E 20934 D

Mohr Siebeck
72010 Tübingen
Postfach 2040
ISSN 0022–6882

Redaktion:
72074 Tübingen
Wilhelmstraße 18
jz@mohrsiebeck.com

Telefon
(07071) 923-52
Telefax
(07071) 923-67
www.juristenzeitung.de

Juristen Zeitung

12

77. Jahrgang
17. Juni 2022
Seiten 577–628

Aus dem Inhalt:

Heike Jung
Gerechtigkeit, Recht und Gesetz in den „Pensées" von Blaise Pascal – Bemerkungen aus der Sicht eines Rechtsvergleichers

Christian Hillgruber
Vom souveränen Nationalstaat zur souveränen Europäischen Union? – Souveränitätsverlagerung durch supranationale Rechtsprechung

Christoph Engel
Grundrechtskonjunkturen

Thomas Lobinger
Mietminderung und § 814 BGB

Anmerkung von
Boris P. Paal
Ärztebewertung IV–VI: Interessenabwägung, Neutralitätspflichten und Gleichbehandlungsgebot

Anmerkung von
Maximilian Lenk
Strafrecht und Kirchenasyl

Herausgeber
Professor Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Würzburg
Professor Dr. Matthias Jestaedt, Freiburg i.Br.
Professor Dr. Florian Möslein, LL.M. (London), Marburg
Professor Dr. Astrid Stadler, Konstanz

Professor Dr. Bernhard Großfeld, Münster (bis 2000)
Professor Dr. Dr. h.c. Herbert Roth, Regensburg (bis 2021)
Professor Dr. Christian Starck, Göttingen (bis 2006)
Professor Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner, Freiburg i.Br. (bis 2012)

Redaktion
Martin Idler, Tübingen

Mohr Siebeck

12 77. Jahrgang
17. Juni 2022

JZ
Juristen Zeitung

Inhalt

Aufsätze

Professor Dr. Dr. h.c. **Heike Jung**
Gerechtigkeit, Recht und Gesetz in den „Pensées“ von Blaise Pascal – Bemerkungen aus der Sicht eines Rechtsvergleichers **577**

Professor Dr. **Christian Hillgruber**
Vom souveränen Nationalstaat zur souveränen Europäischen Union? – Souveränitätsverlagerung durch supranationale Rechtsprechung **584**

Professor Dr. **Christoph Engel**
Grundrechtskonjunkturen **593**

Professor Dr. **Thomas Lobinger**
Mietminderung und § 814 BGB **599**

Umschau

Kurzbeitrag
Vergütungsfestsetzung in Beratungshilfeverfahren – Funktionelle Zuständigkeit für die Erinnerung
RiaAG Dr. **Christian van Endern** **609**

Tagungsbericht
Staatswissenschaften und moderne Verwaltung. Symposium am 18. und 19. November 2021 in Leipzig
Charlott Resske und **Maxi Weibel** **612**

Glosse
Oh my God!
Professor Dr. **Edward Schramm** **614**

Literatur

Felix Ruppert. Die Sozialadäquanz im Strafrecht
Professor Dr. **Wolfgang Mitsch** **615**

Anmerkungen

BGH, 12. 10. 2021 – VI ZR 488/19 und 489/19 und BGH, 15. 2. 2022 – VI ZR 692/20
Anmerkung von
Professor Dr. **Boris P. Paal**
Ärztebewertung IV–VI: Interessenabwägung, Neutralitätspflichten und Gleichbehandlungsgebot **617**

BayObLG, 25. 2. 2022 – 201 StRR 95/21
Anmerkung von
Dr. **Maximilian Lenk**
Strafrecht und Kirchenasyl **623**

JZ Information

Aktuelles aus der Rechtsprechung/
Aus dem Inhalt der nächsten Hefte **353***
Gesetzgebung **354***
Entscheidungen in Leitsätzen **357***
Neuerscheinungen **369***
Zeitschriftenübersicht **378***
Festschrift **382***
Impressum **382***

ISSN 0022-6882
DOI: 10.1628/jz-2022-0215
© Mohr Siebeck 2022

Herausgeber
Professor Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Würzburg
Professor Dr. Matthias Jestaedt, Freiburg i.Br.
Professor Dr. Florian Möslein, LL.M. (London), Marburg
Professor Dr. Astrid Stadler, Konstanz

Redaktion
Martin Idler, Tübingen

Mohr Siebeck

12 77. Jahrgang
17. Juni 2022
Seiten 577–628

JZ
Juristen Zeitung

Professor Dr. Dr. h. c. **Heike Jung**, Saarbrücken*

Gerechtigkeit, Recht und Gesetz in den „Pensées" von Blaise Pascal – Bemerkungen aus der Sicht eines Rechtsvergleichers

Pascals „Pensées" gelten als ein (religions)philosophisches Werk mit „Langzeitwirkung". Auch die in den „Pensées" enthaltenen aphoristischen Dikta zum Recht, namentlich zum Verhältnis von Recht und Gewalt, sind aktueller denn je. Der Beitrag konzentriert sich auf deren Bedeutung für die Rechtsvergleichung. Dies führt bis hin zur gegenwärtigen Diskussion über Legal Geography und zur Kontroverse über die Universalisierbarkeit von Recht.

I. Einführung

Bislang habe ich auf Blaise Pascals „Pensées" nur selektiv zurückgegriffen, das Werk gewissermaßen, was sich bei seiner Konfektionierung anbietet, gelegentlich als Zitatenschatz verwendet. Wer ein umfassenderes Bild von der Einstellung der französischen Denker zu Recht und Justiz gewinnen und vermitteln will, kann sich aber um eine eingehendere Auseinandersetzung mit den „Pensées" nicht drücken.

Das Werk gehört in Frankreich bekanntlich zum kulturellen Allgemeingut. Viele der großen französischen Denker – allen voran Condorcet und Voltaire[1]– haben sich an diesem Werk „abgearbeitet".[2] Überhaupt ist das (philosophische) Interesse an den „Pensées" ungebrochen.[3] Meine Spurensuche zielt nur auf jene „Fundstücke", die das Recht betreffen. Natürlich betrete ich mit meinem Versuch, Pascals Dikta zum Recht zu deuten, kein Neuland. So hat der Rechtshistoriker Stolleis in Deutschland eine gewisse (rechtsphilosophische) Pascal-Renaissance eingeleitet, ausgehend von der Feststellung, dass Pascals Thesen in der deutschen Grundlagenliteratur zu „Recht und Justiz" zu kurz kommen würden.[4] Denninger hat dies, seinerseits motiviert durch das Portrait, das Stolleis von Pascal gezeichnet hat, um eine Würdigung aus staatstheoretischer Sicht ergänzt.[5]

Mein Blick richtet sich nun auf dessen Bedeutung für die Rechtsvergleichung. Pascals Diktum „Vérité au deçà des Pyrénées, erreur au-delà" gilt ja unter Rechtsvergleichern geradezu als geflügeltes Wort.[6] Im Grunde ist diese schlagwortartige Wendung eine bildhafte Verkörperung der Pascal'schen Vorstellung vom Recht, wenn man so will ein Kürzel, das ich im Folgenden in Langschrift übertragen möchte. Damit ist natürlich auch klar, dass mit der Fokussierung auf die Rechtsvergleichung nicht wirklich eine Einengung des Themas verbunden ist. Man ahnt ja schon, dass sich hinter der viel zitierten schlagwortartigen Wendung und dem Fragment 56 nicht nur der Universalismusstreit verbirgt, sondern darin überhaupt in nuce das Grundkonzept von Gerechtigkeit, Recht und Gesetz angelegt ist. Insofern erweist sich die rechtsvergleichende Perspektive doch als Vehikel für die Annäherung an Grundfragen des Rechts. Das bedeutet natürlich, dass wir uns nicht auf die Exegese dieser Stelle beschränken können, sondern sie in Verbindung mit den anderen Stellungnahmen Pascals zum Recht lesen müssen.

Bekanntlich handelt es sich bei den „Pensées" nicht um ein geschlossenes Werk. Nach Pascals Tod im Jahre 1662 stieß man im Nachlass – statt der erwarteten (fertigen) großen Apologie des christlichen Glaubens – auf einen Stoß mehr oder weniger ungeordneter Notizen, manchmal aphoristische Dreizeiler, aber auch Texte von mehreren Seiten.[7] Ungewollt – den Titel „Pensées" wählten schließlich die He-

* Der Autor war bis zu seiner Versetzung in den Ruhestand Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie und Strafrechtsvergleichung an der Universität des Saarlandes. – In Erinnerung an *Mireille Delmas-Marty*.

1 „Voltaire fut hanté toute sa vie par Pascal, […]" heißt es so schön bei *Goulemot*, Pascal, Blaise, in: *Goulemot* u. a. (dir.), Inventaire Voltaire, Gallimard, Paris 1995, S. 1020.

2 Dies ist sozusagen eine französische Traditionslinie. *Pascal* selbst hat sich dementsprechend an *Montaigne* „gerieben"; vgl. dazu die Einschätzung von *Dantzig*, Pascal, in: Dictionnaire égoiste de la littérature française, Grasset, Paris 2005, S. 635, 639 („D'une certaine façon, les *Pensées* sont un pamphlet amoureux contre Montaigne").

3 Vgl. zuletzt *Flasch*, Christentum und Aufklärung. Voltaire gegen Pascal, 2. Aufl. 2021.

4 *Stolleis*, Blaise Pascal – Gedanken zur Ungewissheit des Rechts, in: *Stolleis*, Margarethe und der Mönch, 2015, S. 43. In der breit angelegten Problemgeschichte der Rechtsphilosophie von *Arthur Kaufmann/von der Pfordten*, in: *Hassemer/Neumann/Saliger* (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 9. Aufl. 2016, S. 23–142 wird *Pascal* indessen nur gestreift.

5 *Denninger*, Gerechtigkeit und/oder Gewalt? Pascals Pensées wieder gelesen, in: Festschrift für Neumann, 2017, S. 85.

6 Vgl. etwa *Schultz*, Vérité au deçà des Pyrénées, erreur au-delà, in: Festschrift für Gallas, 1973, S. 49.

7 Anschaulich dazu *Le Guern* in seinem Préface zu der von ihm besorgten Ausgabe von *Pascal,* Pensées, die 1977 bei Gallimard in Paris als Taschenbuch erschienen ist.

JuristenZeitung 77, 577–583 DOI: 10.1628/jz-2022-0206
ISSN 0022-6882
© Mohr Siebeck 2022

rausgeber – wurde Pascal damit – ähnlich wie Montaigne mit seinen „Essais" – stilbildend; man denke nur an Montesquieus „Mes Pensées".[8] Der „Steinbruchcharakter" von Pascals Werk stellte natürlich eine Herausforderung für die Nachwelt dar; es galt schließlich fast 1000 nachgelassene Seiten zu ordnen, wozu es – nicht überraschend – seither viele verschiedene Anläufe gegeben hat.[9] Die mangelnde Geschlossenheit und die Tatsache, dass wir gewissermaßen am Denk- und Produktionsprozess des Autors teilhaben, hat zudem dazu beigetragen, dass aus den „Pensées" ganz unterschiedliche Grundpositionen herausdestilliert worden sind. Ein Werk, das nicht systematisch „durchkomponiert" ist und bei dem sich in den Fragmenten durchaus verschiedene Positionen gegenüberstehen können, begünstigt natürlich eine subjektive Lesart.

Ich lege im Folgenden die Edition der „Pensées" von Le Guern zugrunde,[10] der auch für die vor einigen Jahren erschienene Pléiade-Ausgabe verantwortlich zeichnet.[11] Die aus meiner Sicht wichtigsten Textstellen schicke ich voraus. Sie bilden die Grundlage für meine Interpretationsversuche und die anschließenden Assoziationen, die mit den Stichworten „Legal Geography" und „Universalisierbarkeit von Recht" bis in die Gegenwart der Rechtsvergleichung hineinreichen.

II. Pascals Bild von „justice"

Bevor wir uns auf die Spurensuche machen, müssen wir uns darüber im klaren werden, wonach wir überhaupt suchen. Diese Frage ist in unserem Zusammenhang keineswegs banal. Denn der Begriff der „justice" ist im Französischen keineswegs eindeutig konnotiert, sondern reicht von „Gerechtigkeit" bis zur Justizorganisation, oder, um mit Ricœur zu sprechen, von der moralischen Regel bis zur Institution.[12] Diese Bandbreite schlägt sich auch in der Vielfalt der lexikalischen Beiträge des „Dictionnaire de la Justice", nieder, der sich zum Ziel gesetzt hat, die vielen Diskurse, zu denen der Begriff „justice" einlädt, zu vereinen.[13] Damit stehen wir, in Ermangelung eines gesonderten Begriffs für „Gerechtigkeit" im Französischen nicht nur vor einem Übersetzungsproblem, sondern auch vor einem „binnenfranzösischen" Verständnisproblem.[14] Es kommt hinzu, dass die Grundsätzlichkeit, die dem deutschen Terminus „Recht" anhaftet, in „droit" keine unmittelbare Entsprechung hat, sondern bisweilen der Begriff „justice" hierfür passender erscheint. Insofern kommt es, wie stets bei Interpretationen und Übersetzungen, in besonderem Maße auf den Zusammenhang an.

Der Charakter der „Pensées" als eine Art gigantischer Zettelkasten bringt es überdies mit sich, dass die Äußerungen zum Recht nicht an einer Stelle versammelt sind. Sie sind recht zahlreich. Der Index der Edition von Le Guern gibt für „justice", „lois" und „droit" über 50 Fundstellen an. Ich habe da meine „Favoriten". Sechs Zitate möchte ich daher vorgeben. Zugegeben: Eine solche Reduktion ist, wenn man Pascal im Original sprechen lassen will, heikel. Ich hoffe jedoch, dass man sich damit immerhin ein erstes Bild machen kann, wenn auch vielleicht kein eindeutiges. Bei der „Feinabstimmung" werde ich weitere Fragmente heranziehen. Bei der Lektüre der „Pensées" muss man, was die Sprache anbetrifft, nicht nur bedenken, dass wir in das 17. Jahrhundert eintauchen, sondern auch dass wir es mit einem „work in progress" zu tun haben. Das heißt der Text ist nicht so durchgearbeitet wie bei einer Druckfassung, so dass man auf tatsächliche oder vermeintliche Widersprüche gefasst sein muss. Auch der aphoristische Duktus führt zu sprachlichen Bruchstellen, die nicht nur die Deutung, sondern auch die Übersetzung erschweren. Insofern tragen die „Pensées" Züge eines groben Entwurfs, das heißt Pascal hat alles notiert, was er für wert hielt, festgehalten zu werden.[15]

Ein erster Versuch zur Gerechtigkeit, der die Tonlage bestimmen soll, findet sich in Fragment 41, wo Pascal im Zusammenhang mit der Feststellung, dass man nicht Richter in eigener Sache sein sollte, ausführt:

> „La justice et la vérité sont deux pointes si subtiles que nos instruments sont trop mousses pour y toucher exactement."[16]

Während hier noch allgemein von den Schwierigkeiten die Rede ist, die Gerechtigkeit überhaupt zu fassen zu bekommen, geht es in dem zentralen Fragment 56 in Zusammenhang mit der Richtschnur für das (gute) Regieren näher hin um die „Relativitätsthese". Hier hat Pascal sozusagen alles „reingepackt":

> „Sur quoi fondera-t-il l'économie du monde qu'il veut gouverner? Sera-ce sur le caprice de chaque particulier? Quelle confusion! Sera-ce sur la justice? Il l'ignore. Certainement s'il la connaissait il n'aurait pas établie cette maxime, la plus générale de celles qui sont parmi les hommes, que chacun suive les mœurs de son pays. L'éclat de la véritable équité aurait assujetti tous les peuples. Et les législateurs n'auraient pas pris pour modèle, au lieu de cette justice constante, les fantaisies et les caprices des Perses et Allemands. On la verrait plantée par tous les États du monde, et dans tous les temps, au lieu qu'on ne voit rien de juste ou d'injuste qui ne change de qualité en changeant de climat. Trois degrés d'élévation du pôle renversent toute la jurisprudence. Un méridien décide de la vérité. En peu d'années de possession, les lois fondamentales changent, le droit a ses époques, [...]. Plaisante justice qu'une rivière borne! Vérité au-deçà des Pyrénées, erreur au-delà.
>
> Ils confessent que la justice n'est pas dans ces coutumes, mais qu'elle réside dans les lois naturelles communes en tout pays. Certainement ils la soutiendrait opiniâtrement si la témérité du hasard qui a semé les lois humaines en avait rencontré au moins une qui fût universelle. Mais la plaisanterie est telle que le caprice des hommes s'est si bien diversifié qu'il n'y en a point. [...]
>
> De cette confusion arrive que l'un dit que l'essence de la justice est l'autorité du législateur, l'autre la commodité du souverain, l'autre la coutume présente, et c'est le plus sûr. Rien suivant la seule raison n'est juste de soi, tout branle avec le temps. La coutume fait toute l'équité, par cette seule raison qu'elle est reçue. C'est le fondement mystique de son autorité. [...] Rien n'est si fautif que ces lois qui redressent les fautes. Qui leur obéit parce qu' elles sont justes, obéit à la justice qu'il imagine, mais non pas à l'essence de la loi. [...] Elle est loi et rien davantage."[17]

8 *Montesquieu*, Mes Pensées, in: Œuvres complètes, Bd. 1, Bibliothèque de la Pléiade, Gallimard, Paris 1949, S. 973.

