Darnstädt*'s These. Denn der einstimmig getroffene Beschluss habe eine klare Struktur und differenziere beispielsweise stringent zwischen der zurückhaltenderen Prüfung der Schutzpflichten und der intertemporalen Freiheitssicherung.

C. Sondervoten und Abstimmungsergebnisse

Aus einer Publikumsfrage heraus entstand sodann ein zweiter Schwerpunkt der Debatte, nämlich zur Natur, Bedeutung und dem Hintergrund von Sondervoten im Bundesverfassungsgericht sowie zur Veröffentlichung der Abstimmungsverhältnisse. Einleitend beschrieb *Grimm*, dass Sondervoten am BVerfG eher die Ausnahme seien, anders als etwa am US Supreme Court. Wann man ein Sondervotum verfasse, richte sich nach sehr individuellen Kriterien. Ein Sondervotum sei eine persönliche Entscheidung, und man schreibe sie primär »für sich«. Er selbst habe als Richter Sondervoten nur dann geschrieben, wenn er fundamental anderer Auffassung als die Richtermehrheit war.¹⁰ Manche Richter hätten in ihrer Amtszeit aber kein einziges Sondervotum verfasst, andere hingegen umso mehr – dies werde also sehr unterschiedlich gehandhabt. Interessant sei außerdem der persönlichere Argumentationseinschlag von Sondervoten. Nach *Grimm* unterscheiden sie sich in Stil und Duktus von Mehrheitsvoten, weil Sondervoten schlichtweg nicht konsensorientiert gefasst sind und in ihnen die einzelne Richterpersönlichkeit viel stärker hervortrete. Auch die Mitteilung des Abstimmungsergebnisses, egal ob einstimmig oder nicht, könne im Einzelfall eine zerstrittene Gesellschaft befrieden. Es werde deutlich, dass das Gericht den Dissens der Gesellschaft entweder abbildet oder ihn als Hüter der Verfassung einmütig löst. Ein System dahinter, wann ein Abstimmungsergebnis veröffentlicht wird, habe *Grimm* aber nie erkannt.¹¹ Daraufhin warf *Leutheusser-Schnarrenberger* die Frage auf, wie man eigentlich im Kollegenkreis angesehen werde, wenn man Sondervoten schreibt. Mit Blick etwa auf die abweichende Meinung *Winfried Hassemers* zum Inzest-Beschluss aus dem Jahre 2008 (BVerfGE 120, 224) habe sie wahrgenommen, dass diese trotz ihres diametralen Gegensatzes zur Senatsmehrheit und der Mehrheitsmeinung der Bevölkerung jedenfalls in der Öffentlichkeit als souverän, gut begründet und respektabel angesehen wurde. Das Vertrauen in die Kompetenz des Gerichts habe dieses Beispiel offenbar gestärkt. *Paulus* zufolge seien Sondervoten gerade bei dogmatischen Weggabelungen des Gerichts und bei grundsätzlichen Meinungsverschiedenheiten auch im Richterkollegium anerkannt, auch wenn sie insgesamt eher die Ausnahme bleiben sollten.¹² Es schade der Außenwahrnehmung des Gerichts, wenn es durch zu viele Sondervoten zerstritten wirke und wenn Entscheidungen mit immer den gleichen (ggf. parteipolitischen) Mehrheitsverhältnissen getroffen würden. Wenn durch einzelne Sondervoten die Pluralität auch innerhalb des Gerichts erkennbar wird, sei das jedoch auch bislang nicht schädlich gewesen. Generell gelte, dass die Richtermehrheit den das Sondervotum verfassenden Kolleginnen und Kollegen eher wohlgesonnen

¹⁰ Vgl. BVerfGE 80, 137 (163 ff.) – *Reiten im Walde*; und zusammen mit *Thomas Dieterich* und *Jürgen Kühling* in BVerfGE 81, 29 (34 ff.) – *Ferienwohnungen*.

¹¹ Dazu vgl. *Klatt*, Das Sondervotum beim Bundesverfassungsgericht, 2022 (im Erscheinen).

¹² Vgl. die Sondervoten von *Paulus* in BVerfGE 136, 9 – *ZDF-Staatsvertrag*; BVerfGE 138, 261 *Thüringisches Ladenöffnungsgesetz* und BVerfGE 146, 71 – *Tarifreinheitsgesetz*.

bleibe, wenn diese die Intervention des Gerichts für nicht weit genug gehend hielten. Wichtig sei bei gesetzlicher Einführung der Möglichkeit eines Sondervotums im Jahr 1970 gewesen, parallel die Wiederwahloption für Richter abzuschaffen, da sonst das Risiko bestanden hätte, dass sich diese für die anvisierte Wiederwahl parteipolitisch gewissermaßen in Szene setzen. *Paulus* charakterisierte das Sondervotum auch als prinzipiellen Ausdruck einer Niederlage. Deshalb liege oft näher, statt eines Sondervotums noch ein paar ausgleichende Sätze in das Votum der Mehrheit einzufügen. Dazu ergänzte *Darnstädt*, dass Sondervoten auch die Glaubwürdigkeit des BVerfG verstärken könnten. Als Beispiel nannte er das Sondervotum von *Wiltraut Rupp-von Brünneck* und *Helmut Simon* zu *Schwangerschaftsabbruch I* von 1974 (BVerfGE 39, 1 (68 ff.)). Sondervoten spiegelten auch wider, dass die Demokratie insgesamt von der Offenheit des Prozesses bzw. der Auseinandersetzung lebe und Entscheidungen gerade nicht bereits *ex ante* feststünden. Dieses Sichtbarmachen und Transparentwerden des intensiven Ringens um eine Entscheidung habe die Akzeptabilität der Gerichtsentscheidungen aus seiner Sicht stark gesteigert. Dem entgegnete *Grimm*, dass die unterlegene Position Sondervoten mitunter auch gezielt als schwächende Uneinigkeit innerhalb des Gerichts auslege – beide Sichtweisen seien also zu beobachten. Dieses Risiko der Instrumentalisierung als Zerstrittenheit bestätigte *Leutheusser-Schnarrenberger* mit Blick auf Teile der Politik. Demgegenüber hob *Paulus* hervor, dass eine richterliche Einstimmigkeit der Politik signalisieren könnte, dass auch die Neubesetzung eines Richterstuhls die Abstimmungsverhältnisse nicht verändern würde. Auch mit dem jeweils anderen Senat müsse möglichst eine Übereinstimmung vorliegen, da sich die Zuständigkeiten der Senate heutzutage zunehmend überschneiden. *Grimm* wies ergänzend unter Bezugnahme einzelner Beispiele darauf hin, dass die in früheren Minderheitsvoten geäußerten Auffassungen später mitunter doch Mehrheitsmeinung des Gerichts wurden (sogar bei gleicher personeller Besetzung), Sondervoten also eine potenziell dynamische und ggf. veränderliche Rechtsprechungsentwicklung anzeigen könnten. *Paulus* zufolge haben Einheitsvoten in bestimmten gesellschaftlichen Situationen bzw. zu bestimmten Zeiten zudem auch einen besonderen Wert. Eine solche Situation erkannte *Paulus* gegenwärtig in einer Periode der gesellschaftlichen Zerfaserung, wie sie *Reckwitz* als »Gesellschaft der Singularitäten«¹³ beschreibt. Wenn ein Verfassungsgericht durch Einheitsvoten zum Ausdruck bringe, dass ausgehend von verschiedenen gesellschaftlichen Grundannahmen bestimmte Werte und Grundlagen konsentiert sind, ließen sich gesellschaftliche Differenzen im Sinne einer gewissen Befriedigungsfunktion mitunter überbrücken.