9 Einzelheiten in der Notice von *Le Guern* in: *Pascal* (Fn. 7) sowie bei *Stolleis* (Fn. 4), S. 44.

10 Siehe Fn. 7. Sie orientiert sich an der sogenannten Première Copie; vgl. zu den verschiedenen Editionen *Le Guern*, Notice in: *Pascal* (Fn. 7), S. 24 ff.

11 *Pascal*, Œuvres complètes, Bd. 2, Gallimard, Paris 2000, S. 541.

12 *Ricœur*, Le Juste 2, Editions Esprit, Paris 2001, S. 7.

13 Vgl. das Vorwort des Herausgebers *Cadiet*, in: *Cadiet*, Dictionnaire de la Justice, Presses Universitaires de France, Paris 2004, S. IX.

14 Auch *Denninger* (Fn. 5), S. 88 hat auf die Mehrdeutigkeit dieser Begriffe aufmerksam gemacht und „force" bewusst doppeldeutig mit „Kraft/Gewalt" umschrieben.

15 So *Dantzig* (Fn. 2), S. 637.

16 „Die Gerechtigkeit und die Wahrheit sind zwei derart feine Spitzen, dass unsere Instrumente zu unscharf sind, um sie genau zu treffen."

17 „Worauf wird er [der Souverän, Anm. des *Verf.*] die Verwaltung der Welt, die er regieren will, stützen? Auf die Launen jedes Einzelnen? Welches Durcheinander! Auf die Gerechtigkeit? Er kennt sie nicht. Wenn er sie kennen würde, hätte er diese ganz allgemein für die Menschen geltende Maxime, wonach jeder seine Landessitte befolgt, nicht aufgestellt. Der Glanz der wahrhaften Billigkeit hätte alle Völker durchdrungen. Und die Gesetzgeber hätten nicht – an Stelle dieser immer gleichen Gerechtigkeit – die Fantasien der Perser und Deutschen zum Vorbild genommen. Sie wäre ein für alle Mal in allen Staaten der Welt eingepflanzt worden. Stattdessen sieht man nichts Gerechtes oder Ungerechtes, das seinen Charakter nicht

Schlagwortartig wird die Botschaft von der Relativität der Gerechtigkeit/des Rechts und ihrer/seiner Verwurzelung in den (unterschiedlichen) Gewohnheiten[18] in Fragment 57 bekräftigt:

„Comme la mode fait l'agrément, aussi fait-elle la justice."[19]

Ansonsten ringt Pascal in diesem Zusammenhang immer wieder um die Wechselbeziehung zwischen dem Recht und der Gewalt. Aus Fragment 76:

„Les seules règles universelles sont les lois du pays aux choses ordinaires et la pluralité aux autres. D'où vient cela? De la force qui y est. […] Ne pouvant faire qu'il soit forcé d'obéir à la justice, on a fait qu'il soit juste d'obéir à la force. Ne pouvant fortifier la justice, on a fortifié la force, afin que le juste et le fort fussent ensemble et que la paix fût, qui est le souverain bien."[20]

In Fragment 94 vertieft Pascal diesen Gedanken mit einem harmonisierenden Wortspiel über „justice" und „force", das seither zu dem abrufbaren Zitatenschatz zählt:

„Il est juste que ce qui est juste soit suivi; il est nécessaire que ce qui est le plus fort soit suivi. La justice sans la force est impuissante; la force sans la justice est tyrannique. La justice sans la force est contredite, parce qu'il y a toujours des méchants. La force sans la justice est accusée. Il faut donc mettre ensemble la justice et la force, et pour cela faire que ce qui est juste soit fort ou ce qui est fort soit juste."[21]

In Fragment 545 plädiert Pascal schließlich für den „Plausibilitätsvorschuss des Status quo":

„La justice est ce qui est établi: et ainsi toutes nos lois établies seront nécessairement tenues pour justes sans être examinées, puisqu' elles sont établies."[22]

III. Interpretationsversuche

Pascals Gedanken zum Recht und zur Gerechtigkeit sind beides zugleich: Gedankensplitter und eine Rechtstheorie „in a nutshell". Es war schon die Rede davon, dass dies die Gefahr verstärkt, die Deutung seiner Aphorismen mit eigenen Vorstellungen zu vermischen, also statt Pascal zu interpretieren, ihn gewissermaßen zu instrumentalisieren. Abgesehen davon, dass das Verständnis eines Textes immer Interpretation ist, liegt es natürlich gerade bei historischen Texten nahe, eigene Vorstellungen einfließen zu lassen. Ja, angesichts des Zustands der Hinterlassenschaft von Pascal kommt keiner um solche Extrapolationen herum, so dass sich um Pascal ein eigener Glossatoren- und Interpretationskult herausgebildet hat.

Was ist nun die Kernbotschaft der „Pensées"? Gibt es eine solche überhaupt? Man arbeitet hier bis zu einem gewissen Grade im Ungefähren. Insofern verweist der Titel des Stolleis'schen Beitrags „Blaise Pascal – Gedanken zur Ungewissheit des Rechts"[23] implizit auch auf das Wagnis der Interpretation. Eines ist freilich klar: Die „Pensées" sind in erster Linie ein religionsphilosophisch geprägter „Kosmos von Aphorismen" (Stolleis). Pascals religionsphilosophische Prämissen ganz eigener Art wirken sich auf seine ganze Weltensicht und damit natürlich auch auf seine Thesen zu Recht und Gerechtigkeit aus.[24] Auch wenn wir es erahnen können, können wir es nicht erkennen: Gemeint ist das „droit naturel" oder „divin". Der Sündenfall verstellt uns nämlich den Blick. Was heißt das aber für die Existenz des „droit naturel"? Seine vorgängige Feststellung in demselben Fragment „Gäbe es doch nur ein einziges universelles Gesetz, so hätte man das Konzept des Naturrechts mit Nachdruck verteidigt" klingt zwar eher skeptisch, doch deutet der Nachsatz, wonach die Verderbnis der Vernunft alles (die Erkenntnismöglichkeit? Anm. des *Verf.*) zunichte gemacht habe, einen erkenntnistheoretischen Zusammenhang und keine prinzipielle Leugnung der Existenz des Naturrechts an.[25]

So oder so kann man jedenfalls keine Verbindung zwischen irgendeinem Gesetz und dem göttlichen Recht oder auch der Gerechtigkeit herstellen. Das Gesetz ist das Gesetz und eben nur das Gesetz.[26] Damit wird das vom Wahlspruch des österreichischen Kaisers Franz I. etablierte „Anforderungsprofil" „iustitia fundamentum regnorum" desavouiert. Durchaus folgerichtig – und in der Konsequenz fast areligiös – führt dies zu einer vergleichsweise wertfreien Betrachtung des Rechts, bei der die Gewalt (force) zum Geltungsgrund avanciert. Hier scheinen sich Pascal (1623–1662) und

mit dem Wechsel des Klimas verändern würde. Drei Grad Polhöhe kehren die ganze Jurisprudenz um. Ein Längengrad entscheidet über die Wahrheit. Kaum hat man sie wenige Jahre besessen, ändern sich die grundlegenden Gesetze; das Recht hat seine Zeit. […] Was ist das für eine lustige Gerechtigkeit (Recht?), der ein Fluss Grenzen setzt! Wahrheit diesseits der Pyrenäen, Irrtum jenseits.

Sie geben zu, dass die Gerechtigkeit nicht in diesen Gewohnheiten verankert ist, sondern in den Naturgesetzen, die allen Ländern gemein sind. Gewiss hätten sie diese hartnäckig verteidigt, wenn die Waghalsigkeit des Zufalls, der die menschlichen Gesetze ausgesät hat, wenigstens auf ein allgemeingültiges getoßen wäre. Aber das Vergnügen besteht darin, dass sich die Launen der Menschen derart ausdifferenziert haben, dass es kein solches gibt. […] Aus dieser Verwirrung resultiert, dass der eine behauptet, das Wesen der Gerechtigkeit läge in der Autorität des Gesetzgebers, der andere im Wohlgefallen des Herrschers, wieder andere in der gegenwärtigen Gewohnheit, was das sicherste ist. Nichts ist, allein diese Annahme ist vernünftig, gerecht aus sich heraus; alles ist in Bewegung mit der Zeit. Die Gewohnheit macht die ganze Billigkeit aus, allein deswegen, weil sie überkommen ist. Das ist der mystische Grund ihrer Autorität. […] Nichts ist verfehlter als diese Gesetze, die Fehlverhalten korrigieren. Wer ihnen gehorcht, weil sie gerecht sind, gehorcht seinen Vorstellungen von Gerechtigkeit, nicht dem Wesen des Gesetzes. Das Gesetz ist das Gesetz und mehr nicht." Zu dem von mir in der Übersetzung verwendeten Begriff „Jurisprudenz" sei angemerkt, dass die heute im Französischen gängige Verwendung dieses Begriffs für die Rechtsprechung Produkt einer späteren Entwicklung ist; mehr dazu bei *Deguergue*, Jurisprudence, Droits Nr. 34 (2002), 95.

18 Jedenfalls wenn man davon ausgeht, dass *Pascal* „mode" als Synonym für „coutume" verwendet; vgl. den Kommentar von *Brunschwicg* in der von ihm besorgten Ausgabe *Blaise Pascal*, Pensées et Opuscules, 18. Aufl., Hachette, Paris, o. J., S. 474.

19 Sinngemäß: „So wie die Gewohnheiten sich wandeln, so wandelt sich auch das Recht."

20 „Die einzigen allgemeinen Regeln sind die Gesetze des Landes für die gewöhnlichen Dinge und die Pluralität für die anderen. Woher kommt das? Von der Gewalt, die da herrscht. […] Weil man es nicht erreicht hat, dass man gezwungen ist, dem Recht zu gehorchen, hat man es so eingerichtet, dass es richtig ist, der Gewalt zu gehorchen. Da man nicht vermocht hat, die Gerechtigkeit zu stärken, hat man die Gewalt verstärkt, damit das Gerechte und das Starke vereint sind und Friede einkehrt – das höchste Gut."

21 „Es ist richtig, dass das Gerechte befolgt wird. Es ist notwendig, dass das Stärkste befolgt wird. Ohne Gewalt ist die Gerechtigkeit ohnmächtig, Gewalt ohne die Gerechtigkeit ist tyrannisch. Die Gerechtigkeit ohne Gewalt ist ein Widerspruch in sich, weil es immer böse Menschen gibt. Gewalt ohne die Gerechtigkeit ist zu verwerfen. Man muss also Gerechtigkeit und Gewalt zusammenführen und dazu darauf hinwirken, dass das Gerechte stark ist oder das Starke gerecht ist."

22 „Gerecht ist das Bestehende; dementsprechend werden alle unsere bestehenden Gesetze notwendigerweise ungeprüft für gerecht gehalten."

23 Siehe Fn. 4.

24 Zusammenfassend dazu *F. P. Adorno*, Pascal Blaise, in: *Cadiet* (dir.), Dictionnaire de la Justice, Presses Universitaires de France, Paris 2004, S. 964. Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Einordnung von *Pascals* Denk- und Glaubensgebäude durch *Habermas*, Auch eine Geschichte der Philosophie, Bd. 2, 2019, S. 132–136; und *Flasch* (Fn. 3), S. 168 ff.

25 Ausführlich dazu *F. P. Adorno*, Pascal et le droit naturel, in: *Cléro* (dir.), Les Pascal à Rouen, 1640–1648, Presses universitaires de Rouen et du Havre, Mont-Saint-Aignan 2001, S. 357.

26 Vgl. auch *Denninger* (Fn. 5), S. 89.

Hobbes (1588–1679), sein älterer Zeitgenosse, wenn auch aus unterschiedlichen Motiven, die Hand zu reichen.[27]

Pascal setzt überdies auf die Gewohnheiten, deren Autorität auf ihrer unangefochtenen Geltung beruhe, ein Mythos, dem man um ihrer Geltung willen nicht auf den Grund gehen dürfe.[28] Aber auch das Gesetz gelte es zu befolgen, einfach weil es da ist. Zusammen genommen erscheint dies auf den ersten Blick als eine statische Betrachtung des Rechts, bar jeglichen Glaubens an den Fortschritt, also an die Wirkkraft des sozialen Wandels und der normativen Gestaltungskräfte. Man könnte aber auch von der nüchternen Analyse des Mathematikers sprechen, dem die Welt tagtäglich den Beweis für die Vielfalt von Gewohnheiten und Gesetzen liefert und für den der Sündenfall in Zusammenhang auch noch die Rechtfertigung für diesen Zustand abgibt. Hier mischen sich auf eigenartige Weise die naturwissenschaftliche Disposition mit religiösem Dogmatismus, oder wie Stolleis es formuliert: „Der in den Naturwissenschaften so unerhört offene und neugierige Pascal erweist sich im Glauben, in dem er seinen Rettungsanker findet, als besonders enger Dogmatiker der eigenen Konfession."[29]

Nun, die „Pensées" wären nicht die „Pensées", wenn man nicht doch differenziertere Überlegungen darin fände. Nicht dass der eben skizzierte Befund – nach dem Motto „Drei Fragmente weiter und alles wird umgeworfen" – entscheidend konterkariert würde. Doch finden sich Erklärungen und Nuancierungen. Selbstverständlich ist Pascal sich dessen bewusst, dass das Recht sich wandelt („le droit a ses époques"), ohne dass freilich die Richtung oder die Promotoren dieses Wandels deutlich würden. Ist es der Gesetzgeber, sprich der Souverän, der nach seiner „commodité" entscheidet oder sind es die Veränderungen der (örtlichen) „coutumes"?

Überhaupt die „coutumes"! Der Stellenwert, den Pascal ihnen beimisst, spiegelt auch die Bedeutung des „droit coutumier" im damaligen Frankreich. Die „coutumes" waren die Manifestationen des „droit vivant", das die konkreten Beziehungen zwischen den Menschen bestimmte. Diese unterschiedlichen „coutumes" („les mœurs de son pays") müssen in Ermangelung des „veri juris" die Lücke schließen. Das ist kein vorübergehender Zustand; der Verlust des „veri juris" ist vielmehr endgültiger Natur. Insofern gipfelt alles schlussendlich in der Gewalt („force"), deren Händen man auch die Gerechtigkeit anvertrauen muss, statt sie als spirituelle Größe nach Belieben zu handhaben (Fragment 78). Dennoch wird man wohl von einer Wechselbeziehung in dem Sinne ausgehen können, dass die „coutumes" in gewisser Weise das Scharnier zwischen dem Volk und dem Herrscher bilden, der sich bei seinem politischen und rechtlichen Handeln in der Realität schwerlich an seiner „commodité" (allein) orientieren würde.[30] Dies umso weniger, als das Volk die „coutumes" nicht befolgt, weil sie vernünftig oder gerecht sind, sondern weil es sie für vernünftig oder gerecht *hält* (Fragment 469: „Mais le peuple la suit par cette seule raison qu'il la croit juste"). Das heißt für Pascal haben die (überkommenen) *Vorstellungen* der Bevölkerung eine maßgebliche Bedeutung für die Steuerungsfunktion.

So ganz „wertfrei" geht es bei Pascal aber doch nicht zu. Fragment 76 spricht an, woran ihm vor allem gelegen ist, nämlich am Frieden („[…] qu'est le souverain bien").[31] Es waren schließlich unruhige kriegerische Zeiten, in denen er lebte. Eine vergleichbare Stellung nimmt die Wahrheit bei ihm ein („La vérité est donc la première règle et la dernière fin des choses", Fragment 755). Also doch etwas Absolutes, das man ansteuern sollte!? Die Formulierung klingt im Übrigen nach Richtigkeit. Wir werden in dieser Annahme, also der Nähe von Wahrheit und Richtigkeit, bestärkt durch jenen viel zitierten Spruch „Vérité au deça des Pyrénées, erreur au-delà".[32]

Selbst die Gerechtigkeit, über deren irdische Emanation Pascal in diesem Fragment eher spottet, tritt im Wechselspiel mit der Gewalt auf den Plan, wenn er nämlich davon spricht, dass man „force" und „justice" miteinander versöhnen müsse, nach Denninger geradezu der Leitgedanke der Pascal'schen Rechtstheorie.[33] In diesem Bedingungszusammenhang und nur für diesen Bedingungszusammenhang wird im Grunde auch die Gewalt „kanonisiert". Man würde Pascal daher missverstehen, wenn man ihn – trotz der von ihm konstatierten allgegenwärtigen Präsenz der „force"[34] – als Apologeten einer davon losgelösten Gewalt betrachten würde.

Am Ende bleibt ein Stück Ungewissheit, und zwar nicht nur des Rechts, wie Stolleis titelt, sondern auch, wenn man den positivistischen Duktus von Fragment 545 zur Kenntnis nimmt, bezüglich der Position von Pascal. Aber vielleicht sollte man Pascal in der Gesamtsicht der Fragmente einfach als einen frühen Verfechter der „Doppelnatur des Rechts" (Alexy)[35] betrachten.

IV. Von Pascal zur Legal Geography

Pascals „Relativitätsthese", also der Verlust des „veri juris", findet bei ihm eigentlich keine, jedenfalls keine Erklärung, die im Diesseits Bestand hätte, es sei denn man betrachtet die durch den Sündenfall begründete erkenntnistheoretische Schwäche der Menschheit als existentielles Faktum. Die Verschiedenartigkeit des Rechts und der Vorstellungen von Gerechtigkeit werden vielmehr, nicht ohne ironischen Unterton, als eine faktische Gegebenheit präsentiert. Die geographischen Bezüge, deren Pascal sich dabei bedient, sind nicht neu. Die Deutung der Welt aus geographischer Sicht hat vielmehr eine lange Tradition, die man bis ins Altertum zurückverfolgen kann.[36] Ja, bei Montaigne, Pascals bevorzug-

27 Vgl. auch *Stolleis* (Fn. 4), S. 51 f.

28 Siehe auch *Stolleis* (Fn. 4), S. 49 f., eine These, die auf viel Zustimmung, aber auch auf Ablehnung, z. B. von *Montesquieu*, stieß; mehr dazu bei *Berlin*, Against the Current, hrsgg. von *Hardy*, Pimlico, London 1997, S. 151.

29 *Stolleis* (Fn. 4), S. 55.

30 Erhellend zur Bedeutung der „coutumes" *Andrieu*, Coutumes et usage, in: *Alland/Rials* (dir.), Dictionnaire de la culture jurdique, Presses Universitaires de France, Paris 2003, S. 317–326; *Carbasse*, Coutumes françaises. in: ebd., S. 326–331; *Mayali*, Droit coutumier, in: *Gauvard/de Libera/Zink* (dir.), Dictionnaire du Moyen Âge, Presses Universitaires de France, Paris 2002, S. 441–444.

31 Dazu auch *Denninger* (Fn. 5), S. 89.

32 Grundlegend zur Frage der Wahrheit im Recht, auch zu dem Verhältnis von Wahrheit und Richtigkeit, aus neuerer Zeit *Neumann*, Wahrheit im Recht, 2004.

33 *Denninger* (Fn. 5), S. 88.

34 Vgl. Fragment 477 und 561.

35 Eine mögliche Lesart, auf die mich *Joxerramon Bengoetxea* aufmerksam gemacht hat. Ich beziehe mich hier auf den gleichnamigen Beitrag von *Alexy* in: Der Staat 50 (2011), 389, in dem dieser zwischen einer realen oder faktischen und einer idealen oder kritischen Dimension von Recht unterscheidet.

36 Vgl. z. B. *Couzinet/Staszak*, A quoi sert la «théorie des climats»? Éléments d'une histoire du déterminisme environnemental, Corpus 34 (1998), 9, 12.

tem „intellektuellen Sparringspartner", findet sich das berühmte Pascal-Zitat sogar schon in der Grundanlage.[37]

Nun erklärt natürlich die unvollendete Konfektionierung der „Pensées" manches. Insofern kann man endlos darüber spekulieren, was Pascal hier noch hätte unterlegen können. Vielleicht hätte Pascal noch mehr Klimatheorie à la Montesquieu betrieben, wenn er die Gelegenheit dazu gehabt hätte. Vielleicht ist er aber auch davon ausgegangen, dass die Einteilung der Welt in Breitengürtel und deren Bedeutung für die Lebensgewohnheiten damals ohnehin allen vertraut war. Oder aber diese Hinweise waren von vornherein nur als jenes ironische Stilmittel gedacht, an dem sich die Nachwelt seither ergötzt. Wie dem auch sei: Anders als Montesquieu, dem wir heute die explizite Grundlegung einer „Klimatheorie" zuschreiben,[38] behauptet Pascal nicht ausdrücklich, dass das unterschiedliche Klima für die Unterschiede in Recht und Gesetzgebung stehe. Und dennoch ist dieses Fragment irgendwie eine permanente Einladung, über diese Zusammenhänge nachzudenken. Und damit sind wir natürlich beim „spatial turn" unserer Tage angelangt,[39] also jenem die gesamten Kultur- und Sozialwissenschaften durchwaltenden Paradigma, das in Gestalt von „Legal Geography" längst auch das Recht erfasst hat.[40]

Das Zusammentreffen der Herauspräparierung des „spatial turn" mit dem gesteigerten Umwelt- und Klimabewusstsein ist sicher kein Zufall. Es kommt hinzu, dass gerade die Geographie als Querschnittsmaterie zu interdisziplinären Brückenschlägen einlädt, in diesem Fall also dazu, die Bedeutung der (räumlichen) Lebensbedingungen für die Ausgestaltung des rechtlichen Gefüges, innerhalb dessen sich die Menschen bewegen, zu thematisieren. Auch die Rechtswissenschaft öffnet sich zunehmend, vor allem, aber nicht nur in den U.S.A., für solche Formen der Interdisziplinarität, womit die Grundlage für diese florierende Forschungsagenda gelegt ist. Dabei begreifen die Protagonisten von „Legal Geography" diese weder als eine „subdiscipline", noch als „specialized scholarship", sondern als „truly interdisciplinary project".[41] Das klingt bescheiden und anspruchsvoll zugleich. Nun ist natürlich klar,[42] dass die Unterschiede in den existentiellen Rahmenbedingungen, in der räumlichen „Architektur der Welt" (Lessig), sich auch in der Welt des Rechts niederschlagen, weil sie sich auf die Formen und Organisation des menschlichen Zusammenlebens auswirken. Bei der Antwort auf die sozialpsychologische Frage „What makes them tick?" muss man daher die räumliche Umgebung, innerhalb derer sich eine Rechtsgemeinschaft entwickelt hat, berücksichtigen.

Kontinuität und Wandel: Während die Geographie bei Pascal als ironisch anmutendes Mittel für eine wissenschaftstheoretisch angehauchte Falsifizierung des universellen Charakters von Gerechtigkeit daher kommt, ist sie heute – als Teil der allgemeineren Debatte über Rechtskulturen – zu einem erkenntnistheoretischen Stimulus für ein differenzierteres Verständnis von Recht oder, sagen wir vielleicht besser, von Rechtssystemen geworden. Den Befund, den Pascal noch verspottet, sieht man heute nicht mehr kritisch, was nicht heißt, dass der Traum der Universalisten ausgeträumt ist. Womit wir endlich beim Kern unseres Themas wären!

V. Universalismus damals und heute

Zu den Begründern einer wissenschaftlich angeleiteten Rechtsvergleichung zählt bekanntlich Montesquieu, der im Grunde mit seinen Reflexionen über die Bedeutung des Klimas für die Gesetzgebung deren Relativität ohne die ironische Begleitmusik von Pascal in ein Theorem überführt hat.[43] In der Folge sollte sich die Rechtsvergleichung im Spannungsfeld von Konvergenz und Divergenz entwickeln und so ist es bis heute geblieben. Und dennoch ist Vorsicht geboten, wenn sich mancher zeitgenössische Skeptiker in Sachen Universalisierung auf Pascal und Montesquieu als Kronzeugen berufen möchte. Denn wir diskutieren diese Fragen heute in einem rechtlich völlig veränderten Umfeld. Ja, der Grad an Universalisierung, der heute erreicht worden ist, muss für das 17. und 18. Jahrhundert unvorstellbar erscheinen.

Um dies kurz zu rekapitulieren: Die unterschiedlichen „coutumes", von denen ja bei Pascal so viel die Rede ist, prägten damals den Rechtsalltag in Frankreich. Sie galten als „patrimoine des provinces", das auch der König zu respektieren hatte.[44] Dies war auch im Volk tief verwurzelt. Carbasse macht etwa darauf aufmerksam, dass zwar die aufgeklärten Geister im 18. Jahrhundert die Uniformisierung des Rechts auf ihre Fahnen geschrieben hatten, sich in den „cahiers de doléances" der Bevölkerung davon aber kein Wort fand.[45] In Frankreich war man damals von einem einheitlichen Recht noch weit entfernt. Erst die napoleonische Gesetzgebung hat das Recht vereinheitlicht und die Teilung des Landes – im Süden galt überwiegend das römisch-rechtlich beeinflusste „droit écrit" und im Norden galten die „coutumes" – überwunden.

Nun haben die Kodifikationen nicht nur eine Konsolidierung der verschiedenen Rechtssysteme gebracht, sondern die verbreitete Bewegung hat zugleich den vergleichenden Austausch über das („richtige") Recht wie überhaupt – in Abkehr von Savignys „historischer Rechtsschule" – das Konzept einer universalen Rechtswissenschaft gefördert. Wissenschaftliche Netzwerke florierten.[46] In Deutschland wirkte vor allem Mittermaier als „Schaltstelle" dieses Informationsaustauschs.[47] Diese (internationale) Entwicklung

37 „Quelle vérité que ces montagnes bornent, qui est mensonge au monde qui se tient au-delà?", hier zitiert nach *Montaigne*, Les Essais, Livre II, Édition établie et présentée par *Pinganaud*, arléa, Paris 1992, S. 445.

38 Schon eingangs seines „De l'esprit des lois" (in: Œuvres complètes, Bibliothèque de la Pléiade, Bd. 2, Gallimard, Paris 1951, S. 227, 238) hebt er bei seiner Analyse der Bedingungen für die passenden (positiven) Gesetze eines Landes vor allem anderen deren Entsprechung „au *physique* du pays; au climat glacé, brûlant ou tempéré; à la qualité du terrain, à sa situation, à sa grandeur" hervor. Im weiteren Verlauf widmet er diesen Fragen das 15 Kapitel umfassende XIV. Buch im dritten Teil seines Werkes.

39 Vgl. dazu *Döring/Thielmann* (Hrsg.), Spatial Turn, 2009; *Günzel* (Hrsg.), Raumwissenschaften, 3. Aufl. 2012; *Dünne/Günzel* (Hrsg.), Raumtheorie, 9. Aufl. 2018.

40 Vgl. vor allem *Braverman/Blomley/Delaney/Kedar* (eds.), The Expanding Spaces of Law. A Timely Legal Geography, Stanford University Press, Stanford 2014; sowie meine Stellungnahme dazu: *Jung*, „Legal Geography" – ein Impuls für die Rechtsvergleichung?, in: Festschrift für Martinek, 2020, S. 357.

41 *Braverman/Blomley/Delaney/Kedar*, Introduction, in: *dies*. (Fn. 40), S. 2.

42 In Anlehnung an meine Schlussbetrachtung in: „Legal Geography" (Fn. 40), S. 366.

43 Ausführlich zur Bedeutung von Montesquieu für die Entwicklung der Rechtsvergleichung neuerdings *Bonilla Maldonado*, Legal Barbarians, Cambridge University Press, Cambridge u. a. 2021, S. 46–69.

44 Vgl. *Carbasse* (Fn. 30), S. 327.

45 *Carbasse* (Fn. 30), S. 331 m. w. Nachw.

46 Vgl. auch *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 51 ff.; *Wadle*, Einhundert Jahre Rechtsvergleichende Gesellschaften in Deutschland, 1994, S. 12–16.

47 Zu *Mittermaier* als Rechtsvergleicher *Jung*, Carl Joseph Anton Mittermaier et le droit comparé, l'IRASCible 6 (2016), 147. *Vogel*, Strafrecht und

gipfelte in dem programmatischen Referat von Saleilles auf dem Pariser Weltkongress im Jahre 1900.[48] Dabei verfolgte Saleilles' komparatistische Methode die Herauspräparierung von Idealtypen, Modellen also, die dann nur noch der nationalen Einkleidung bedürften.[49] Mit der Betonung des einheitlichen Kerns – der soziologisch angereicherte Idealtyp („un type générique") – bewegte er sich im Grunde in Richtung auf ein „verweltlichtes" Naturrecht.[50] Das Wirken von europäischen und internationalen Organisationen hat vor allem nach dem Zweiten Weltkrieg zu entscheidenden Veränderungen geführt, die weitreichende Angleichungen, Harmonisierungen und wechselseitigen Anerkennungen bewirkt haben.[51] Die Trias „Diffusion, Rezeption und Transplantation"[52] steht dabei für eine Grundmelodie, die eher die Fungibilität von Recht betont, was man freilich auch in Zusammenhang mit einem von der Globalisierung begünstigten Gleichlauf und politischen Hegemonen in Zusammenhang bringen kann.

Das Maß an Gemeinsamkeit differiert natürlich von Rechtsgebiet zu Rechtsgebiet. Nicht von ungefähr kann das UN-Kaufrecht als Vorzeigestück gelten, weil hier die Bedürfnisse des Marktes durchgeschlagen haben. Auch die Menschenrechte haben sich als politischer, moralischer und rechtlicher Impulsgeber, als eine internationale lingua franca der Humanisierung des Rechts erwiesen. Auch wenn die politische Resistenz einzelner Staaten und die gewisse Relativität der Schutzsysteme ihre Wirkkraft mindern, sind sie doch als Ausdruck des normativen Erwartungshorizonts der Weltgemeinschaft nicht mehr hinwegzudenken. Bei Verbrechen gegen die Menschlichkeit ist die weltweite strafrechtliche Ächtung von barbarischen Verhaltensweisen sehr weit fortgeschritten. Überhaupt ist von der Errichtung internationaler Strafgerichtshöfe eine beachtliche Schubkraft für die Entwicklung international anerkannter Standards ausgegangen.

Ein Befundvergleich „damals – heute" geht also schon in Richtung auf mehr Übereinstimmung. Soll das heißen, dass die weitere Entwicklung Pascals ironisch-skeptische Feststellung falsifiziert hat? Diese Frage ist gar nicht so leicht zu beantworten. Denn das Streben nach Vereinheitlichung hat sicher beachtliche Ergebnisse erzielt und der Wunsch nach noch mehr Konvergenz ist weit verbreitet. Bei näherem Hinsehen hat die Feststellung, prinzipiell betrachtet, aber nichts von ihrem Realitätsgehalt eingebüßt. Die einen beklagen dies, die anderen sind gar – fern der Pascal'schen Ironie – der Meinung, dass die Divergenz das eigentliche Maß sei, weil man eben die Dinge nicht über einen Leisten schlagen dürfe. Für diesen Standpunkt kann man zunächst einmal vorbringen, dass hinter mancher Harmonisierung früher koloniales und heute hegemoniales Machtstreben[53] steckt, so dass sich die Frage nach dem richtigen Recht gar nicht erst stellt. Vor allem haben Ethnologie, Anthropologie[54] und – im Gefolge des „cultural turn"[55] – die Kulturwissenschaften unser Gespür für die kulturelle Einbettung von Recht geschärft und damit auch Zweifel an der selbstverständlichen Überlegenheit von bestimmten Rechtssystemen oder Problemlösungen gesät. Dies hat jene bestärkt, die die Rolle der Rechtsvergleichung mehr in der Erklärung der Divergenz als in der Forcierung von Konvergenz sehen. Sie verlangen, dass „analogies and the presumption of similarity have to be abandoned for a rigorous experience of distance and difference",[56] sie fordern Respekt für die „altérité" und sehen gerade darin die Gerechtigkeit begründet.[57] Wer sich davon bei der Suche nach Gemeinsamkeiten nicht entmutigen lässt, mag den Ansatz der „critical comparison"[58] als Appell betrachten, doch genauer hinzuschauen.

Das Thema „Recht und Kultur" hat jedenfalls eine Flut von Veröffentlichungen hervorgebracht, die teils die Binnensicht innerhalb von Rechtssystemen, teils die Bedeutung des kulturellen Aspekts im Vergleich der Rechtssysteme betreffen.[59] Dabei ist auch das Thema der Rechtstraditionen, das man früher gerne unter dem Begriff der Rechtsfamilien abgehandelt hat, wieder in den Vordergrund gerückt.[60] Die Fragestellung ist vermehrt von Seiten des Strafrechts und der Kriminalsoziologie aufgegriffen worden.[61] Gerade das Institut der Strafe bildet einen klassischen Spannungsbogen von (kultureller) Divergenz und anhaltenden Konvergenzbestrebungen ab. Strafe und Strafverfahren zählen überdies zu den maßgeblichen Stimuli für die Herauspräparierung des Menschenrechtsschutzes und zu seinen Hauptanwendungsfeldern. Wenn man möglichst viele Staaten mitnehmen will, muss man sogar im Bereich des strafrechtlich orientierten Menschenrechtsschutzes gewisse nationale Anwendungsspielräume konzedieren.[62] Insofern wäre selbst hier eine forcierte Universalisierung fehl am Platze, auch wenn es bei bestimmten Fragen – ich denke etwa an die Todesstrafe, Leibesstrafen und an die Folter – für mich keine Kompromisse gibt.

Die Globalisierung hat sicher das Gefühl der Zusammengehörigkeit, das Eine-Welt-Gefühl gesteigert und – man denke an die Klimakrise, die Pandemie und das weltumspannen-

Strafrechtswissenschaft im internationalen und europäischen Rechtsraum, JZ 2012, 25, 29 spricht vom 19. Jahrhundert als „Blütezeit der Rechtsvergleichung".

48 *Saleilles*, Conception et objet de la science du droit comparé, Bulletin de la Société de législation comparé 29 (1900), 383–405.

49 *Saleilles* (Fn. 48), S. 397.

50 Mehr zu *Saleilles*' Konzept bei *Jung*, Kontinuität und Wandel – Der französische Beitrag zur Theorie der Rechtsvergleichung, in: Festschrift für Tiedemann, 2008, S. 1515, 1516.