Von links nach rechts: *Darnstädt*, *Leutheusser-Schnarrenberger*, *Fontana*, *Grimm*, *Paulus*.

D. Karlsruhe als Ersatzgesetzgeber – *gouvernement des juges*?

Als dritte Grundthematik stellte Moderatorin *Fontana* das Verhältnis des BVerfG zum Gesetzgeber vor. Fraglich sei, ob das Gericht in letzter Zeit zunehmend als Ersatzgesetzgeber aufgetreten ist – eine oftmals gerade aus der Politik selbst und von der Politikwissenschaft vorgebrachte These. *Grimm* zufolge steigere sich mit jeder grundrechtlichen Schutzbereichsausdehnung und Maßstabausweitung wegen der für die konkrete Auslegung notwendigen richterlichen Interpretation auch die Bedeutung des BVerfG im demokratischen Prozess. Aber eine scharfe Grenze zwischen zulässiger Auslegung und anmaßender Kompetenzverschiebung bzw. Verfassungsänderung zu ziehen, sei – so die Grundproblematik der Debatte – fast unmöglich. Je nach politischer Perspektive sei der Vorwurf einer übergriffigen Intervention vorgezeichnet, weshalb seiner Auffassung nach der Diskussion um die *gouvernement des juges* und *judicial activism* stets auch etwas Beliebiges anhafte. Immer wieder werde dann der *judicial self-restraint* eingefordert. Aber dieser Begriff sei nicht mehr als ein Appell an die Richterschaft im Sinne eines Berufsethos und eben keine durchsetzbare Norm. *Leutheusser-Schnarrenberger* bestätigte, dass die parlamentarische Mehrheit teilweise mit Argusaugen auf die Ausweitung der Prüfungsmaßstäbe des BVerfG schaue. Gerade Anfang der 1990er-Jahre sei der Ruf aus der Politik hörbar gewesen, die richterliche Rechtsfortbildung einzudämmen und gesetzgeberische Gegenmaßnahmen einzuleiten. Andererseits verwies sie auf die Auffassung in Teilen der Politik, dass mit einer richterlichen Reaktion aus Karlsruhe immer erst mit erheblicher Verzögerung zu rechnen sei und man daher erst einmal ohne erwartbare Hindernisse vorangehen könne. *Wolfgang Schäuble* spreche – ähnlich wie sein Amtsvorgänger als Präsident des Deutschen Bundestags *Norbert Lammert* – gelegentlich gar von einer Art »Angriff aus Karlsruhe«, was *Grimm* zu bestätigen wusste. Diesen politischen Vorwurf übertrug *Darnstädt* in die Rechtswissenschaft und prangerte an, dass das BVerfG den Gesetzgeber in letzter Zeit zunehmend zu einer Verantwortung verpflichte, etwa in der europäischen Integration und in der Haushaltspolitik. Wem gegenüber diese Verantwortung bestehe und inwieweit der Bundestag sie ausfüllen könne, bleibe manchmal allerdings unklar. Ein solches »Pflichtenheft« des Gesetzgebers las *Darnstädt* auch im *Klimaschutz-Beschluss*. *Paulus* indes hielt den *Klimaschutz-Beschluss* auch hier als Beispiel für verfehlt, weil die Ver-

¹³ *Reckwitz*, Die Gesellschaft der Singularitäten: Zum Strukturwandel der Moderne (2017).

antwortung des Gesetzgebers in diesem Fall nicht das Gericht selbst konstruiert habe. Vielmehr ergebe sie sich unmittelbar aus Art. 20a GG als Staatszielbestimmung, an die der Erste Senat seine Argumentation geknüpft habe. Auch sei der *Klimaschutz*-Beschluss gerade kein gutes Beispiel für eine *gouvernement des juges*, sondern vielmehr für deren Gegenteil, da Karlsruhe die Entscheidung über die konkrete Budgetierung von Emissionsmengen gerade an die Politik zurückgespielt habe. Wichtig sei in grundsätzlicher Hinsicht zu betonen, dass die verfassungsgerichtliche Entscheidungs*methode* eine juristische sein müsse, wohingegen der Entscheidung*inhalt* naturgemäß ein politischer sei. Im Übrigen aber äußerte sich *Paulus* ähnlich wie *Darnstädt* skeptisch demgegenüber, neue Verantwortungs- und Beobachtungspflichten des Gesetzgebers zu statuieren, wenn unklar ist, wer überhaupt beobachten soll und ob etwa der Bundestag dafür überhaupt ausreichende Ressourcen hat. *Grimm* ergänzte, dass ein Verfassungsgericht sich davor hüten sollte, dem Gesetzgeber *konkrete* Handlungsanweisungen für zukünftige Gesetze zu geben. Aus der politischen Praxis monierte *Leutheusser-Schnarrenberger*, dass manche Gesetze tatsächlich wortwörtlich Urteilsbegründungen übernehmen. Gerade im Bereich der Sicherheits- und Innenpolitik würden Gesetze aus Schwermut an den Wortlaut von BVerfG-Judikaten angepasst – mitunter auch zum Verschieben einer verfassungsrechtlichen Kompatibilität, ohne dass die Politik im Übrigen aber ihre ursprüngliche Position modifiziert. Dies führe zu missverständlicher Gesetzgebung – Leidtragende seien die Gesetzesanwender, etwa die Sicherheitsbehörden.