51 Zur „Internationalisierung" des Rechts z. B. *Delmas-Marty*, Études juridiques comparatives et internationalisation du droit, Collège de France/Fayard, Paris 2003.

52 Dazu z. B. *Jung*, Recht und kulturelle Identität – Anmerkungen zur Rezeption, Transplantation und Diffusion von Recht, ZStW 121 (2009), 467.

53 Dazu *Mattei*, A Theory of Imperial Law: A Study on U. S. Hegemony and Latin Resistance, Indiana Journal of Global Legal Studies 10 (2003), 383.

54 Z. B. *Nader*, The Life of the Law, University of California Press, Berkeley u. a. 2005; *Rosen*, Law as Culture, Princeton University Press, Princeton/Oxford 2006.

55 *Bachmann-Medick*, Cultural Turns, 2006.

56 *Frankenberg*, Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law, Harvard International Law Journal 26 (1985), 411, 453.

57 *Legrand*, Au lieu de soi, in: *Legrand* (dir.), Comparer les droits, résolument, Presses Universitaires de France, Paris 2009, S. 11, 36.

58 Vgl. dazu, unter Bezugnahme auf *Frankenberg* (Fn. 56), das Kapitel „The Critical Academic of Law" bei *Bonilla Maldonado* (Fn. 43), S. 133–176.

59 Das Thema ist auch zentral für die Entwicklungsgeschichte der Rechtsvergleichung von *Bonilla Maldonado* (Fn. 43).

60 Grundlegend *Glenn*, Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law, 4. Aufl., Oxford University Press, Oxford u. a. 2020.

61 Vgl. etwa *Melossi/Sozzo/Sparks* (eds.), Travels of the Criminal Question. Cultural Embeddedness and Diffusion, Hart, Oxford/Portland 2011; *Kymlicka/Lernestedt/Matravers* (eds.), Criminal Law and Cultural Diversity, Oxford University Press, Oxford u. a. 2014; *Jung*, Strafe und Kultur, GA 2021, 608. Vor allem *Garland* hat unter dem gedanklichen Einfuss von *Elias*, *Foucault* und *Geertz* und im Gefolge des „cultural turn" eine groß angelegte „culturalist theory of punishment" vorgelegt, die er seit nunmehr rund dreißig Jahren prominent vertritt und fortentwickelt; z. B. Punishment and Modern Society, Oxford University Press, Oxford u. a. 1992, The Culture of Control, Oxford University Press, Oxford u. a. 2001, A Culturalist Theory of Punishment, in: Punishment & Society 2009, 259.

62 Vgl. auch *Jung*, Upgrade für die margin of appreciation?, in: Festschrift für Stein, 2015, S. 976.

de Internet – das Gefühl einer Verantwortungsgemeinschaft gefördert. Auch wenn von der Globalisierung in vielen Fragen ein gewisser Einigungsdruck ausgehen mag, so hat sie doch zugleich unsere Wahrnehmung für die Pluralität von Rechtssystemen eher geschärft. War es früher ein engerer Kreis sogenannter Kulturnationen oder civilised nations, die die Dinge untereinander ausgemacht haben, so ist die Welt der Vergleichung heute größer und vielfältiger geworden. Die Titel der Werke von Delmas-Marty, der großen Theoretikerin eines Weltrechts, „Le pluralisme ordonné"[63] und „Le relatif et l'universel"[64] stehen für den Spannungsbogen, der sich hier auftut. Passend dazu hat auch die Anthropologie die Globalisierung entdeckt.[65] Insofern eröffnet, was das Recht anbetrifft, die Globalisierung eine Makroperspektive und eine Mikroperspektive: Aus der Makroperspektive richtet sich der Fokus auf die (weitere) Internationalisierung des Rechts.[66] Aus der Mikroperspektive richtet sich der Fokus nunmehr auch auf Rechtsmodelle, die bislang nicht in Erscheinung getreten sind, weil die Komparatistik sich auf einen eingefahrenen Kanon konzentriert hatte.

Die Wahrnehmung der Welt hat sich also geändert. Das hat auch Auswirkungen auf die Wahrnehmung und Analyse ihrer Rechtssysteme. Von der Vorstellung eines allein richtigen Rechts hat man sich zunehmend verabschiedet. Anders als bei *Pascal* sind dafür keine erkenntnistheoretischen Gründe, sondern die Einsicht maßgeblich, dass das Recht den durchaus verschiedenen sozialen Rahmenbedingungen Rechnung tragen muss. Wer jedoch gewillt ist, das Recht voranzudenken, wird nicht bei einem totalen kulturellen Relativismus verharren können. Was in der Theorie der Rechtsvergleichung durchaus weiter kultiviert werden muss, nämlich das Bewusstsein für die Differenz, darf die praktische Rechtsvergleichung, die durch die vielfältigen Bedürfnisse der Zusammenarbeit diktiert ist, nicht lähmen, sondern sollte sie befruchten.[67] Dies gilt auch oder sogar erst recht für die Ebene der Menschenrechte, die gewissermaßen ex definitione in einem universalistischen Geist verstanden und entwickelt werden müssen.[68]

VI. Schlussbetrachtung

Die „Pensées" stellen ein Werk mit Langzeitwirkung dar.[69] Die Spuren des Pascal'schen Skeptizismus reichen bis zum Dekonstruktivismus unserer Tage. Derridas bekannter Vortrag „Gesetzeskraft. Der mystische Grund von Autorität" greift nicht nur im Titel eine Pascal'sche Wendung auf, sondern er setzt sich auch inhaltlich – neben Benjamin und Montaigne – vorzugsweise mit Pascal auseinander.[70] Der Kreis schließt sich, wenn man sieht, dass Derridas dekonstruktivistisches Gedankengut von Legrand als prononciertem „Kulturalisten" in der Rechtsvergleichung aufgegriffen worden ist.[71] Überhaupt könnte man Pascals Fragment 56 geradezu als Erkennungsmelodie für diesen Forschungsansatz in der Rechtsvergleichung nehmen. Auch für das Rechts- und Staatverständnis unserer Tage ist Pascal mit seinen Thesen von der Bedeutung der „force" moderner denn je.[72]

Niemand dürfte bei der Interpretation der Pascal'schen Vorstellungen vom Recht ohne Fragezeichen auskommen. Wenn Stolleis seine Lesart von Pascals Thesen zum Recht ausdrücklich unter das Stichwort „Ungewissheit" stellt, so muss dies nicht verunsichern. Denn im Grunde stilisiert er Pascal damit zum Theoretiker der Positivität. Positivität bedeutet nämlich auch, dass das Recht innerhalb gewisser Grenzen auch anders sein könne.

Was hat das nun alles mit der Gerechtigkeit zu tun? Im alltäglichen Sprachgebrauch werden die Begriffe „gerecht" und „Gerechtigkeit" – nicht unähnlich dem Begriff der Fairness geradezu inflationär verwandt. Auch für die rechtliche Programmatik hat sich Gerechtigkeit als Grundmodell für die normativen Erwartungen, vielleicht auch dank einer gewissen mystischen Überhöhung, durchgesetzt. Camus hat bekanntlich eine bescheidenere Losung ausgegeben: „Es gibt keine Gerechtigkeit, es gibt Grenzen."[73] Das kann man – positiv gewendet – als Appell deuten, diese Grenzen zu bestimmen, also den „fonds commun" herauszuarbeiten und weiterzuentwickeln. Doch vielleicht braucht man bei der Suche nach mehr Gemeinsamkeit gedanklich auch gar nicht so weit auszuholen, weil wir alle tagaus tagein mit den Zwängen der Kooperation sowie mit vielen gleichlaufenden existentiellen Bedürfnissen, Nöten und Erwartungen konfrontiert sind.[74] Wiederkehrende Krisen und Kriege erinnern uns jedoch daran, dass wir es nicht mit einer linearen Entwicklung zu tun haben, dass wir vielmehr vor Rückschlägen nicht gefeit sind. Insofern sollten wir – unabhängig davon, wieviel Universalität erreichbar oder gar wünschenswert ist – nicht davon ablassen, überhaupt für die Sicherung der Weltordnung auf der Grundlage des Rechts zu werben.

63 *Delmas-Marty*, Le pluralisme ordonné, Seuil, Paris 2006.
64 *Delmas-Marty*, Le relatif et l'universel, Seuil, Paris 2004.
65 *Abélès*, Anthropologie de la globalisation, Payot, Paris 2008.
66 Hierzu z. B. *Delmas-Marty* (Fn. 51), sowie zu ihrer Vorstellung eines „droit commun de l'humanité" *Delmas-Marty*, L'Adieu aux Barbares, Presses de l'Université Laval, Québec 2007.
67 Mehr dazu bei *Jung*, Rechtsvergleich oder Kulturvergleich?, in: Festschrift für Frisch, 2014, S. 1467; *Weigend*, Strafrechtsvergleich, in: *Hilgendorf/Kudlich/Valerius* (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 2018, S. 1055, 1074.
68 Ebenso *Touraine*, La fin des sociétés, Seuil, Paris 2013, S. 223.
69 Wie heißt es doch in den Tagebüchern von *Camus*: „Pascal, der größte von allen, gestern und heute"; *Camus*, Tagebuch. März 1951 – Dezember 1959, 1997, S. 221.
70 Vgl. *Derrida*, Gesetzeskraft. Der „mystischen Grund der Autorität", 1996, S. 22 ff. *Derrida* macht auch darauf aufmerksam, dass *Pascal* die Wendung vom mystischen Grund der Autorität von *Montaigne* entlehnt hat.
71 Mehrfach zitiert in: *Legrand* (Fn. 57).
72 Vgl. zu den komplexen Zusammenhängen von Recht und Gewalt neuerdings *Menke*, Kritik der Rechte, 2015, S. 403.
73 *Camus*, Tagebücher 1935 – 1951, 1997, S. 389.
74 *Delmas-Marty*, L'Adieu (Fn. 66), S. 29 ff. bringt hier unter Verweis auf *Habermas* und *Beck* die „communauté involontaire de risque" ins Spiel, die in Richtung auf eine „communauté volontaire de destin" weiterentwickelt werden müsste.

Professor Dr. **Christian Hillgruber**, Bonn*

Vom souveränen Nationalstaat zur souveränen Europäischen Union? – Souveränitätsverlagerung durch supranationale Rechtsprechung**

Der EuGH hat in dezisionistischer Manier unter Inanspruchnahme ihm nicht zukommender verfassunggebender Gewalt das Europarecht dem nationalen (Verfassungs-)Recht vorgeordnet, seinen Anwendungsbereich über alle Kompetenzgrenzen hinweg beständig ausgedehnt und nun auch noch damit begonnen, über die Mitgliedstaaten Verfassungsaufsicht auszuüben. Gegen diese, die Souveränität der Bundesrepublik Deutschland wie aller anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union in Frage stellende Entwicklung leistet von den deutschen Staatsorganen nur noch der Zweite Senat des BVerfG hinhaltenden Widerstand. Wie lange noch?

I. Einleitung: Integration durch Rechtsprechung

Die „immer engere Union der europäischen Völker", deren Fundament zu schaffen sich der Vertrag über die Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) vom 25. März 1957 anschickte und die weiterzuführen Ziel des Vertrags über die Europäische Union vom 7. Februar 1992 in der Fassung des Vertrags von Lissabon vom 13. Dezember 2007 war und ist, hat sich als ein Prozess erwiesen, der ganz maßgeblich durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) geprägt worden ist und wird.

Zwar haben die Mitgliedstaaten mit der Fortentwicklung der vertraglichen Grundlagen und der Übertragung von immer mehr Hoheitsrechten erst auf die Gemeinschaft und dann die Union ihre Entmachtung selbst – jeweils schubweise – entscheidend vorangetrieben. Aber die Struktur der Gemeinschaft bzw. Union hat der EuGH in der Zwischenzeit eigenmächtig geformt. Ja, man kann wohl ohne Übertreibung feststellen, dass er es gewesen ist, der ihr überhaupt erst eine Verfassung im eigentlichen Sinne gegeben hat.[1] Und es sind mehr die damit verbundenen, im Begriff der Supranationalität zusammengefassten tektonischen Verschiebungen als die Summe der Zuständigkeitsverlagerungen, die die Frage aufwerfen, ob die Souveränität nicht schon von den Mitgliedstaaten auf die Union übergegangen ist oder dieser Übergang unmittelbar bevorsteht.

Souveränität ist ein „Grenzbegriff"[2], bei dem es im Kern um das Recht der nicht mehr anfechtbaren Letztentscheidung geht. So verstanden, kann Souveränität gar nicht aufgehoben, sondern nur verlagert werden: Irgendeine staatliche oder überstaatliche Instanz hat notwendig das letzte Wort. Hatte namentlich die deutsche Europarechtswissenschaft – wohl aus taktischen Gründen – ursprünglich den Begriff der Souveränität gemieden oder jedenfalls den mit ihm verbundenen Entscheidungszwang umgehen wollen, indem das Verhältnis der Mitgliedstaaten zur Europäischen Gemeinschaft/Europäischen Union als „geteilte Souveränität" beschrieben oder die Souveränitätsfrage in einer unentschiedenen Schwebelage verortet wurde[3], so wird in jüngster Zeit jedenfalls politisch ganz unverhohlen vom „souveränen" Europa gesprochen und damit Souveränität für die Europäische Union in Anspruch genommen.[4] Welche entscheidende Rolle dem EuGH in diesem Zusammenhang zukommt, ist im öffentlichen Bewusstsein nicht präsent.

Die Gründer der EWG sind sich ganz offensichtlich nicht darüber im Klaren gewesen, welch mächtige Institution sie in Gestalt des EuGH erschufen, die alsbald in Konkurrenz zu den nationalen Höchstgerichten treten sollte. Sie hatten gerade im Unterschied zur institutionellen Rahmung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS) mit der supranational agierenden Hohen Behörde[5] an ihrer exekutiven Spitze im EWG-Vertrag den Rat „in den Mittelpunkt der Entscheidungsmacht"[6] gestellt, was der EWG eine deutlich stärkere intergouvernementale Ausrichtung gab. In welchem Umfang die Gemeinschaft von ihrer Rechtsetzungsgewalt mit Durchgriffswirkung Gebrauch machen würde, konnten die Mitgliedstaaten so selbst steuern. Vom Gerichtshof hieß es demgegenüber etwas sibyllinisch, seine Befugnisse seien „weder mit denen eines internationalen Gerichtes noch mit denen nationaler Gerichte gleichzusetzen; er wird vielmehr in umfassender Weise zugleich als Gericht für Streitigkeiten zwischen den Mitgliedstaaten, zwischen diesen und den Organen der Gemeinschaft wie auch der Organe untereinander tätig".[7] Aber mit der Zuweisung der Aufgabe, bei alledem „die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung dieses Vertrages" zu sichern (Art. 164 EWG-Vertrag), wurde ihm doch erkennbar insgesamt im Sinne

* Der Autor ist Inhaber eines Lehrstuhls für öffentliches Recht und Direktor des Instituts für Kirchenrecht der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

** Herrn Professor Dr. Dr. h. c. *Josef Isensee* zur Vollendung seines 85. Lebensjahres in Verehrung gewidmet.

1 Auch wenn die Bundesregierung in den Erläuterungen zu den Verträgen (Anl. C zu dem Entwurf eines Gesetzes zu den Verträgen vom 25. März 1957 zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Europäischen Atomgemeinschaft, BT-Drucks. 2/3440, S. 108) bereits hervorhebt, der EWG-Vertrag regle „nicht nur wie ein Wirtschafts- und Handelsabkommen Rechte und Pflichten der beteiligten Staaten untereinander", sondern rufe „vielmehr ein europäisches Gebilde verfassungsrechtlicher Gattung ins Leben", was in gewisser Weise bereits die Entscheidung des *EuGH* im Fall Costa ./. E.N.E.L. – Rs. 6/64, Slg. 1964, 1259 (1269) vorwegnimmt.

2 *C. Schmitt*, Politische Theologie, 9. Aufl. 2009, S. 13.

3 Siehe dazu nur *S. Oeter*, Souveränität und Demokratie als Probleme in der Verfassungsentwicklung der Europäischen Union, ZaöRV 55 (1995), 659 (685 – 687 m. w. N.).

4 So erklärte die Kommissionspräsidentin *U. von der Leyen* in Reaktion auf das PSPP II-Urteil des *BVerfG* (*BVerfGE* 154, 17 = JZ 2020, 744 [dazu *F. C. Mayer* JZ 2020, 725 und *Schorkopf* JZ 2020, 734]), das Urteil „werfe Fragen auf, die den Kern der europäischen Souveränität berührten", zitiert nach SZ vom 9. 5. 2020, Nach EZB-Urteil: Von der Leyen erwägt Verfahren gegen Deutschland, abrufbar unter: https://www.sueddeutsche.de/politik/ezb-bundesverfassungsgericht-von-der-leyen-giegold-14902673. Siehe auch die Rede des französischen Staatspräsidenten *E. Macron* an der Sorbonne vom 26. 11. 2017 „Initiative für Europa" (abrufbar unter: https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/rede_von_staatsprasident_macron_cle415ad4.pdf), in der allerdings erst „die Neubegründung eines souveränen, geeinten und demokratischen Europa" zum politischen Ziel erklärt wird.

5 Vgl. Art. 8, Art. 9 Abs. 5, Art. 13 Abs. 1, Art. 14 Abs. 2 EGKS-Vertrag.

6 *F. Schorkopf*, Der Europäische Weg, 2010, S. 43.

7 BT-Drucks. 2/3440, S. 146 (zu Art. 164 EWG).

JuristenZeitung 77, 584–592 DOI: 10.1628/jz-2022-0194
ISSN 0022-6882 © Mohr Siebeck 2022

klassischer Gewaltenteilung[8] eine die Gemeinschaftsgewalt – soweit notwendig – in die Schranken des Rechts weisende und damit begrenzende und mäßigende, apolitische Rolle zugewiesen. Dass er, sich selbst zum Verfassungsgericht der Gemeinschaft erhebend[9], zum Motor der Integration werden sollte, die Hoheitsgewalt der Gemeinschaft entfesselnd und beständig erweiternd, war ihm nicht in die Wiege gelegt.

Indes hatten die Mitgliedstaaten mit der Einrichtung der obligatorischen Gerichtsbarkeit des EuGH die Auslegung des von ihnen geschlossenen Gründungsvertrags wie des auf seiner Grundlage erlassenen Rechts bereits aus der Hand gegeben. Die Verfahrens- und Interpretationsherrschaft war insofern auf den EuGH übergegangen. Welch weitreichende Konsequenzen damit verbunden waren, sollte sich alsbald zeigen.

II. Der umfassend postulierte und weitgehend akzeptierte Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts

1. Die materielle und verfahrensrechtliche Bedeutung der Entscheidung Costa ./. E.N.E.L.

Schon wenige Jahre nach der Gründung der EWG fällte der EuGH 1964 im Vorabentscheidungsverfahren Costa ./. E.N.E.L.[10] ein revolutionäres Urteil, in dem er den im Vertrag nicht artikulierten Anwendungsvorrang des primären wie sekundären Gemeinschaftsrechts vor nationalem Recht gleich welcher Rangstufe einschließlich Verfassungsrecht postulierte.[11] Zur Begründung führte er an:

„Zum Unterschied von gewöhnlichen internationalen Verträgen hat der EWG-Vertrag eine eigene Rechtsordnung geschaffen, die bei seinem Inkrafttreten in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten aufgenommen worden und von ihren Gerichten anzuwenden ist. Denn durch die Gründung einer Gemeinschaft für unbegrenzte Zeit, die mit eigenen Organen, mit der Rechts- und Geschäftsfähigkeit, mit internationaler Handlungsfähigkeit und insbesondere mit echten, aus der Beschränkung der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten oder der Übertragung von Hoheitsrechten der Mitgliedstaaten auf die Gemeinschaft herrührenden Hoheitsrechten ausgestattet ist, haben die Mitgliedstaaten, wenn auch auf einem begrenzten Gebiet, ihre Souveränitätsrechte beschränkt und so einen Rechtskörper geschaffen, der für ihre Angehörigen und sie selbst verbindlich ist.

Diese Aufnahme der Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts in das Recht der einzelnen Mitgliedstaaten und, allgemeiner, Wortlaut und Geist des Vertrages haben zur Folge, dass es den Staaten unmöglich ist, gegen eine von ihnen auf der Grundlage der Gegenseitigkeit angenommene Rechtsordnung, nachträgliche einseitige Maßnahmen ins Feld zu führen. Solche Maßnahmen stehen der Anwendbarkeit der Gemeinschaftsrechtsordnung daher nicht entgegen. Denn es würde eine Gefahr für die Verwirklichung der in Artikel 5 Absatz 2 aufgeführten Ziele des Vertrages bedeuten und dem Verbot des Artikels 7 widersprechende Diskriminierungen zur Folge haben, wenn das Gemeinschaftsrecht je nach der nachträglichen innerstaatlichen Gesetzgebung von einem Staat zum andern verschiedene Geltung haben könnte.

Die Verpflichtungen, die die Mitgliedstaaten im Vertrag zur Gründung der Gemeinschaft eingegangen sind, wären keine unbedingten mehr, sondern nur noch eventuelle, wenn sie durch spätere Gesetzgebungsakte der Signatarstaaten in Frage gestellt werden könnten. […]

Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts wird auch durch Artikel 189 bestätigt; ihm zufolge ist die Verordnung „verbindlich“ und „gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat“. Diese Bestimmung, die durch nichts eingeschränkt wird, wäre ohne Bedeutung, wenn die Mitgliedstaaten sie durch Gesetzgebungsakte, die den gemeinschaftsrechtlichen Normen vorgingen, einseitig ihrer Wirksamkeit berauben könnten.

Aus alledem folgt, dass dem vom Vertrag geschaffenen, somit aus einer autonomen Rechtsquelle fließenden Recht wegen dieser seiner Eigenständigkeit keine wie immer gearteten innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgehen können, wenn ihm nicht sein Charakter als Gemeinschaftsrecht aberkannt und wenn nicht die Rechtsgrundlage der Gemeinschaft selbst in Frage gestellt werden soll.

Die Staaten haben somit dadurch, dass sie nach Maßgabe der Bestimmungen des Vertrages Rechte und Pflichten, die bis dahin ihren inneren Rechtsordnungen unterworfen waren, der Regelung durch die Gemeinschaftsrechtsordnung vorbehalten haben, eine endgültige Beschränkung ihrer Hoheitsrechte bewirkt, die durch spätere einseitige, mit dem Gemeinschaftsbegriff unvereinbare Maßnahmen nicht rückgängig gemacht werden kann.“

Diese Begründung vermag auch im Rückblick in keiner Weise zu überzeugen.[12] Dass das Gemeinschaftsrecht – auf den Gründungsverträgen beruhend – gegenüber den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten autonom ist, versteht sich von selbst. Doch aus Autonomie ergibt sich keine Hierarchie, Autonomie legitimiert keinen Vorrang. Autonomie bedeutet vielmehr, „dass grundsätzlich die beiden Rechtskreise unabhängig voneinander und nebeneinander in Geltung stehen“.[13] Allerdings kann es, soweit die unterschiedlichen Rechtsordnungen sich an dieselben Normadressaten richten, bei widerstreitenden Normbefehlen zu konfligierenden Verpflichtungsansprüchen kommen, die zur Entscheidung zwingen, welche Verpflichtung zu erfüllen ist.

Im Verhältnis von Völkerrecht und nationalem Recht gilt dabei grundsätzlich, dass der völkervertraglich gebundene Staat zwar völker(vertrags)rechtswidriges innerstaatliches Recht nicht setzen *darf*, aber – mit innerstaatlicher Gültigkeit – setzen *kann*, wie das BVerfG in der Treaty-override-Entscheidung bestätigt hat[14], ohne dass dadurch der Rechtscharakter des Völkerrechts und seine Verbindlichkeit in Frage gestellt würden. Demgegenüber geht der EuGH für das Gemeinschaftsrecht davon aus, dass es den Mitgliedstaaten schlicht *unmöglich* (geworden) ist, gegen die Gemeinschaftsrechtsordnung „nachträglich einseitige Maßnahmen ins Feld zu führen“. Der Vertragsschluss habe „eine endgültige Beschränkung ihrer Hoheitsrechte bewirkt, die durch spätere einseitige, mit dem Gemeinschaftsbegriff unvereinbare Maßnahmen nicht rückgängig gemacht werden kann“.[15] Dem Gründungsvertrag wird somit nicht lediglich schuldrechtliche, sondern quasi-dingliche Wirkung beigemessen, die zu

8 Vgl. BT-Drucks. 2/3440, S. 141: „Die rechtsprechende Gewalt liegt beim Gerichtshof; rechtsetzende und ausführende Gewalt sind zwischen den übrigen Organen aufgeteilt.“

9 *M. Höreth*, Die Selbstautorisierung des Agenten: Der Europäische Gerichtshof im Vergleich zum U.S. Supreme Court, 2008.

10 *EuGH*, Urteil v. 15. 7. 1964 – Rs. 6/64, Costa ./. E.N.E.L., Slg. 1964, 1259 (1269 – 1271). Bestätigt durch *EuGH*, Urteil v. 17. 12. 1970 – Rs. 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, Slg. 1970, 1126 (1135 Rn. 3), zahlreiche weitere Entscheidungen und jüngst durch *EuGH* (Große Kammer), Urteil v. 21. 12. 2021 – verb. Rs. C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 und C-840/19 – Euro Box Promotion u. a., ECLI: EU:C:2021:1034, Rn. 245 ff.; dazu *F. Weber*, Die Identität des Unionsrechts im Vorrang, JZ 2022, 292.

11 Der Vorrang des Europarechts vor nationalem Recht war genau genommen schon Thema der Entscheidung des *EuGH* im Fall Van Gend & Loos, Urteil v. 5. 2. 1963 – Rs. 26/62, Slg. 1963, 7, dessen Inhalt zumeist allein unter dem Gesichtspunkt der unmittelbaren Anwendbarkeit des Unionsrechts verhandelt wird. Denn schon hier postuliert der EuGH, „dass die Gemeinschaft eine neue Rechtsordnung des Völkerrechts darstellt, zu deren Gunsten die Staaten, wenn auch in begrenztem Rahmen, ihre Souveränitätsrechte eingeschränkt haben“ (ebd., S. 25) und die staatlichen Gerichte eine individuelle Rechte begründende Vertragsbestimmung zu „beachten“ haben (ebd., S. 27).

12 Kritisch jüngst auch *F. Weber* JZ 2022, 292 (295 f. m. w. N. in Fn. 52).

13 *BVerfGE* 37, 271 (278) – Solange I = JZ 1975, 479 (dazu *K. Feige* JZ 1975, 476). So auch bereits *BVerfGE* 22, 293 (296) = JZ 1968, 99 (mit Anm. *W. Wengler*) im Anschluss an *EuGH*, Urteil v. 6. 4. 1962 – Rs. 13/61, Slg. 1962, 105 (110).

14 *BVerfGE* 141, 1 (15 ff. Rn. 33 ff.) – Treaty Override = JZ 2016, 625 (mit Anm. *U. Fastenrath*).

15 Sehr deutlich dann *EuGH*, Urteil v. 9. 3. 1978 – Rs. 106/77, Simmenthal II, Slg. 1978, 630 (644 Rn. 17/18): Aus dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts folge, „dass ein wirksames Zustandekommen neuer staatlicher Gesetzgebungsakte insoweit verhindert wird, als diese mit Gemeinschaftsnormen unvereinbar wären“.

einem entsprechenden Verlust an Rechtsetzungsmacht auf Seiten der Mitgliedstaaten geführt haben soll. Damit ist dem lex posterior-Grundsatz die Grundlage entzogen.

Das ist keine petitesse, sondern rührt an die Volkssouveränität und beeinträchtigt Demokratie. Der demokratische Gesetzgeber muss grundsätzlich in der Lage sein, „– entsprechend dem durch die Wahl zum Ausdruck gebrachten Willen des Volkes – innerhalb der vom Grundgesetz vorgegebenen Grenzen Gesetzgebungsakte früherer Gesetzgeber revidieren zu können".[16] Es liegt daher nahe anzunehmen, dass der Vertrag diese weitreichende Rechtsfolge explizit angeordnet hätte, wenn sie dem Willen der Gründungsstaaten entsprochen hätte.[17] Die Mitgliedstaaten aber hatten ihre Verpflichtungen aus dem EWG-Vertrag, das hatten die regierungsamtlichen Stellungnahmen schon im Verfahren Van Gend & Loos deutlich gemacht, als herkömmlich völkerrechtliche verstanden und konzipiert.[18]

Gerade weil das „autonome" Europarecht und das nationale Recht zwei selbständige Rechtsordnungen darstellen, die nicht schon von vornherein durch einen gemeinsamen Geltungsgrund miteinander verbunden sind, bedarf es einer die beiden Rechtskreise miteinander verkoppelnden Norm, die nach Lage der Dinge nur im innerstaatlichen Recht angesiedelt sein kann. Daher ist die innerstaatliche Wirkung des Europarechts – auch des seinem Inhalt nach unmittelbar anwendbaren – stets und notwendig eine national vermittelte. Die unentbehrliche Brückenfunktion des nationalen Rechtsanwendungsbefehls macht deutlich, dass sich der Anspruch des Europarechts, nicht nur für, sondern auch in den Mitgliedstaaten zu gelten, nicht von selbst verwirklicht.

Der eigentliche, wenn auch nicht direkt angesprochene Adressat der Entscheidung Costa ./. E.N.E.L. war das italienische Verfassungsgericht[19], das wenige Monate zuvor die Geltung des lex posterior-Grundsatzes auch im Verhältnis des italienischen Zustimmungsgesetzes zum EWG-Vertrag zu nachfolgenden Gesetzgebungsakten festgestellt hatte.[20] Damit beginnt das zähe Ringen zwischen dem EuGH und den nationalen Verfassungsgerichten um das letzte Wort hinsichtlich des Verhältnisses des Gemeinschaftsrechts zum nationalen Recht einschließlich und insbesondere des nationalen Verfassungsrechts.[21]

2. Die Antwort des BVerfG

Das BVerfG antwortete dem EuGH 1974 in der Solange I-Entscheidung: In einem Konfliktfall genüge es nicht, „einfach vom ‚Vorrang' des Gemeinschaftsrechts gegenüber dem nationalen Recht zu sprechen, um das Ergebnis zu rechtfertigen, dass sich Gemeinschaftsrecht stets gegen das nationale Verfassungsrecht durchsetzen müsse, weil andernfalls die Gemeinschaft in Frage gestellt würde".[22] Das BVerfG betont, dass die Redeweise von der Übertragung von Hoheitsrechten in Art. 24 Abs. 1 GG nicht wörtlich verstanden werden dürfe, diese Vorschrift vielmehr die mit dem Zustimmungsgesetz in Anspruch genommene Integrationsermächtigung erteile, die nationale Rechtsordnung in den Grenzen der identitätsstiftenden Grundstrukturen der Verfassung derart zu öffnen, „dass der ausschließliche Herrschaftsanspruch der Bundesrepublik Deutschland im Geltungsbereich des Grundgesetzes zurückgenommen und der unmittelbaren Geltung und Anwendbarkeit eines Rechts aus anderer Quelle innerhalb des staatlichen Herrschaftsbereichs Raum gelassen wird".[23] Die Solange II-Entscheidung schreibt diese Deutung des Integrationsvorgangs fort und erblickt im Zustimmungsgesetz denn auch die Grundlage für den nun vom BVerfG dem Grunde nach explizit anerkannten, aber zugleich unter einen Verfassungsidentitätsvorbehalt gestellten Anwendungsvorrang[24] des Gemeinschaftsrechts:

> „Art. 24 Abs. 1 GG ordnet zwar nicht schon selbst die unmittelbare Geltung und Anwendbarkeit des von der zwischenstaatlichen Einrichtung gesetzten Rechts an, noch regelt er unmittelbar das Verhältnis zwischen diesem Recht und dem innerstaatlichen Recht, etwa die Frage des Anwendungsvorrangs. Innerstaatliche Geltung und Anwendbarkeit sowie ein möglicher innerstaatlicher Geltungs- oder Anwendungsvorrang völkerrechtlicher Verträge – auch der hier in Rede stehenden Art – folgen nicht schon aus dem allgemeinen Völkerrecht. Das gegenwärtige Völkerrecht enthält keine aus übereinstimmender Staatenpraxis und Rechtsüberzeugung entspringende allgemeine Regel dahin, daß Staaten verpflichtet wären, ihre Verträge in ihr innerstaatliches Recht zu inkorporieren und ihnen dort Geltungs- oder Anwendungsvorrang vor innerstaatlichem Recht beizumessen. Ein innerstaatlicher Geltungs- oder Anwendungsvorrang ergibt sich allein aus einem dahingehenden innerstaatlichen Rechtsanwendungsbefehl, und zwar auch bei Verträgen, die ihrem Inhalt zufolge die Parteien dazu verpflichten, den innerstaatlichen Geltungs- oder Anwendungsvorrang herbeizuführen. Art. 24 Abs. 1 GG ermöglicht es indessen von Verfassungs wegen, Verträgen, die Hoheitsrechte auf zwischenstaatliche Einrichtungen übertragen, und dem von solchen Einrichtungen gesetzten Recht Geltungs- und

16 *BVerfGE* 141, 1 (21 f. Rn. 53) – Treaty Override.

17 Dementsprechend hatte Generalanwalt *Roemer* in seinen Schlussanträgen in der Rs. 26/62, Slg. 1963, S. 35 (47 ff.) darauf aufmerksam gemacht, dass die verfassungsrechtliche Situation in den Mitgliedstaaten mit Blick auf die Beurteilung des Verhältnisses von supranationalem oder internationalem Recht zu später ergangenen nationalen Gesetzen nicht einheitlich sei.

18 *EuGH* (Fn. 11), Van Gend & Loos, Slg. 1963, 7 (13 f., 17–19). Zu den Gründen, warum die Regierungen der Mitgliedstaaten gleichwohl der Vorrangrechtsprechung nicht entschieden entgegengetreten sind, siehe *P. Craig*, EU Membership: Formal and Substantive Dimensions, Cambridge Yearbook of European Legal Studies Vol. 22 (2020), 1 (17): „Normative supranationalism, fuelled through direct effect, helped to prevent the stagnation of Community Law during the period of Community malaise, when decisional suprantionalism, through the Council, was difficult."