E. Schluss: Verfassungsgerichtsbarkeit auf dem Prüfstand

Abermals von einer Publikumsfrage ausgehend, entwickelte sich schließlich die Abschlussrunde zur Frage, weshalb genau die Verfassungsgerichtsbarkeit eine notwendige Einrichtung in der Demokratie ist und bleiben sollte. Aus verfassungstheoretischer Sicht und mit anschaulichen Beispielen unterlegt, beschrieb *Grimm*, dass eine gute Demokratie ohne Verfassungsgerichtsbarkeit¹⁴ genauso denkbar sei wie eine schlechte Demokratie mit Verfassungsgerichtsbarkeit. Es bestehe also kein Bedingungsverhältnis zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratie. Dennoch fördere ein Verfassungsgericht als unabhängige Rechtsdurchsetzungsinstanz grundsätzlich die Beachtung der Verfassung durch die Politik. Gerade der Verfassung einer jungen, noch nicht gefestigten Demokratie könne eine Verfassungsgerichtsbarkeit besondere Geltung verschaffen. Und auch die schon im 19. Jahrhundert vorhandenen und in Verfassungen niedergelegten Grundrechte hätten erst später durch die Einrichtung von Verfassungsgerichten ihre Durchschlagskraft entfalten können. Verfassungsgerichte könnten mithin – historisch belegt – dazu beitragen, dass Verfassungen wirklich relevant werden. Aber so wie es Verfassungsstaaten gebe, die nicht funktionieren, gebe es auch Verfassungsgerichte, die nicht funktionieren – wie dies aktuell einige EU-Mitgliedstaaten bewiesen. *Darnstädt*

nahm dagegen eine *verfassungspolitische* Haltung ein: Die Bundesrepublik brauche ein Verfassungsgericht heute mehr denn je. Denn aktuelle technische und soziale Entwicklungen stellten die Grundlagen des Grundgesetzes infrage, wie sich dies etwa in der digitalen Kommunikation im Kontrast zur traditionellen und vom BVerfG seinen Entscheidungen zugrunde gelegten öffentlichen Meinungsbildung abzeichne. Es bedürfe eines »Updates« für das Grundgesetz. Fraglich sei, ob das BVerfG dazu angesichts der »Mammutaufgabe« in der Lage ist. *Leutheusser-Schnarrenberger* stimmte *Darnstädt* in der Problembeschreibung zu. Auch die neue Wettbewerbssituation im digitalen Bereich stelle angesichts der globalen Macht der Tech-Riesen das marktwirtschaftliche System vor enorme Herausforderungen. Doch stelle sie sich gegen die Folgerung *Darnstädt*s nach einem »Update« des Grundgesetzes, jedenfalls soweit er Bezug nehme auf von *Schirachs* Appell hinsichtlich digitaler Algorithmen und digitaler Grundrechte.¹⁵ Zudem seien die Anforderungen an eine Grundgesetzänderung mit der dafür nötigen Zweidrittelmehrheit bekanntermaßen sehr hoch, was die Umsetzung eines solchen »Updates« weniger wahrscheinlich mache. *Leutheusser-Schnarrenberger* vermisste zuletzt auch eine fundierte Auseinandersetzung zu diesem Thema in der öffentlichen Debatte. *Paulus* schloss sich *Leutheusser-Schnarrenberger* an. Die moderne Dynamik zeige sich unter anderem daran, dass die Privatwirtschaft eigene Gerichtshöfe installiere. Unterhalb der Ebene des Verfassungsrechts sei dies in den letzten zwei bis drei Jahren etwa als Trend in der Medienregulierung zu beobachten. Um diesen Herausforderungen gerecht zu werden, bedarf es *Paulus* zufolge aber nicht einer Neufassung des Grundrechtskatalogs. Vielmehr müsse das BVerfG alte grundgesetzliche Grundsätze auf die neue Wirklichkeit beziehen und sie neu ausdeuten.

70 Jahre Bundesverfassungsgericht boten somit nicht nur Anlass zurückzublicken, sondern auch eine Vielzahl spannender und kontrovers diskutierter Zukunftsfragen zu betrachten. Die Organisatoren freuen sich über die gute Resonanz auf diese Veranstaltung und bedanken sich herzlich bei unseren Gästen sowie allen Beteiligten. Bis Redaktionsschluss verzeichnete die Veranstaltung knapp 1000 Aufrufe. Wir freuen uns bereits auf die nächste Ausgabe im Sommersemester 2022!

Recht
interdisziplinär



¹⁴ *Grimm* führte dafür etwa gegenwärtig die skandinavischen Staaten, die Niederlande und England an.

¹⁵ Vgl. die Initiative *Jeder Mensch. Für neue Grundrechte in Europa*: <https://www.jeder-mensch.eu/informationen/> (letzter Zugriff 12.11.2021).

GT/ET+



© ROBERT KNECHKE - FOTOLIA.COM

Unser Studentenangebot: 3 Monate GT/ET+ gratis

Immer mittendrin, bei allem was passiert.

Mit dem **GT/ET+** Studentenangebot bieten wir Ihnen **exklusiven Zugriff zu allen Inhalten auf goettinger-tageblatt.de** - und das ganze 3 Monate kostenlos!

Jetzt registrieren und loslegen! gturl.de/studiangebot



Göttinger Tageblatt **Giesfelder Tageblatt**

ZivilR Rechtsprechungsübersicht

Tim Becker*

Rechtsprechungsübersicht Zivilrecht

Vorschuss für Aus- und Einbau im Verbrauchergeschäft

BGH, Urt. v. 07.04.2021 – VIII ZR 191/19

Von der Redaktion bearbeitete amtliche Leitsätze

1. Schließt eine natürliche Person ein Rechtsgeschäft objektiv zu einem Zweck ab, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann, so kommt eine Zurechnung entgegen dem mit dem rechtsgeschäftlichen Handeln objektiv verfolgten privaten Zweck nur dann in Betracht, wenn die dem Vertragspartner erkennbaren Umstände eindeutig und zweifelsfrei darauf hinweisen, dass die natürliche Person in Verfolgung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt.

2. Ein Anspruch des Käufers auf Vorschuss für die Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache besteht nicht.

Widerruf eines Partnervermittlungsvertrages

BGH, Urt. v. 06.05.2021 – III ZR 169/20

Von der Redaktion bearbeitete amtliche Leitsätze

1. Ein vollständiges Erbringen der Leistung im Sinne des § 356 Abs. 4 Satz 1 BGB erfordert jedenfalls, dass der Unternehmer seine Hauptleistung vollständig erbracht hat.

2. Welche Pflichten Hauptleistungspflichten sind, bestimmt sich nach den Umständen des jeweiligen Vertragsverhältnisses. Entscheidend ist, worauf es der einen oder der anderen Partei in hohem Grade ankam, was sie unter allen Umständen erlangen wollte. Dies ist durch Auslegung zu ermitteln.