19 Die Kommission hatte im Verfahren nachdrücklich darauf hingewiesen, dass der italienische Verfassungsgerichtshof mit seinem Urteil vom 7. 3. 1964 „einen Grundsatz aufgestellt [habe], der Auswirkungen auf die Zukunft der gesamten Gemeinschaftsrechtsordnung haben könne"; *EuGH* (Fn. 10), Costa ./. E.N.E.L., Slg. 1964, 1259 (1262 f.).

20 *Cost.* 7. 3. 1964, Nr. 14, Foro it. 1964, I, 465 m. Anm. *Catalano*, Portata dell'art. 11 della Costituzione in relazione ai trattati istitutivi delle Comunità europee, ebd., 474; Giur. Cost. 1964, 130 m. Anm. *Bon Valsassina*; deutsche Übersetzung in: AWD 1964, 219 m. Anm. *Piola-Caselli*, Verhältnis des EWG-Vertrags zum nationalen Recht.

21 In diesem Ringen haben EuGH und BVerfG jeweils die Bürger mobilisiert. Der EuGH erhoffte sich zur Durchsetzung von europarechtlich begründeten Individualrechtspositionen Klagen in den Mitgliedstaaten, die in Vorabentscheidungsverfahren münden sollten; siehe bereits *EuGH* (Fn. 11), Van Gend & Loos, Slg. 1963, 7 (26): „Die Wachsamkeit der an der Wahrung ihrer Rechte interessierten Einzelnen stellt eine wirksame Kontrolle dar, welche die durch die Kommission und die Mitgliedstaaten gemäß den Artikeln 169 und 170 ausgeübte Kontrolle ergänzt." Siehe dazu näher *J. Masing*, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, 1997. Die Konstruktion eines auf Art. 38 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 und Art. 79 Abs. 3 GG gestützten Individualrechts auf Schutz vor – Volkssouveränität und Demokratie beeinträchtigenden – hinreichend qualifizierten Kompetenzüberschreitungen der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union (siehe dazu nur *BVerfGE* 142, 123 [173–175 Rn. 80–84 – OMT] = JZ 2016, 1055 [dazu *A. Steinbach* JZ 2016, 1045]) kann als Versuch des *BVerfG* gedeutet werden, seinerseits mit bürgerschaftlicher Hilfe in Gestalt von Verfassungsbeschwerden Ultra-vires-Akte von Organen der Europäischen einschließlich des EuGH abzuwehren.

22 *BVerfGE* 37, 271 (278).

23 *BVerfGE* 37, 271 (280). Siehe ferner *BVerfGE* 58, 1 (28) = JZ 1982, 145 (mit Anm. *L. Gramlich*); 68, 1 (90).

24 Das Europarecht genießt nur Anwendungs-, nicht Geltungsvorrang vor dem nationalen Recht. Es entfaltet insoweit also keine rechtsvernichtende, derogierende Wirkung mit der Folge, dass das dem Europarecht widersprechende nationale Recht in „rein nationalen", unionsrechtsfreien Zonen und Konstellationen sowie gegenüber Drittstaatsangehörigen zur Anwendung gelangen kann; siehe nur *BVerfGE* 123, 267 (398) – Lissabon = JZ 2009, 890 (dazu *K. F. Gärditz/C. Hillgruber* JZ 2009, 872 und *C. D. Classen* JZ 2009, 881).

Anwendungsvorrang vor dem innerstaatlichen Recht der Bundesrepublik Deutschland durch einen entsprechenden innerstaatlichen Anwendungsbefehl beizulegen. Dies ist für die europäischen Gemeinschaftsverträge und das auf ihrer Grundlage von den Gemeinschaftsorganen gesetzte Recht durch die Zustimmungsgesetze zu den Verträgen gemäß Art. 24 Abs. 1, 59 Abs. 2 Satz 1 GG geschehen."[25]

Das bedeutet zunächst, dass tatsächlich eine Selbstbindung des Gesetzgebers durch das Zustimmungsgesetz eintritt: Solange er dieses nicht aufhebt, kann er wegen der Sperrwirkung des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts nicht mehr wirksam diesem widersprechendes Gesetzesrecht erlassen. Der Anwendungsvorrang des Europarechts besteht allerdings nur aufgrund und im Rahmen der verfassungsrechtlichen Ermächtigung, auf die sich das Zustimmungsgesetz stützt, und, da diese definitive Grenzen hat, weicht das Grundgesetz dem nach der Rechtsprechung des EuGH für sich unbedingten Anwendungsvorrang reklamierenden Europarecht nicht einschränkungslos. Außerdem ist Europarecht nur insoweit innerstaatlich anwendbar, als ihm das Zustimmungsgesetz den Rechtsanwendungsbefehl erteilt hat. Kurzum: „Der Anwendungsvorrang reicht für in Deutschland ausgeübte Hoheitsgewalt nur so weit, wie die Bundesrepublik Deutschland dieser Kollisionsregel zugestimmt hat und zustimmen durfte."[26]

Auch hier liegt der bedeutsamste Effekt in der durch diese Konstruktion begründeten Entscheidungsmacht, hier: des BVerfG.[27] Es wacht über die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Grenzen der Integrationsermächtigung durch das Zustimmungsgesetz, und es entscheidet letztverbindlich darüber, ob ein europäischer Hoheitsakt – vom Zustimmungsgesetz gedeckt – in Deutschland Anwendung findet. Damit waren bereits die Grundlagen für die vom BVerfG durchzuführende Identitäts- und Ultra-vires-Kontrolle gelegt, die in der nachfolgenden Rechtsprechung des Gerichts[28] näher entfaltet wurde.[29]

Das BVerfG hat auch nach Schaffung der neuen, die Mitwirkung an der Europäischen Union ermöglichenden Ermächtigungsgrundlage des Art. 23 Abs. 1 GG an seiner Rechtsprechungslinie, nach der die „Gemeinschaftsgewalt sich von den Mitgliedstaaten ableitet und im deutschen Hoheitsbereich nur kraft des deutschen Rechtsanwendungsbefehls verbindlich wirken kann"[30], festgehalten: „Art. 23 Abs. 1 GG erlaubt mit der Übertragung von Hoheitsrechten – soweit vertraglich vorgesehen und gefordert – zugleich deren unmittelbare Ausübung innerhalb der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen. Er enthält somit ein Wirksamkeits- und Durchsetzungsversprechen, dem der unionsrechtliche Anwendungsvorrang entspricht."[31]

III. Quis iudicabit?

Der Anwendungsvorrang des Europarechts ist mittlerweile im Grundsatz allgemein anerkannt (vgl. die der Schlussakte zum Vertrag von Lissabon vom 17. Dezember 2007 beigefügte Erklärung Nr. 17[32]), auch wenn seine Herleitung und damit verbunden seine Reichweite zwischen EuGH und BVerfG (und zahlreichen anderen mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichten) umstritten bleiben.[33]

Hat die Bundesrepublik Deutschland angesichts dessen überhaupt noch hinreichenden Einfluss auf den Umfang ihrer europarechtlichen Bindungen? Die Antwort auf diese Frage fällt differenziert aus. Deutschland entscheidet im Verein mit den anderen Mitgliedstaaten nach wie vor souverän darüber, welche Kompetenzen sie auf die Union überträgt. Die Mitgliedstaaten könn(t)en die Kompetenzübertragungen auch ganz oder teilweise durch actus contrarius wieder rückgängig machen, das heißt die Union auflösen oder ihr einzelne Zuständigkeiten wieder entziehen (vgl. Art. 48 Abs. 2 Satz 2 EUV). Insofern besitzen sie nach wie vor die formelle Kompetenzkompetenz und sind die Herren der Verträge geblieben, wobei sie diese Herrschaft allerdings zur gesamten Hand ausüben.

1. Die Jurisdiktionsgewalt des EuGH in Kompetenzfragen – Herrschaft im Verfahren und qua Interpretation

Aber über die Reichweite einmal der Union eingeräumter Kompetenzen entscheidet – in verbindlicher Auslegung des Primärrechts – der EuGH. Er bestimmt damit zugleich darüber, welche Kompetenzen noch den Mitgliedstaaten verblieben sind. Indem sich der EuGH einer fast ausschließlich auf den Integrationszweck abstellenden objektiv-teleologischen Interpretationsmethode bedient, kommt es mit innerer Folgerichtigkeit zu unbegrenzter Auslegung. Eine auf die nützliche Wirkung für den Fortgang des Integrationsprozesses fixierte Auslegung entwickelt bei der Auslotung der Reichweite von Kompetenznormen eine – einer self-fulfilling prophecy gleichkommende – Eigendynamik, die keine Grenzen kennt und das den Verträgen zugrundeliegende Prinzip begrenzter Einzelermächtigung (Art. 4 Abs. 1 EUV) überspielt.

Damit droht die Gefahr einer beständigen interpretativen Ausdehnung der Zuständigkeiten der Union durch den EuGH zulasten der Mitgliedstaaten. Dieser Gefahr will das BVerfG mit dem Institut der Ultra-vires-Kontrolle begegnen: „Würden […] die Mitgliedstaaten vollständig auf die Ultra-vires-Kontrolle verzichten, so wäre die Disposition über die vertragliche Grundlage allein auf die Unionsorgane verlagert, und zwar auch dann, wenn deren Rechtsverständnis im praktischen Ergebnis auf eine Vertragsänderung oder Kompetenzausweitung hinausliefe."[34] Die Ultra-vires-Kon-

25 *BVerfGE* 73, 339 (374 f.) – Solange II = JZ 1987, 236 (mit Anm. *H. H. Rupp*).

26 *BVerfGE* 123, 267 (402) – Lissabon.

27 Vgl. *BVerfGE* 123, 267 (398 f.) – Lissabon

28 *BVerfGE* 89, 155 (188) – Maastricht = JZ 1993, 1100 (dazu *V. Götz* JZ 1993, 1081); 123, 267 (353 ff.) – Lissabon. Speziell zur Ultra-vires-Kontrolle *BVerfGE* 126, 286 (302 ff.) – Honeywell = JZ 2010, 1177 (mit Anm. *C.D. Classen*); 142, 123 (198–202 Rn. 143–152) – OMT; 151, 202 (297–302 Rn. 144–156) – Europäische Bankenunion; 153, 74 (133 f. Rn. 96–98, 152 Rn. 136) – Europäisches Patentgericht; 154, 17 (88–93 Rn. 105–113) – PSPP. Erste Ansätze finden sich schon in der Kloppenburg-Entscheidung; *BVerfGE* 75, 223 (235, 242) = JZ 1988, 191 (mit Anm. *H. H. Rupp*).

29 Siehe zu ähnlichen verfassungsrechtlichen Vorbehalten der Verfassungs- oder Höchstgerichte anderer Mitgliedstaaten die Nachweise in *BVerfG*, Beschluss v. 23. 6. 2021 – 2 BvR 2216/20, Rn. 74, EPGÜ-ZustG II (Ablehnung einstweilige Anordnung) = EuGRZ 2021, 462.

30 *BVerfGE* 89, 155 (190); siehe auch *BVerfGE* 123, 267 (354, 400) – Lissabon.

31 *BVerfGE* 126, 286 (302) – Honeywell.

32 Die Erklärung ist nicht selbst Vertragsbestandteil, aber als auf den Vertrag bezogene Übereinkunft der Vertragsparteien zu dessen Auslegung heranzuziehen; siehe Art. 31 Abs. 2 lit. a WVRK.

33 Siehe die Deutung durch *BVerfGE* 123, 267 (396): „Mit der dem Vertrag von Lissabon beigefügten Erklärung Nr. 17 zum Vorrang erkennt die Bundesrepublik Deutschland keinen verfassungsrechtlich bedenklichen unbedingten Geltungsvorrang des Unionsrechts an, sondern bestätigt allein die geltende Rechtslage in der bisherigen Auslegung durch das Bundesverfassungsgericht"; ferner in *BVerfG*, Beschluss v. 23. 6. 2021 (Fn. 29), Rn. 76 – EPGÜ-ZustG II. Siehe demgegenüber *EuGH* v. 21. 12. 2021 (Fn. 10), Euro Box Promotion u. a., Rn. 248 und eingehend *F. Weber* JZ 2022, 292 (296–298).

34 *BVerfGE* 126, 286 (303) – Honeywell; 154, 17 (90 f. Rn. 111) – PSPP.

trolle dient damit zugleich der Wahrung der Souveränität der Bundesrepublik Deutschland: „Es ist eine Konsequenz der fortbestehenden Souveränität der Mitgliedstaaten, dass jedenfalls dann, wenn es ersichtlich am konstitutiven Rechtsanwendungsbefehl mangelt, die Unanwendbarkeit eines solchen Rechtsaktes für Deutschland vom Bundesverfassungsgericht festgestellt wird."[35]

Das BVerfG hat die für sich in Anspruch genommene Kontrolle aber aus Gründen der Europarechtsfreundlichkeit an so enge Voraussetzungen geknüpft, dass sie kaum praktisch werden kann. Das BVerfG will nur offensichtlichen und bedeutsamen, weil zu strukturellen Verschiebungen im Kompetenzgefüge führenden Kompetenzüberschreitungen entgegentreten.[36] Vor allem aber akzeptiert das BVerfG „die unionseigenen Methoden der Rechtsfindung, an die sich der Gerichtshof gebunden sieht und die der ‚Eigenart' der Verträge und den ihnen eigenen Zielen Rechnung tragen".[37] Dabei ist es gerade die fragwürdige Methodik des EuGH, die zu den interpretativen Grenzüberschreitungen mit steten Kompetenzausdehnungen und -verlagerungen führt.[38] Dieser schleichenden Entwicklung, in deren Verlauf kleinere, für sich betrachtet möglicherweise geringfügige Kompetenzüberschreitungen kumulativ ins Gewicht fallen und bei der das Europarecht sukzessive erhebliche Geländegewinne auf Kosten des Rechts der Mitgliedstaaten erzielt, haben diese wenig bis nichts entgegenzusetzen.[39] „Beim derzeitigen Entwicklungsstand des Unionsrechts kommen allein die nationalen Höchstgerichte, insbesondere die Verfassungsgerichte, als Instanzen für die Ausübung einer Kompetenzkontrolle gegenüber den Unionsorganen in Frage, nachdem auf der europäischen Ebene der Gerichtshof den Schlussstein des Systems bildet und diese Position tendenziell gemeinschaftsfreundlich genutzt hat."[40] Auf die Effektivität dieser verfassungsgerichtlichen Kontrolle kommt es daher für die Aufrechterhaltung der staatlichen Souveränität entscheidend an.

Denn der EuGH hat das entscheidende letzte Wort in allen europarechtlichen Fragen; seine autoritative Auslegung des primären wie sekundären Europarechts ist nicht nur für die Organe der Europäischen Union, sondern auch für die Mitgliedstaaten verbindlich. Der EuGH hat zudem die mitgliedstaatlichen Fachgerichte für die Durchsetzung des Anwendungsvorrangs des Europarechts als seine Agenten eingespannt. Jedes nationale Gericht besitzt die Kompetenz, ja die Pflicht, nationales Recht, das dem Europarecht widerspricht, außer Anwendung zu lassen, und zwar „ohne dass es die vorherige Beseitigung dieser Bestimmung auf gesetzgeberischem Wege oder durch irgendein anderes verfassungsrechtliches Verfahren beantragen oder abwarten müsste".[41] Die Mitwirkung der nationalen Gerichte ist notwendig, weil der EuGH nur über die Auslegung der Verträge und über die Gültigkeit sowie die Auslegung von den Unionsorganen gesetzten Rechts im Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV) bzw. auf Nichtigkeitsklage (Art. 264 AEUV) hin entscheiden kann, aber nicht europarechtswidriges nationales Recht selbst außer Anwendung setzen kann.[42]

Jüngst hat er in einem Rumänien betreffenden Fall die nationalen Gerichte auch ermächtigt und europarechtlich verpflichtet, sich über gegenläufige Rechtsprechung der nationalen Verfassungsgerichte hinwegzusetzen und diese damit von ihrer Gefolgschaftspflicht gegenüber ihren Verfassungsgerichten freigesprochen.[43] Umgekehrt hat der EuGH sein Auslegungs- und Verwerfungsmonopol gefestigt, indem er nationale Gerichte verpflichtet hat, ihn um eine Vorabentscheidung nach Art. 267 EUV zu ersuchen, wenn sie sekundäres Europarecht für primärrechtswidrig halten.[44] Damit übt der Gerichtshof über das Europarecht die souveräne Herrschaft im Verfahren aus.

2. Der Versuch der Herrschaftsbegrenzung: Die Ultra-vires-Kontrolle durch das BVerfG

Aber all das vermag nichts daran zu ändern, dass die Entscheidung darüber, ob das in der maßgeblichen Auslegung durch den EuGH geltende Europarecht im Mitgliedstaat Bundesrepublik Deutschland so Anwendung finden und sich gegen ihm widersprechendes deutsches Verfassungsrecht durchsetzen kann, sich letztlich notwendig nach diesem Verfassungsrecht beurteilt, dessen Hüter das BVerfG ist. Es hat dabei nicht nur über die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Grenzen der Integrationsermächtigung nach Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i. V. m. Art. 79 Abs. 3 GG zu wachen (Identitätskontrolle), sondern auch zu prüfen, ob Rechtsakte der Unionsorgane sich in den Grenzen der ihnen eingeräumten

35 *BVerfGE* 123, 267 (400) – Lissabon.