3. Durch AGB kann der Vertragsgegenstand nicht verändert werden; der Begriff der Leistung steht nicht zur Disposition des Verwenders von AGB.

Registrierte »Sammelklage-Inkassos« verstoßen nicht gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz

BGH, Urt. v. 13.07.2021 – II ZR 84/20

Leitsatz der Redaktion

Der Inkassobegriff der § 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 2 Abs. 2 Satz 1 RDG umfasst Geschäftsmodelle, die ausschließlich oder vorrangig auf eine gerichtliche Einziehung der Forde-

rung abzielen. Dies gilt auch im Fall des sogenannten »Sammelklage-Inkasso«.

Sachmangel und Ersatzlieferung im Diesel-Abgasskandal

BGH, Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 254/20

Von der Redaktion bearbeitete amtliche Leitsätze

1. Einem Fahrzeug fehlt die Eignung für die gewöhnliche Verwendung im Sinne von § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB, wenn es bei Übergabe an den Käufer mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehen ist. Denn in einem solchen Fall besteht eine (latente) Gefahr einer Betriebsuntersagung durch die für die Zulassung zum Straßenverkehr zuständige Behörde, sodass der weitere (ungestörte) Betrieb des Fahrzeugs im öffentlichen Straßenverkehr nicht gewährleistet ist.

2. Die Lieferung einer mangelfreien Sache gemäß § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB beschränkt sich nicht zwangsläufig auf eine mit dem Kaufgegenstand (abgesehen von der Mangelhaftigkeit) identische Sache.

3. Vielmehr hängt die Möglichkeit einer Ersatzbeschaffung bei Unmöglichkeit der Lieferung einer dem Kaufgegenstand vollständig entsprechenden (mangelfreien) Sache im jeweiligen Einzelfall entscheidend davon ab, ob und wodurch nach dem durch interessengerechte Auslegung zu ermittelnden Willen der Parteien (§§ 133, 157 BGB) bei Vertragsschluss eine Nachlieferung in Betracht kommen sollte.

4. Eine Ersatzlieferung ist nach der – die beiderseitigen Interessen in den Blick nehmenden – Vorstellung der Parteien daher grundsätzlich bereits dann möglich, wenn die Kaufsache im Falle ihrer Mangelhaftigkeit durch eine gleichartige und – funktionell sowie vertragsmäßig – gleichwertige ersetzt werden kann.

5. Entscheidend ist dabei letztlich, ob und in welchem Umfang der Verkäufer – nach dem im jeweiligen Fall zu ermittelnden übereinstimmenden Willen der Parteien – bei Vertragsschluss eine Beschaffungspflicht für den Fall einer Nacherfüllung übernommen hat.

6. Ist lediglich ein Nachfolgemodell der erworbenen Sache (insbesondere eines Fahrzeugs) lieferbar, kann bei der gebotenen nach beiden Seiten interessengerechten Auslegung die den Verkäufer eines Verbrauchsguts treffende Beschaffungspflicht im Hinblick darauf, dass der Verbraucher eine Nutzungsentschädigung für die fortlaufend an Wert verlierende mangelhafte Kaufsache nicht zu zahlen hat, von vornherein nicht zeitlich unbegrenzt gelten.

* Tim Becker studiert seit 2019 Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität und ist studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Kirchenrecht und Staatskirchenrecht von Prof. Dr. Hans Michael Heinig.

7. Eine Austauschbarkeit von Kaufgegenstand und Ersatzsache ist beim Verbrauchsgüterkauf – vor allem beim Kauf von Fahrzeugen, die bereits nach kurzer Zeit einen deutlichen Wertverlust erleiden – grundsätzlich nur dann anzunehmen, wenn der Verbraucher sein Nachlieferungsbegehren innerhalb eines in der Länge der regelmäßigen kaufrechtlichen Verjährungsfrist (zwei Jahre – § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB) angelegten Zeitraums – beginnend ab dem für die Willensbildung maßgeblichen Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses – geltend macht.

Keine Partei- oder Rechtsfähigkeit britischer Limiteds nach dem Brexit

OLG München, Urt. v. 05.08.2021 – 29 U 2411/21 Kart

Amtliche Leitsätze

1. Seit dem Vollzug des Austritts des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union gemäß Art. 50 EUV durch Ablauf der Übergangsfrist am 31. Dezember 2020 ist eine britische Limited, die ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in Deutschland hat, nach der sogenannten milden Form der Sitztheorie je nach tatsächlicher Ausgestaltung als GbR, OHG oder – bei nur einer Gesellschafterin – als einzelkaufmännisches Unternehmen zu behandeln.

2. Eine Fortgeltung der Gründungstheorie, mit der Konsequenz der fortbestehenden Rechts- und Parteifähigkeit einer britischen Limited trotz tatsächlichem Verwaltungssitz in Deutschland wie unter der Geltung der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49, 54 AEUV, folgt nicht aus dem Handels- und Kooperationsabkommen zwischen der Europäischen Union und dem Vereinigten Königreich vom 24. Dezember 2020, weil es keine Vorschriften enthält, die ausdrücklich und unmittelbar die Niederlassungsfreiheit gewähren, sondern sich aus seinem Anhang SERVIN-1 Nr. 10 vielmehr ergibt, dass die Parteien des Abkommens die Niederlassungsfreiheit gerade nicht in Bezug nehmen oder vereinbaren wollten.

Keine Beratungsleistung von Vertragsgeneratoren im Sinne des Rechtsdienstleistungsgesetzes

BGH, Urt. v. 09.09.2021 – I ZR 113/20

Amtlicher Leitsatz

Die Erstellung eines Vertragsentwurfs mithilfe eines digitalen Rechtsdokumentengenerators, bei dem anhand von Fragen und vom Nutzer auszuwählenden Antworten standardisierte Vertragsklauseln abgerufen werden, stellt keine Rechtsdienstleistung im Sinne von § 2 Abs. 1 RDG dar.

Richterablehnung bei atypischer Vorbefassung

BGH, Beschl. v. 21.09.2021 – KZB 16/21

Leitsatz der Redaktion

Es kann die Besorgnis der Befangenheit begründen, wenn ein Richter, der zur Entscheidung über Schadensersatzklagen wegen Verstößen gegen das Kartellverbot (hier: LKW-Kartell) berufen ist, zuvor im Rahmen seiner Referendarausbildung oder als wissenschaftlicher Mitarbeiter bei einer Rechtsanwaltskanzlei tätig war, die von einer an dem Kartell beteiligten Prozesspartei mit der Führung des Rechtsstreits sowie weiterer dazu in Sachzusammenhang stehender Rechtsstreitigkeiten betraut ist, und in diesem Zusammenhang an der Erarbeitung von Schriftsätzen in parallel gelagerten Gerichtsverfahren mitgewirkt hat und bei der außergerichtlichen Beratung in die Klärung übergeordneter Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Verteidigung gegen derartige zivilrechtliche Ansprüche eingebunden war.

Kein Rücktritt ohne Fristsetzung im Dieselskandal

BGH, Urt. v. 29.09.2021 – VIII ZR 111/20

Leitsätze der Redaktion

1. Die Vertrauensgrundlage zwischen einem Käufer und einem Verkäufer kann auch dann gestört sein, wenn der Verkäufer sich bei Vertragsabschluss ordnungsgemäß verhalten hat, jedoch der Hersteller des Fahrzeugs dieses mit einer ihm bekannten und verschwiegenen unzulässigen Abschalt-einrichtung in den Verkehr gebracht hat und der Verkäufer nun allein eine Nachbesserung in Form eines von diesem Hersteller entwickelten Software-Updates anbietet. Ob dies der Fall ist, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab, die der Tatrichter nicht schematisch, sondern in sorgfältiger Abwägung zu würdigen hat. Dabei ist insbesondere zu prüfen, ob die Gefahr weiterer Täuschungsversuche des Herstellers besteht.

2. Eine Unzumutbarkeit der Nachbesserung kann sich auch daraus ergeben, dass ein allein als Nachbesserungsmaßnahme im Raum stehendes Software-Update zwar die vorhandene unzulässige Abschalt-einrichtung beseitigen, aber nachweislich zu anderen Mängeln führen würde.

3. Für die Entbehrlichkeit der Fristsetzung ist der Käufer darlegungs- und beweisbelastet.

4. Eine Fristsetzung ist nach § 326 Abs. 5 BGB nur dann entbehrlich, wenn beide Arten der Nacherfüllung unmöglich sind.

Beweislast bezüglich des Vorrechts von Bussen gegenüber dem fließenden Verkehr

OLG Celle, Urt. v. 10.11.2021 – 14 U 96/21

Leitsätze der Redaktion

1. Das Vorrecht von Bussen gemäß § 20 Abs. 5 StVO besteht nur unter den Voraussetzungen einer rechtzeitigen und ordnungsgemäßen Anzeige gegenüber dem ansonsten fortbestehenden Vorrang des fließenden Verkehrs.
2. Die Beweislast für die Inanspruchnahme eines Vorrechts der Straßenverkehrsordnung trägt derjenige, der sich auf es beruft. Erst wenn der Fahrer eines an einer Haltestelle haltenden Linienbusses bewiesen hat, dass die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme seines Vorrechts vorgelegen haben, entfällt der Vorrang des fließenden Verkehrs und mit ihm der Anscheinsbeweis, der auf einen Verstoß gegen die in § 10 StVO normierten Sorgfaltsanforderungen schließen lässt.

Schadensersatzanspruch gegen Audi AG wegen von VW gelieferter Motoren

BGH, Urt. v. 25.11.2021 – VII ZR 238/20, 243/20, 257/20 und 38/21

Leitsätze der Redaktion

1. Die AUDI AG hat sittenwidrig gehandelt, indem das Unternehmen die von VW gelieferten Motoren in den Verkehr brachte.
2. Wenigstens eine handelnde Person im Sinne des § 31 BGB hat gewusst, dass der Motor EA 189 mit der unzulässigen Software ausgestattet war.

ÖffR Rechtsprechungsübersicht

Sophie Norbeck*

Rechtsprechungsübersicht Öffentliches Recht**EuGH verurteilt Polen wegen Richter-Disziplinarkammer**

EuGH, Urf. v. 15.07.2021 – Az. C 791/19

Leitsätze der Redaktion

1. Die Mitgliedsstaaten der Union haben freiwillig die in Art. 2 EUV genannten Werte übernommen. Daraus geht hervor, dass sich die Europäische Union auf Werte wie die Rechtsstaatlichkeit stützt. Ein Mitgliedsstaat darf daher keine Regelungen erlassen, welche sich gegen das Rechtsstaatsprinzip wenden. Das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit erfährt in Art. 19 EUV eine Konkretisierung. Die Mitgliedsstaaten müssen durch ihre Gesetze dafür Sorge tragen, dass die richterliche Unabhängigkeit nicht untergraben wird.

2. Nach Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV ist es Sache der Mitgliedsstaaten, ein System zu schaffen, in dem den Einzelnen das Recht auf einen wirksamen Rechtsschutz gewährleistet wird. Dieses Recht findet sich in Art. 47 GRC und Art. 6 und Art. 13 EMRK wieder. Gerichte, die sich mit der Anwendung und Auslegung des Unionsrechts befassen, müssen daher den Anforderungen eines wirksamen Rechtsschutzes entsprechen.

3. Die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit der Gerichte ergibt sich aus der Errichtung, der Amtsdauer, der Ernennung und den Gründen für die Ablehnung und Abberufung ihrer Mitglieder. Richter dürfen daher keinem Druck von außen ausgesetzt sein, der ihre Unabhängigkeit gefährdet.

4. Die richterliche Unabhängigkeit in Polen wird dadurch gefährdet, dass 23 der 25 Mitglieder des Landesjustizrates, welche wiederum die Mitglieder der Disziplinarkammer wählen, durch die Exekutive und Legislative gewählt werden oder ihr angehören. Folge ist, dass die Disziplinarkammer unmittelbar oder mittelbar durch die Exekutive und Legislative beeinflusst wird.

5. Die Möglichkeit eines Richters, in einem Disziplinarverfahren belangt zu werden, beeinträchtigt seine richterliche Unabhängigkeit. Dies ist insb. dann der Fall, wenn die Disziplinarordnung zur politischen Kontrolle der Gerichtsentscheidungen oder zur Ausübung von Druck eingesetzt wird.

Die Erhöhung des Rundfunkbeitrags ist zulässig

BVerfG, Beschl. v. 20.07.2021 – 1 BvR 2756/20

Amtliche Leitsätze

1. Aufgrund der Rundfunkfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG besteht eine staatliche Handlungspflicht in Bezug auf die Gewährleistung der funktionsgerechten Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, mit der ein grundrechtlicher Finanzierungsanspruch korrespondiert. Ein Unterlassen der Erfüllung dieser Pflicht kann von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im Verfahren der Verfassungsbeschwerde gerügt werden.