36 Siehe dazu näher *BVerfGE* 126, 286 (303 ff.) – Honeywell; dazu mit Recht kritisch Sondervotum *Landau* in: *BVerfGE* 126, 286 (318, 322 – 324) – Honeywell.

37 *BVerfGE* 126, 286 (307) – Honeywell. Einschränkend *BVerfGE* 154, 17 (92 Rn. 112) – PSPP: „Die Handhabung dieser Methoden und Grundsätze kann – und muss – derjenigen durch innerstaatliche Gerichte nicht vollständig entsprechen, sie kann sich über diese aber auch nicht ohne Weiteres hinwegsetzen."

38 Kritisch zum methodischen Freibrief, den das BVerfG dem EuGH schon in *BVerfGE* 75, 223 (243 f.) – Kloppenburg, und dann erneut in *BVerfGE* 123, 267 (351 f.) – Lissabon – erteilt hat, *C. Hillgruber/K. F. Gärditz*, Volkssouveränität und Demokratie ernst genommen – Zum Lissabon-Urteil des BVerfG, JZ 2009, 872 (877); *C. Hillgruber*, Spielräume und Grenzen der EuGH, in: *P. Behrens/Th. Eger/H.-B. Schäfer* (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Europarechts, 2012, S. 1 (22 f.).

39 Siehe dazu Sondervotum *Landau,* in: *BVerfGE* 126, 286 (318, 321) – Honeywell: „Die exekutiven und judikativen Instanzen der Europäischen Union haben weithin die Möglichkeit, das Unionsrecht in der von ihnen für richtig gehaltenen Interpretation durchzusetzen, ohne dass die politischen Instanzen über effektive Mechanismen zur Gegensteuerung für den Fall verfügen würden, dass sie die Folgen der Interpretation für schädlich erachten. Die Möglichkeit, eingetretenen Kompetenzaushöhlungen legislativ oder durch Vertragsrevisionen zu begegnen, ist angesichts der hierfür bestehenden hohen Hürden in einer Union mit 27 Mitgliedstaaten von geringer praktischer Wirksamkeit."

40 Sondervotum *Landau*, in: *BVerfGE* 126, 286 (318, 321) – Honeywell.

41 *EuGH*, Urteil v. 9. 3. 1978 – Rs. 106/77, Slg. 1978, 630 (644 f. Rn. 21 – 23, 24) – Simmenthal II. Siehe ferner *EuGH*, Urteil v. 19. 6. 1990 – Rs. C-213/89, Factortame, Slg. 1990, Slg. 1990, I-2433 (2473 f. Rn. 19 – 21). Auch das *BVerfG* geht insoweit von einer umfassenden Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der zuständigen Fachgerichte aus; vgl. *BVerfGE* 31, 145 (174 f.), 82, 159 (191); dazu kritisch *C. Hillgruber*, Landesbericht Deutschland, in: *W. Kluth* (Hrsg.), Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht, 2007, S. 97 (130 – 132).

42 Das in einem Vertragsverletzungsverfahren (Art. 258 f. AEUV) ergehende Urteil des EuGH entfaltet nur Feststellungs-, keine Kassationswirkung (siehe Art. 260 Abs. 1 AEUV).

43 *EuGH* v. 21. 12. 2021 (Fn. 10), Euro Box Promotion u. a., Rn. 259 – 262. Zu vorherigen Relativierungen der Bindungswirkung der Urteile höherinstanzlicher Gerichte für vorlagewillige Gerichte siehe *EuGH*, Urteil v. 16. 1. 1974 – Rs. 166/73, Rheinmühlen-Düsseldorf, Slg. 1974, 33 (38 f. Rn. 2 – 4); *EuGH* (Große Kammer), Urteil v. 5. 10. 2010 – Rs. C-173/09, Elchinov, ECLI:EU:C:2010:581, Rn. 24 – 32; Die diesbezügliche Rechtsprechung rekapitulierend *EuGH* (Große Kammer), Urteil v. 22. 6. 2010 – verb. Rs. C-188/10 und C-189/10, Melki u. Abdeli, ECLI:EU:C:2010:363, Rn. 42 – 45.

44 *EuGH*, Urteil v. 22. 10. 1987 – Rs. 314/85, Foto-Frost, Slg. 1987, 4225 (4230 – 4232 Rn. 14 – 19). Zu den Anforderungen an Aussetzungsverfahren beim Vollzug von Europarecht siehe grundlegend *EuGH*, Urteil v. 21. 2. 1991 – Rs. C-143/88 und C-92/89, Zuckerfabrik Süderdithmarschen u. a., Slg. 1991, I-534 (542 – 544 Rn. 23 ff., 33) = JZ 1992, 36 (mit Anm. *G. Gornig*); dazu kritisch *F. Schoch*, in: *ders./J.-P. Schneider*, VwGO, Kommentar, Bd. I, § 80 (Stand: Juli 2021), Rn. 392 ff.

Hoheitsrechte halten oder aus ihnen ausbrechen (Ultra-vires-Kontrolle).

Man darf dabei nicht übersehen, dass es sich bei dem Verfassungsidentitätsvorbehalt um einen sehr „weit zurückgenommenen Souveränitätsvorbehalt" handelt, der lediglich eine „jeder verfassungsrechtlichen Begrenzung und Kontrolle entzogene Unterwerfung unter nichtdeutsche Hoheitsakte" unter Aufgabe auch der schlechthin unverfügbaren Verfassungssubstanz (Art. 79 Abs. 3 GG) ausschließt.[45] Umso wichtiger ist die Abwehr von Kompetenzusurpationen.[46] Dort, wo die Brücke des Rechtsanwendungsbefehls nicht mehr trägt, weil es sich um einen „Ultra-vires-Akt" handelt, der unter Missachtung des – verfassungsrechtlich mit der auf einzelne Hoheitsrechte begrenzten und nicht etwa die gesamte staatliche Hoheitsgewalt erfassenden Ermächtigung des Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG festgeschriebenen – Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung jenseits der Verbandskompetenz der Union erlassen worden ist, kann das Europarecht in Deutschland keine Rechtsverbindlichkeit beanspruchen: Ein Hoheitsrecht, das nicht auf der Grundlage des Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG mit Zustimmung der deutschen gesetzgebenden Körperschaften auf die Europäische Union übertragen worden ist, darf in verfassungsrechtlicher Sicht auch nicht so behandelt werden, als sei es übertragen worden. Dagegen kann der Anwendungsvorrang des Europarechts nicht ins Feld geführt werden; denn er hat dessen Anwendbarkeit zur Voraussetzung, an der es bei einem Ultra-vires-Akt gerade fehlt.

Aber auch der Einwand, dass mit dem Zustimmungsgesetz die Verfahrensherrschaft des EuGH akzeptiert worden ist, so dass dessen Entscheidungen in jedem Fall als verbindlich hinzunehmen sind und keiner verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterworfen werden dürfen, greift nicht durch; denn das Zustimmungsgesetz ergeht auf der Grundlage der verfassungsrechtlichen Integrationsermächtigung des Art. 23 Abs. 1 GG, die aus demokratischen wie rechtsstaatlichen Gründen keine Inanspruchnahme nicht übertragener Aufgaben und Befugnisse durch die Organe der Europäische Union erlaubt. Deshalb ist auch die verfassungsgerichtliche Letztentscheidung nicht aufgebbar.

Damit bleibt es bei der nicht – jedenfalls nicht restlos – auflösbaren Konkurrenz von Europa- und Verfassungsrecht, der die Konkurrenz ihrer jeweiligen Letztinterpreten – EuGH und BVerfG – entspricht. Dass im Grenzfall einer Kompetenzüberschreitung seitens der Unionsorgane die unionsrechtliche und die verfassungsrechtliche Perspektive nicht deckungsgleich sind, „ist dem Umstand geschuldet, dass die Mitgliedstaaten der Europäischen Union auch nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon die Herren der Verträge bleiben und die Schwelle zum Bundesstaat noch nicht überschritten wurde".[47]

IV. Der Loyalitätskonflikt

Die Bundesrepublik Deutschland kann mit der Letztentscheidung des BVerfG die Kompetenz-Kompetenz und die durch sie begründete Souveränität aber nur wahren, wenn diese von allen anderen Verfassungsorganen, den Behörden und Gerichten beachtet wird. Da auch der EuGH europarechtlich Gehorsam einfordert, kommt es im Grenzfall darauf an, wem die Loyalität gilt: der Verfassung oder dem Europarecht, dem BVerfG oder dem EuGH; denn man kann nicht Diener zweier Herren sein; man muss sich im Konfliktfall entscheiden, wem man treu bleibt und wem man die Gefolgschaft aufkündigt.

Das BVerfG kann sich keineswegs mehr sicher sein, dass es selbst die notwendige, faktisch nicht erzwingbare Gefolgschaft finden wird. Dass es jüngst in einer Entscheidung über eine einstweilige Anordnung Veranlassung gesehen hat, darauf hinzuweisen, dass den europaverfassungsrechtlichen Kontrollvorbehalten, die einem uneingeschränkten Anwendungsvorrang des Unionsrechts entgegenstehen, Anforderungen des Grundgesetzes zugrundeliegen, die alle Verfassungsorgane der Bundesrepublik Deutschland binden und weder relativiert noch unterlaufen werden dürfen[48], spricht Bände.

1. Die Rolle der Fachgerichte: Spiel über die Bande

Auf die Fachgerichte kann sich das BVerfG schon lange nicht mehr durchgängig sicher verlassen. Sie sehen sich teilweise schon stärker europarechtlich als verfassungsrechtlich in der Pflicht und spielen – wie das BAG hinsichtlich des kirchlichen Arbeitsrechts – schon jetzt mittels von ihnen eingeleiteten Vorabentscheidungsverfahren – mitunter über Bande, um das Verfassungsgericht auszuschalten und verfassungsgerichtliche Vorgaben europarechtlich überspielen zu können. Der EuGH hat sie durch seine jüngste Rechtsprechung geradezu aufgefordert, unter Vernachlässigung ihrer Bindung an die Entscheidungen des BVerfG gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGG ihren vorgehenden europarechtlichen Verpflichtungen zu genügen. Die Entbindung der Fachgerichte von der Beachtung wirklich oder vermeintlich unionsrechtswidriger Verfassungsgerichtsentscheidungen ist potentiell geeignet, eine vom BVerfG angeordnete Nichtanwendung von ultra vires gesetzten oder die Verfassungsidentität Deutschlands verletzendem Unionsrecht zu konterkarieren, und genau auf die darin liegende Entmachtung des BVerfG und aller anderen „unbotmäßigen" nationalen Verfassungsgerichte dürfte es dem EuGH ankommen.[49]

2. Das illoyale Lavieren der Bundesregierung

Und wie steht es mit den deutschen Staatsorganen? Nachdem der Zweite Senat des BVerfG – kaum mehr erwartet[50] – doch noch den Mut aufgebracht hatte, mit der Ultra-vires-Kontrolle einmal ernst zu machen und die Beschlüsse der EZB zum Staatsanleihekaufprogramm PSPP ungeachtet einer gegenläufigen Entscheidung des EuGH für kompetenz-

45 *BVerfGE* 111, 307 (319) – Görgülü = JZ 2004, 1171 (mit Anm. *E. Klein*). Zur Aufgabe der Wahrung der unverfügbaren Verfassungsidentität *BVerfGE* 123, 267 (398 f.) – Lissabon.

46 Insoweit kann man dem BVerfG allerdings nicht den Vorwurf ersparen, dass es viel zu spät aktiv geworden ist. So hat es in der Kloppenburg-Entscheidung noch akzeptiert, dass der EuGH dadurch, dass er die Möglichkeit des privaten Einzelnen, sich unter bestimmten Voraussetzungen auf nicht umgesetzte Richtlinie zu „berufen", rechtsfortbildend „eine neue Sanktionskategorie" (*BVerfGE* 75, 223 [242]) schuf. Die vom *BVerfG* aufgehobene Entscheidung des *BFH* (Wiedergabe der wesentlichen Entscheidungsgründe in *BVerfGE* 75, 223 [226–231]) liest sich im Rückblick in der Betonung des strikt zu interpretierenden Gesetzesvorbehalts für Hoheitsrechtsübertragungen wie eine Vorwegnahme der Maastricht- und Lissabon-Entscheidung.

47 *BVerfGE* 126, 286 (303) – Honeywell.

48 *BVerfG*, Beschluss v. 23. 6. 2021 (Fn. 29), Rn. 74 – EPGÜ-ZustG II.

49 Diese Strategie war schon im Fall Costa ./. E.N.E.L erfolgreich: Das Mailänder Friedensgericht, das sowohl dem italienischen Verfassungsgericht vorgelegt als auch den EuGH um Vorabentscheidung ersucht hatte, folgte schließlich nicht „seinem" Verfassungsgericht, sondern dem EuGH; siehe dazu näher *N. Trocker* RabelsZ 66 (2002), 417 (428, 430 mit Fn. 28 f.).

50 Siehe Sondervotum *Landau*, in: *BVerfGE* 126, 286 (318, 323 f.). – Honeywell.

widrig ergangen erklärt hatte[51], hat die Bundesregierung in dem daraufhin von der Kommission eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland eine Erklärung abgegeben, die weit davon entfernt ist, die vom BVerfG herausgearbeiteten verfassungsrechtlichen Grenzen des Anwendungsvorrangs des Europarechts klar zu benennen und unmissverständlich anzuerkennen.[52] Vielmehr hat sie vorbehaltlos versichert,

> „entsprechend ihrer vertraglichen Verpflichtung zur loyalen Zusammenarbeit alle ihr zur Verfügung stehenden Mittel [zu] nutzen, um die vollständige Beachtung der Grundsätze der Autonomie, des Anwendungsvorrangs, sowie der Wirksamkeit und der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts sicherzustellen, um die dem Gerichtshof durch die Verträge übertragenen Rechtsprechungskompetenzen – insbesondere die Kompetenz im Einklang mit den Verträgen das Unionsrecht verbindlich und abschließend auszulegen sowie über seine Gültigkeit zu urteilen – zu gewährleisten".

Wenn die Kommission in ihrer Einstellungsverfügung[53] diese Mitteilung so gedeutet hat, die Bundesregierung sei bereit, „alle ihr zur Verfügung stehenden Mittel zu nutzen, um in Zukunft eine Wiederholung einer Ultra-vires-Feststellung aktiv zu vermeiden", wird man dies schwerlich als sinnverfälschend bezeichnen können. Die Erklärung ist jedenfalls von einer eindeutigen Loyalitätsbekundung gegenüber dem BVerfG weit entfernt und daher nicht anders als organtreuewidrig einzustufen.[54]

Dabei hätte die Bundesregierung, eben weil der EuGH die vorbehaltlose, jeder verfassungsrechtlichen Begrenzung und Kontrolle entzogene Unterwerfung unter seine Jurisdiktionsgewalt fordert und damit die Souveränität auf dem Spiel steht, es durchaus auf ein Vertragsverletzungsverfahren ankommen lassen sollen, um das kompetenzielle Letztentscheidungsrecht des BVerfG entschlossen zu verteidigen und durchzusetzen.[55] Zwar hätte der EuGH in diesem Verfahren ein die Vertragsverletzung feststellendes Urteil (Art. 260 Abs. 1 EUV) fällen können, dessen Missachtung in einem weiteren Verfahren zur Festsetzung eines von Deutschland als Verletzerstaat zu zahlenden Pauschalbetrages oder Zwangsgeldes durch den EuGH hätte führen können (Art. 260 Abs. 2 AEUV). Dieser Geldbetrag wäre allerdings nicht zwangsweise beitreibbar gewesen (vgl. Art. 280 i. V. m. Art. 299 Abs. 1 2. Halbsatz AEUV). Hier hört das Europarecht nämlich auf. Selbst wenn man eine Aufrechnung mit der nicht vollstreckbaren Geldforderung der Union gegen finanzielle Ansprüche der Bundesrepublik Deutschland für möglich hielte[56], könnte die Bundesrepublik sodann ihre Zahlungen an die Europäische Union einstellen. Als Nettozahlerin sitzt sie hier letzten Endes am längeren Hebel und würde die Souveränitätsfrage – von einer Rechts- zu einer reinen Machtfrage geworden – zu ihren Gunsten entscheiden können. Aber eine politische Bereitschaft, die Dinge, wenn notwendig, durchzufechten, besteht nicht.

Wird der Zweite Senat des BVerfG, feststellend, dass er, im politischen Raum im Stich gelassen, auf verlorenem Posten steht, es wagen, die Ultra-vires-Kontrolle und seine übrigen Residualkompetenzen[57] noch einmal folgenreich in Anspruch zu nehmen oder „vielmehr das demokratisch begründete nationale Letztentscheidungsrecht über die Anwendung von Hoheitsgewalt im eigenen Territorium und die damit einhergehende Verantwortung auch für die Einhaltung der an die Union verliehenen Kompetenzen nur noch auf dem Papier […] behaupten und vor deren praktisch wirksamer Vollziehung zurück[…]schrecken"?[58] Der Erste Senat jedenfalls scheint mit seiner „Recht auf Vergessen"-Rechtsprechung[59] lediglich noch darum bemüht zu sein, innerhalb des vom EuGH gesteckten Rahmens Einfluss auf die Entwicklung der Grundrechtsrechtsprechung im Unionsrecht nehmen zu können, sich also damit zufrieden zu geben, die Brosamen aufzusammeln, die ihm der EuGH übrig lässt.