2. Die staatliche Finanzierungsgewährleistungspflicht aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG obliegt den Ländern als föderaler Verantwortungsgemeinschaft, wobei jedes Land Mitverantwortungsträger ist. Die Mitverantwortung beruht darauf, dass die Länder die Gesetzgebungskompetenz für die Rundfunkfinanzierung besitzen, derzeit aber nur eine länderübergreifende Regelung der funktionsgerechten Finanzierung des Rundfunks den Grundrechtsschutz verwirklichen kann.

3. Im gegenwärtigen System der Rundfunkfinanzierung genügt es nicht, wenn ein einzelnes Land eine Erhöhung des Rundfunkbeitrags – überdies ohne tragfähige Begründung – ablehnt.

Die Schließung von Diskotheken, Clubs und ähnlichen Einrichtungen sowie Shisha-Bars ab einer 7-Tage-Inzidenz von mehr als 10 ist mit der Regelung des § 28a Abs. 3 IfSG nicht vereinbar

OVG Lüneburg, Beschl. v. 03.08.2021 – 13 MN 352/21

Leitsätze der Redaktion

1. Schutzmaßnahmen nach § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG müssen »notwendig« sein und dürfen nicht lediglich als »nützlich« angesehen werden. Das Vorliegen des Merkmals der Notwendigkeit ist durch die zuständige Behörde fortlaufend zu überprüfen.

2. Die Schutzmaßnahmen sind nach dem jeweiligen Infektionsgeschehen zu erlassen, wobei das IfSG drei unterschiedliche Inzidenzbereiche vorsieht (über 50, über 35 und unter 35). Das bedeutet, dass bei Werten unter 35 Schutzmaßnahmen zu ergreifen sind, die das aktuelle Infektionsgeschehen unterstützen sollen. Darunter fallen Maßnahmen die deutlich unterhalb der Eingriffsintensität eines flächendeckenden Betriebsverbotes fallen.

* Dipl. Jur. *Sophie Norbeck* studierte bis Juli 2021 Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen.

3. Das Überschreiten des Inzidenzwerts von 10 kann nicht in einer abstrakt-generellen Weise für die Vermutung herangezogen werden, dass in naher Zukunft auch andere Inzidenzbereiche überschritten werden.

4. Die Schließung von Diskotheken, Clubs und ähnlichen Einrichtungen sowie Shisha-Bars führt zu einer Verletzung des Grundrechts der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG.

Keine Fahrraddemo auf der A 7 und der A 37

OVG Lüneburg, Beschl. v. 01.09.2021 – 11 MN 275/21

Leitsätze der Redaktion

1. Nach Art. 8 Abs. 1 GG haben alle Deutschen das Recht, sich ohne Anmeldung oder Erlaubnis friedlich und ohne Waffen zu versammeln. Das Recht auf eine friedliche Versammlung unter freiem Himmel kann durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes beschränkt werden (vgl. Art. 8 Abs. 2 GG). In Niedersachsen stellt § 8 Abs. 1 NVersG ein solches Gesetz dar, welches die zuständige Behörde ermächtigt, Versammlungen zu beschränken.

2. Das durch § 8 Abs. 1 NVersG eingeräumte Entschließungsermessen muss den grundrechtlichen Anforderungen gerecht werden. D. h., das Recht auf Versammlungsfreiheit kann nur zurücktreten, wenn dies zum Schutz eines anderen mindestens gleichwertigen Rechtsguts notwendig ist.

3. Bundesautobahnen sind nach § 1 Abs. 3 FStrG »nur für den Schnellverkehr mit Kraftfahrzeugen bestimmt«. Ob eine Versammlung auf einer Autobahn stattfinden darf, ist an den Umständen des konkreten Einzelfalls zu prüfen. Zu berücksichtigen sind u.a. die durch die Versammlung entstehenden Gefahren für die Versammlungs- sowie Verkehrsteilnehmer, das zu erwartende Verkehrsaufkommen und die Dauer der Versammlung.

4. Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 NVersG liegen vor. Die Durchführung der Versammlung würde zu einer Vollsperrung der Autobahnen führen, wodurch mit einer erheblichen Staubildung zu rechnen sei. Eher geht das Risiko von Auffahrunfällen mit Personen- und/oder Sachschäden. Verstärkt wird das Risiko durch ein erhöhtes Verkehrsaufkommen, welches durch den Reise-, Last- und Pendlerverkehr zu erwarten ist. Diesem Risiko kann auch nicht durch die Ausschilderung von alternativen Verkehrsrouten und frühzeitiger medialer Verkündung entgegengewirkt werden.

Maskenpflicht für Geimpfte und Genesene bleibt bestehen

OVG Lüneburg, Beschl. v. 15.09.2021 – 13 MN 369/21

Leitsätze der Redaktion

1. § 4 Abs. 1 Satz 1 und § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 der Niedersächsischen Corona-Verordnung und die damit einhergehende Pflicht zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung finden in § 32 Satz 1 und Satz 2 i.V.m. §§ 28 Abs. 1 Satz 1, 28a Abs. 1 Nr. 2 IfSG ihre Rechtsgrundlage. Nach § 28 Abs.

1 Satz 1 IfSG können »Nichtstörer« Adressaten von Maßnahmen sein, um sie z.B. vor einer Infektion mit dem SARS-CoV-2 Virus zu schützen.

2. Die Zahl der im Krankenhaus behandelten Menschen steigt wieder an. Insb. die jüngeren Altersgruppen sind davon betroffen. Die Wahrscheinlichkeit einer Infektion steigt bei Kontakten in Risikosituationen (z.B. Face-to-face-Kontakt oder Aerosol-erzeugende Tätigkeiten). In Innenräumen besteht ein erhöhtes Risiko auch bei einem größeren Abstand als 1,5 m.

3. Aufgrund dessen müssen in Situationen (geschlossenen Räumen und Verkehrsmitteln), in denen sich eine Vielzahl von fremden Menschen begegnen, Maßnahmen ergriffen werden, um die Infektionsgefahr zu senken. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich vollständig Geimpfte mit dem SARS-CoV-2 Virus infizieren und weitere Personen damit anstecken. Das bestehende Risiko wird mit dem Tragen einer Maske reduziert.

»HÄNGT DIE GRÜNEN«-Plakate müssen entfernt werden

OVG Bautzen, Beschl. v. 21.09.2021 – 6 B 360/21

Leitsätze der Redaktion

1. Bei dem Einsatz von Wahlwerbung kann sich grds. auf die Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG berufen werden. Davon ist auch das Recht erfasst, sich in polemischer und überspitzter Form zu äußern. Ihre Grenze findet das Recht auf Meinungsfreiheit in Art. 5 Abs. 2 GG. Zu den tauglichen Schranken zählen u.a. §§ 185 ff. StGB, § 111 StGB, § 130 StGB sowie § 90a StGB.

2. Eine Entfernung von Wahlplakaten ist mithin zulässig, sofern ein Verstoß gegen allgemeine Strafgesetze vorliegt und dieser Verstoß evident ist und schwer wiegt. Ausreichend ist ein Verstoß gegen den objektiven Tatbestand der Strafnorm. Das Vorliegen eines Vorsatzes und einer Schuld bedarf es bei präventiven, polizeilichen Maßnahmen hingegen nicht. Bei Vorliegen des objektiven Tatbestandes einer strafrechtlichen Norm überwiegt i.d.R. das öffentliche Interesse an der Abwehr einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung.

3. Es ist davon auszugehen, dass die Mehrzahl der Passanten und Passantinnen, die das Plakat wahrnehmen, nur den Schriftzug »HÄNGT DIE GRÜNEN« wahrnehmen bzw. im Gedächtnis behalten. Der Schriftzug »Macht unsere nationalrevolutionäre Bewegung durch Plakatwerbung in unseren Parteifarben in der Stadt und Land bekannt!« tritt hingegen aufgrund der Größe von lediglich 2 cm und grafischen Gestaltung zurück. Darüber hinaus kann der Satz aufgrund seiner Gestaltung aus größerer Entfernung nicht entziffert werden.

4. Mit dem Plakat wird der objektive Tatbestand des § 130 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 2 StGB verwirklicht, woraus sich eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit ergibt. Mit dem Plakat wird den Parteimitgliedern ihr Existenzrecht abgesprochen.

**Die anfängliche Corona-Ausgangssperre
in Bayern war unverhältnismäßig**

VGH Bayern, Beschl. v. 04.10.2021 – 20 N 20.767

Leitsätze der Redaktion

1. Die anfängliche Corona-Ausgangssperre verstößt gegen das sich aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip abgeleitete Übermaßverbot. Die Ausnahmen, die das Verlassen des Hauses rechtfertigen, sind zu eng gefasst.
2. Die Ausgangsbeschränkung stellte keine notwendige Maßnahme des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG dar. Zwar ist eine Ausgangsbeschränkung grds. geeignet, die Ausbreitung des Coronavirus zu verlangsamen, dennoch gibt es vorliegend mildere gleich geeignete Maßnahmen. Zu ihnen zählen z.B. regionale und/oder örtliche Maßnahmen.
3. Gleichzeitig bestehen Zweifel an der Praktikabilität der Maßnahme, denn Anknüpfungspunkt der Maßnahme stellt das Verlassen der Wohnung dar. Die Beurteilung, auf welchem Zweck das Verlassen der Wohnung beruht und ob dieses durch die Ausnahmeregelungen der Ausgangsbeschränkung gedeckt ist, lässt sich schwer bestimmen.
4. »Dass zwischen Kontaktbeschränkungen im öffentlichen Raum und einer Ausgangsbeschränkung im Hinblick auf die Eingriffsintensität und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ein gradueller Unterschied besteht, bestätigt auch die nunmehrige Einschätzung des Bundesgesetzgebers in § 28a Abs. 2 IfSG, wonach u.a. Ausgangsbeschränkungen nur angeordnet werden können, wenn Kontaktbeschränkungen im öffentlichen und privaten Raum (§ 28a Abs. 1 Nr. 3 IfSG) eine wirksame Eindämmung nicht mehr möglich erscheinen lassen.« (Vgl. Rn 85)

StrafR Rechtsprechungsübersicht

Ole Johannes Timm* und Louisa Lingner†

Rechtsprechungsübersicht Strafrecht

Garantenstellung aus Ingerenz als besonderes persönliches Merkmal

BGH, Beschl. v. 24.03.2021 – 4 StR 416/20

Von der Redaktion bearbeitete amtliche Leitsätze

1. Die Garantenstellung aus Ingerenz ist ein besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 Abs. 1 StGB.

2. Fehlen besondere persönliche Merkmale, welche die Strafbarkeit des Täters begründen, beim Teilnehmer, so ist dessen Strafe nach § 28 Abs. 1 StGB i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB nur einmal zu mildern (insoweit nicht tragend).

Garantenstellung unter Geschwistern

BGH, Urt. v. 31.03.2021 – 2 StR 109/20

Leitsatz der Redaktion

Zwischen Geschwistern besteht nicht allein aufgrund ihres Verwandtschaftsverhältnisses eine Garantenstellung. Eine solche kann sich ergeben, wenn ein Teil ausdrücklich oder konkludent die Übernahme von Verantwortung getrennt von den Eltern übernommen hat und somit Vorsatz bezüglich einer Rechtspflicht zum Handeln angenommen werden kann.

Objektive Zurechnung bei Schädigung von Berufsrettern

BGH, Beschl. v. 05.05.2021 – 4 StR 19/20

Amtlicher Leitsatz

Dem Täter eines fahrlässig herbeigeführten Brand- oder Explosionsgeschehens können der durch Rettungsmaßnahmen verursachte Tod oder die Körperverletzung von Berufsrettern zugerechnet werden.

Versuchsbeginn beim Wohnungseinbruchdiebstahl

BGH, Beschl. v. 19.05.2021 – 6 StR 28/21

Leitsätze der Redaktion

1. Der Beginn des Versuchs eines Qualifikationstatbestands oder Tatbestands mit Regelbeispielen richtet sich nach den allgemeingültigen Kriterien. Entscheidend für den Übertritt vom Vorbereitungs- in das Versuchsstadium ist die Einschätzung des Täters zur Nähe der Gefährdung des geschützten Rechtsgutes.

2. Bei einem Wohnungseinbruchdiebstahl kann eine Gefährdung des geschützten Rechtsgutes bereits beim Einwurf einer Fensterscheibe angenommen werden, selbst wenn noch weitere Schritte – wie das Öffnen der Tür durch die zerstörte Fensterscheibe – zum Betreten der Wohnung nötig sind.

Erpressung durch Verzicht auf Durchsetzung einer Forderung

BGH, Urt. v. 09.06.2021 – 2 StR 13/20

Leitsätze der Redaktion

1. Eine Erpressung kann auch dadurch begangen werden, dass der Täter das Tatopfer durch Drohung und Gewalt dazu veranlasst, auf die Geltendmachung einer Forderung zu verzichten, sei es durch Unterlassen geeigneter Maßnahmen zu ihrer Durchsetzung, sei es dadurch, dass es duldet, dass sich der Täter entfernt, ohne seine Personalien anzugeben.

2. Voraussetzung für den Eintritt des vom Tatbestand vorausgesetzten Vermögensnachteils ist, dass die Forderung werthaltig ist. Wer auf die Geltendmachung einer wertlosen, weil gänzlich uneinbringlichen Forderung verzichtet, erleidet dadurch keinen Vermögensschaden.

Vermittler zwischen Mittätern als Anstifter

BGH, Urt. v. 01.07.2021 – 3 StR 84/21

Leitsätze der Redaktion

1. Um sich gemäß § 26 StGB als Anstifter strafbar zu machen, muss nicht zwingend ein ideelles oder materielles Interesse am Taterfolg bestehen.

2. Die Anstiftung muss sich auf eine konkret-individualisierte Tat beziehen. Zur Bestimmung der Merkmale einer hinreichenden Individualisierung der Tat sind stets die Umstände des Einzelfalls entscheidend.

3. Das Bestimmen des Haupttäters zu einer konkreten Tat bleibt gleichwohl bis zum Tatentschluss ebenfalls möglich, wenn dieser bereits im Vorfeld seine allgemeine Bereitschaft signalisiert hat, derartige Taten zu begehen oder selbst die Initiative zur Tatbegehung ergriffen hat.

* Ole Johannes Timm studiert seit 2019 Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen.

† Louisa Lingner studiert seit 2018 Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität-Göttingen.

Der Grundsatz ne bis in idem als Verfahrenshindernis

OLG Stuttgart, Beschl. v. 01.07.2021 – 1 Rv 13 Ss 421/21

Von der Redaktion bearbeitete amtliche Leitsätze

1. Eine Tat im prozessualen Sinne liegt bei vorangegangener Trunkenheitsfahrt vor, wenn ein betrunkenener Kraftfahrer im Auto sitzend von der Polizei angetroffen wird und noch vor Ort im Zuge von Maßnahmen zur Feststellung der Alkoholkonzentration alsbald die Polizei tätlich angreift.
2. Das Doppelbestrafungsverbot nach Art. 103 Abs. 3 GG steht einer gesonderten Strafverfolgung der vorangegangenen Trunkenheitsfahrt entgegen, wenn der unmittelbar damit zusammenhängende, nachfolgende tätliche Angriff auf Polizeibeamte bereits rechtskräftig abgeurteilt ist.

Mittäterschaft bei Körperverletzung mit Todesfolge

BGH, Beschl. v. 07.07.2021 – 4 StR 141/21

Leitsätze der Redaktion

1. Bei einer gemeinschaftlich begangenen Körperverletzung setzt die Strafbarkeit eines Mittäters nach § 227 Abs. 1 StGB nicht voraus, dass er selbst eine unmittelbar zum Tod des Opfers führende Verletzungshandlung vornimmt. Es genügt, dass der Mittäter auf der Basis eines gemeinsamen Tatentschlusses mit dem Willen zur Tatherrschaft einen Beitrag zum Verletzungsgeschehen geleistet hat, wobei die tödliche Handlung des anderen vom gemeinsamen Tatentschluss umfasst sein muss.
2. Ist der Todeserfolg jedoch durch eine, über das gemeinsame Willen hinausgehende, Exzesshandlung verursacht worden, kommt eine Zurechnung des Todes als qualifizierender Erfolg nur dann in Betracht, wenn den gemeinschaftlich verübten Gewalthandlungen, die der todesursächlichen Exzesshandlung vorausgegangen sind, bereits die spezifische Gefahr eines tödlichen Ausgangs anhaftet.

Vermögensbetreuungspflichten – Hannoveraner »Rathausaffäre«

BGH Urt. v. 14.07.2021 – 6 StR 282/20

Leitsätze der Redaktion

1. Um seiner Vermögensbetreuungspflicht gemäß § 266 StGB nachzukommen, kann der Treuepflichtige Aufgaben an Dritte delegieren. In diesem Fall erwächst eine Pflicht zur ordnungsgemäßen Auswahl und Kontrolle. Der Verantwortliche ist sonderpflichtig für Organisationsversagen.
2. Ein Oberbürgermeister kommt dieser Pflicht nicht nach, wenn er sich über die Vorgänge weder selbst informiert noch informieren lässt. Ebenso ist die Auswahl eines Mitarbeiters, der im Verdacht steht, selbst rechtswidrige Zahlungen erhalten zu haben, pflichtwidrig.

Mitglied einer terroristischen Vereinigung – Mittäterschaft ohne Anwesenheit am Tatort

BGH, Beschl. v. 12.08.2021 – 3 StR 441/20

Leitsätze der Redaktion

1. Die Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung begründet keine Mittäterschaft an Straftaten, welche durch die Vereinigung begangen worden sind. Indikatoren für die Annahme einer Mittäterschaft können hingegen ein gesteigertes Interesse an der Tat aus ideologischen Gründen, sowie ein bestimmender Einfluss im Rahmen der Tatplanung sein.
2. Zur Annahme einer Mittäterschaft ohne Anwesenheit am Tatort genügt es nicht, dass sich das Mitglied gemäß des Tatplans an einem anderen Ort aufhält. Für die Annahme eines tatherrschaftsbegründenden Tatbeitrags können jedoch solche Handlungen sprechen, welche die Tatausführung legerieren oder das darüber hinausgehende ideologische Ziel, welches mit der Tat erreicht werden soll, fördern.

Kein Verstoß gegen die Öffentlichkeitsmaxime bei fehlerhaften Hinweisen zu Terminen auf Internetseite des Gerichts

BGH, Beschl. v. 24.08.2021 – 3 StR 193/21

Leitsatz der Redaktion

Die Möglichkeit, von der Durchführung einer Hauptverhandlung, einschließlich Zeit und Ort, Kenntnis zu erlangen, wird durch eine Terminrolle am Sitzungssaal ausreichend gewährleistet. Eine Auflistung der stattfindenden Sitzungstermine auf der Website des Landgerichts stellt nur einen zusätzlichen Service dar, dem nicht dieselbe Verbindlichkeit wie einem Aushang am Verhandlungsraum zukommt. Fehlerbehaftete Hinweise auf der Website begründen deshalb grundsätzlich keinen Verstoß gegen die Öffentlichkeitsmaxime nach § 169 GVG.

Jagdhochsitze als »Hütten« i.S.d. § 306 I Nr. 1 Alt. 2 StGB

BGH, Urt. v. 08.09.2021 – 6 StR 174/21

Amtlicher Leitsatz

Ein Jagdhochsitz kann eine Hütte im Sinne von § 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB sein.