Die Souveränität der Bundesrepublik Deutschland im Verhältnis zur Europäischen Union steht damit auf tönernen Füßen.

V. Die europäischen Werte als Kompetenztitel und Jurisdiktionsinstrument des EuGH

In ihrer praktisch einer Unterwerfungserklärung gleichkommenden Mitteilung gegenüber der Europäischen Kommission hat die Bundesregierung für die Bundesrepublik Deutschland auch die in Art. 2 EUV verankerten Werte der Union, insbesondere die Rechtsstaatlichkeit, bekräftigt und anerkannt. Was wie eine banale Selbstverständlichkeit klingt, hat weitreichende kompetenzielle Konsequenzen.[60] Der EuGH hat nämlich, erstmals mit der Entscheidung zur portugiesischen Richterbesoldung[61], längst damit begonnen, gestützt auf den als möglichen „Kern einer europäischen Souveränität"[62] begriffenen Art. 2 EUV und die in Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV erblickte Konkretisierung des Werts der Rechtsstaatlichkeit, eine Art von Verfassungsaufsicht und Kontrolle

51 *BVerfGE* 154, 17 – PSPP.

52 Mitteilung der Regierung der Bundesrepublik Deutschland an die Europäische Kommission vom 3. 8. 2021.

53 EU-Kommission, Pressemitteilung INF/21/6201 vom 2. 12. 2021, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/inf_21_6201.

54 Die Versuche der Bundesregierung, diesen Eindruck ex post zu verwischen, überzeugen nicht; vgl. die Antwort des Parlamentarischen Staatssekretärs Dr. *Florian Toncar* vom 13. 12. 2021, BT-Drs. 20/290 v. 17. 12. 2021, S. 10 f. sowie die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten *Hunko*, *Ulrich*, *Pellmann*, *Perli* und der Fraktion DIE LINKE – BT-Drs. 20/557–BT-Drs. 20/658.

55 Zur Notwendigkeit einer Konfliktbereitschaft, die sich „letztendlich in der Verweigerung gegenüber dem Handeln *ultra vires*" manifestiert, siehe nur *F. Schorkopf*, Grundgesetz und Überstaatlichkeit, 2007, S. 260.

56 So *U. Karpenstein*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV, 74. Aufl. 2022, Art. 260 AEUV Rn. 76; *T. El-Shabassy*, Die Durchsetzung finanzieller Sanktionen der Europäischen Gemeinschaft gegen ihre Mitgliedstaaten, 2009, S. 109, 158; *J. C. Sahl*, Aufrechnung zwischen Hoheitsträgern, 2009, S. 207. Damit würde jedoch die vertraglich angeordnete Nichtvollstreckbarkeit umgangen.

57 Siehe dazu umfassend jüngst *R. Pracht*, Die Residualkompetenzen des Bundesverfassungsgerichts, 2022.

58 Sondervotum *Landau,* in: *BVerfGE* 126, 286 (318, 324) – Honeywell.

59 *BVerfGE* 152, 152 – Recht auf Vergessen I und *BVerfGE* 152, 216 – Recht auf Vergessen II (= JZ 2020, 189 und 201, dazu *M. Wendel* JZ 2020, 157); so nun auch der Zweite Senat, *BVerfG* 156, 182 (198 Rn. 36 f.) – Rumänien II, allerdings unter ausdrücklicher Aufrechterhaltung der Vorbehalte der Ultra-vires- und Identitätskontrolle (a. a. O. S. 199 Rn. 40).

60 Dies war in *BVerfGE* 123, 267 (397) – Honeywell noch verneint worden: „Die Werte des Art. 2 EUV-Lissabon […] verschaffen dem europäischen Integrationsverband keine Kompetenz-Kompetenz, sodass auch insoweit das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung fortgilt."

61 *EuGH*, Urteil v. 27. 2. 2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses, C-64/16, EU:C:2018:117. Fortgeführt in der Rechtsprechung zu Polen: *EuGH* (Große Kammer), Urteil v. 24. 6. 2019 – C-619/18, EU:C:2019:531, Rn. 37 ff. – Herabsetzung des Ruhestandsalters für Richter des Obersten Gerichts, Anwendung auf amtierende Richter, Möglichkeit zur Ausübung des Richteramts über dieses Alter hinaus unter der Voraussetzung einer Zustimmung, deren Erteilung in das freie Ermessen des Präsidenten der Republik gestellt ist – sowie *EuGH* (Große Kammer), Urteil v. 2. 3. 2021 – C-824/18, EU:C:2021:153; siehe ferner das die Korruptionsbekämpfung in Rumänien betreffende Urteil *EuGH* v. 21. 12. 2021 (Fn. 10), Euro Box Promotion u. a.

62 Begriff nach *F. Schorkopf*, Der Wertekonstitutionalismus der Europäischen Union, JZ 2020, 477 (482).

über das gesamte Justizsystem der Mitgliedstaaten einschließlich der Verfassungsgerichtsbarkeit zu übernehmen. Die jedenfalls zum Teil in der Tat rechtsstaatlich sehr bedenkliche Entwicklung in Polen hat dem EuGH einen willkommenen Anlass geliefert, diese Rechtsprechungslinie weiter auszuziehen und sich selbst zum Gralshüter richterlicher Unabhängigkeit in den Mitgliedstaaten zu machen. Die unter Umwandlung von Werten in Kompetenztitel insoweit angemaßte Jurisdiktionsgewalt des EuGH kann gegenüber jedem Mitgliedstaat mit unabsehbaren Folgen zur Geltung gebracht werden. Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts „führt mit der in mitgliedstaatliche Kompetenzbereiche hineinragenden Werterechtsprechung, vor allem aus bundesverfassungsgerichtlicher Perspektive, zu einer Emanzipation vom verfassungsrechtlichen Rechtsanwendungsbefehl".[63] Die relative Unbestimmtheit und Auslegungsfähigkeit des Werts der Rechtsstaatlichkeit bildet dafür das Einfallstor. Die damit verfolgte Strategie ist klar: „Der EuGH schlägt deutlicher als zuvor eine Loyalitätsbrücke zu den Instanzgerichten, gleichermaßen vorbei ebenso an rechtsstaatswidrig deformierten Höchstgerichten wie an rechtsstaatlich einwandfrei zusammengesetzten, nur dogmatisch widerspenstigen."[64]

Es wäre zudem nur konsequent, wenn der EuGH auch die anderen, in Art. 2 EUV genannten Werte der Union auf diese Weise mit einer sich selbst zugesprochenen Kontroll- und Entscheidungsbefugnis bewehren und jenseits des schwerfälligen und kaum praktikablen Artikel-7-EUV-Verfahrens durchsetzen würde. Die durch die Rechtsprechung des EuGH betriebene Umwandlung des Primärrechts in eine föderale europäische Verfassungsordnung, in der die Mitgliedstaaten unter europäischer Kuratel stehen, wäre damit vervollständigt.

VI. Schluss: Die Souveränitätsfrage als Entscheidungszwang

Carl Schmitt hat bekanntlich die Beantwortung der Souveränitätsfrage an dem „in der geltenden Rechtsordnung nicht umschriebene[n] Ausnahmefall" festmachen wollen: „Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet."[65] Der Souverän entscheide unkontrolliert „sowohl darüber, ob der extreme Notfall vorliegt, als auch darüber, was geschehen soll, um ihn zu beseitigen"; er sei „zuständig für die Entscheidung, ob die Verfassung in toto suspendiert werden kann".[66]

Im Verhältnis der Mitgliedstaaten zur Europäischen Union ist es der „Grenzfall"[67] der Kompetenzüberschreitung, der darüber entscheidet, wem Souveränität attestiert werden kann. Wenn insoweit die Innehabung der Kompetenz-Kompetenz ausschlaggebend ist, dann kommt es auf das Letztentscheidungsrecht in Kompetenzfragen an: Souverän ist, wer über die Kompetenzverteilung gebietet. Indem das BVerfG auf „die in dem letzten Wort der deutschen Verfassung liegende Souveränität" pocht[68], macht es ein eigenes Letztentscheidungsrecht geltend, das aber auch der EuGH für sich reklamiert.

1. Die Behandlung des Grenzfalls der Kompetenzüberschreitung als Schlüsselfrage

Die in einem Letztentscheidungsrecht des EuGH liegende Bedrohungslage für die Souveränität der Mitgliedstaaten verschärft sich dadurch, dass der Grenzfall der Kompetenzüberschreitung durch die Union nicht lediglich einen seltenen Ausnahmefall darstellt, sondern infolge der entgrenzten Jurisdiktion des EuGH zu einem ubiquitären Phänomen geworden ist, dem mit einer als Ausnahmeinstitut konzipierten Ultra-vires-Kontrolle nicht mehr beizukommen ist. Damit aber erweist sich die vom BVerfG noch in der Lissabon-Entscheidung als „unzutreffend" bezeichnete „Annahme, dass wegen flächendeckender Kompetenzgewinne die Einhaltung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung durch die Europäische Union und die damit verbundenen Rechtswirkungen in Deutschland praktisch nicht mehr durch das BVerfG überprüfbar wären und es nicht mehr möglich wäre, die verfassungsrechtliche Identität und den deutschen Grundrechtsschutz in der Substanz zu wahren"[69], in Wahrheit leider als realistische Einschätzung.

Hier könnte nur noch eine die Jurisdiktionsgewalt des EuGH beschneidende Vertragsänderung Remedur schaffen. Dem EuGH müsste die Zuständigkeit für Kompetenzstreitigkeiten zwischen der Union und den Mitgliedstaaten entzogen und diese auf einen Spruchkörper verlagert werden, der durch seine Zusammensetzung Gewähr dafür bietet, dass der Europäischen Union nur die Kompetenzen zugesprochen werden, die ihr aufgrund mitgliedstaatlicher Übertragung zustehen, und alle übrigen tatsächlich den Mitgliedstaaten verbleiben.[70] Zumindest müssten verbandskompetenzzuweisende Entscheidungen des EuGH vor einem solchem Kompetenzgerichtshof als Berufungsinstanz angefochten werden können.[71] Die Chancen für eine solche Vertragsänderung stehen indes schlecht. Dann aber wird die Souveränitätsfrage durch die nicht mehr zu stoppende kontinuierliche kompetenzusurpierende Rechtsprechung des EuGH bald definitiv entschieden sein, und zwar zugunsten der Europäischen Union und ihres Gerichtshofs.

2. Die „schwache" rechtsprechende Gewalt als entscheidender Faktor

Im Souveränitätsdiskurs wird der Judikative selten die ihr gebührende Aufmerksamkeit gewidmet. Dabei kommt ihr die im wahrsten Sinne des Wortes entscheidende Rolle zu. Unter den Bedingungen der Rechtsstaatlichkeit ist die rechtsprechende Gewalt weit davon entfernt „die unvergleichlich

63 *F. Weber* JZ 2022, 292 (299).

64 *F. Weber* JZ 2022, 292 (299). Schon deshalb verbietet sich die Annahme, diese Rechtsprechung sei durch ihre nützliche, die betreffenden Mitgliedstaaten rechtsstaatlich disziplinierende Wirkung gerechtfertigt, wobei noch offen ist, ob sie diese Wirkung tatsächlich erzielt. Zum wahrscheinlich deutlich effektiveren, „Rechtsstaatsmechanismus" der sog. Konditionalitätsverordnung siehe *C. Neumeier/R. Sangi*, Fiskalische Verfassungsdurchsetzung im Unionsrecht, JZ 2022, 282.

65 *C. Schmitt* (Fn. 2), S. 13.

66 Ebd., S. 14.

67 *BVerfGE* 126, 286 (303) – Honeywell; siehe auch schon *BVerfGE* 123, 267 (401) – Lissabon.

68 *BVerfGE* 111, 307 (319) – Görgülü; 123, 267 (400 f., 423) – Lissabon.

69 *BVerfGE* 123, 267 (397) – Lissabon. Siehe demgegenüber die Einschätzung von *D. Murswiek*, Die heimliche Entwicklung des Unionsvertrages zur europäischen Oberverfassung, NVwZ 2009, 481.

70 Siehe zu einem entsprechenden Vorschlag bereits *R. Herzog/L. Gerken*, Die Europäische Union gefährdet die parlamentarische Demokratie in Europa, Welt am Sonntag, 14. 1. 2007, abrufbar unter: https://www.cep.eu/fileadmin/user_upload/sop-cep.de/SOP/SOP-Presse/Presse-Archiv/Ein_Beitrag_zur_EU-Verfassung_Gerken_-_Herzog.pdf, S. 4 f.

71 Dadurch könnte zugleich die Notwendigkeit, gegen Kompetenzüberschreitungen der Union nationale Kontrollvorbehalte zu aktivieren, die auch dazu missbraucht werden könnten, tatsächlich eingegangene europarechtliche Bindungen abzustreifen, entbehrlich gemacht werden.

schwächste der drei Gewalten zu sein", wie *Alexander Hamilton* noch meinte.[72] Unter dem Schutz verlässlich garantierter Unabhängigkeit können Gerichte nicht nur Recht sprechen, sondern auch eigenmächtig zusprechen, ohne dass die anderen Gewalten diese bei Höchstgerichten verfahrensrechtlich unangreifbare Richtermacht qua unbegrenzter Auslegung strukturell wirksam einhegen und hemmen könnten[73], am allerwenigsten in einem Integrationsverbund wie der Europäischen Union mit 27 Mitgliedstaaten, einer komplexen Organstruktur und komplizierten Entscheidungsverfahren. Die schlichte Nichtbefolgung von übergriffigen Gerichtsentscheidungen ist aber für Rechtsstaaten auch keine Option und, zumal auf Dauer, auch nicht erfolgversprechend.

Großbritannien hat aus der praktischen Erfahrung der ungezügelten Richtermacht des EuGH daher die Konsequenz des Austritts aus der Union gezogen; der Brexit erfolgte mit dem Ziel „to take back control". Lord *Denning*, einer der einflussreichsten englischen Richter des 20. Jahrhunderts hatte schon 1990 konstatiert: „Our sovereignty has been taken away by the European Court of Justice."[74] Die Ausübung des Austrittsrechts ist die „nukleare Lösung", die für Deutschland politisch nicht in Betracht kommt[75]; seine bloße Existenz bildet für sich genommen aber auch keine hinreichende Garantie des Fortbestands staatlicher Souveränität.[76]

Souveräne Staatlichkeit „ist weder Mythos noch Selbstzweck, sondern die historisch gewachsene, global anerkannte Organisationsform einer handlungsfähigen politischen Gemeinschaft"[77] und der zu schützende „demokratische Primärraum".[78] Ohne Souveränität verlieren die Mitgliedstaaten ihre Fähigkeit zu selbstverantwortlicher politischer und sozialer Gestaltung der Lebensverhältnisse. Souveränität ist letztlich eine Frage des Willens zur politischen Selbstbehauptung.[79] Dieser Wille ist in Deutschland nicht mehr erkennbar. Hier gilt vielmehr: „Um der Effizienz willen opfern sie Souveränität, und sie geben nationale Selbstbestimmung hin für supranationale Mitbestimmung."[80] Wenn es dennoch gelingen sollte, die Souveränität der Mitgliedstaaten zu bewahren, wird dies nicht Deutschland, sondern anderen Mitgliedstaaten zu verdanken sein, die sich noch nicht selbst aufgegeben haben.

Allein dem Zweiten Senat des BVerfG gebührt Dank dafür, dass er sich, wenn auch nach langem, allzu langem Zögern, mit der Abwehr von Kompetenzanmaßungen der Europäischen Union der Verteidigung der Souveränität der Bundesrepublik Deutschland angenommen hat. Er hat sich damit um das Recht verdient gemacht; denn „nur dann wird das Recht auch wirklich, wenn das Subject für sein Recht eintritt, wenn es verletzt ist".[81]

72 Federalist Papers Nr. 78, zitiert nach: *B. Zehnpfennig* (Hrsg.), Die Federalist Papers, 1993, S. 454 (456).

73 Der Exekutive sind Eingriffe in die Judikative schlechthin verwehrt, die Gesetzgebung kann nur ex post im Einzelfall einmal durch Gesetzesänderung korrigierend intervenieren. Nur über die Personalauswahl (Richterernennung, Richterwahl) können Exekutive und Legislative versuchen, steuernden Einfluss zu nehmen.

74 *A. Denning*, Introduction to the European Court of Justice: Judges or Policy Makers?, 1990, p. 48.

75 Verfassungsrechtlich wäre ein Austritt aber wohl möglich. Zwar beinhaltet Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG – in Konkretisierung des schon in der Präambel formulierten Staatsziels eines „vereinten Europa" – eine verbindliche normative Festlegung auf eine Mitwirkung, das heißt aktive Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland an dem sich im Rahmen der Europäischen Union vollziehenden europäischen Integrationsprozess. Der damit begründete Verfassungsauftrag wird aber zugleich an die auflösende Bedingung verfassungsstruktureller Homogenität geknüpft. Vorbehaltlich einer Verfassungsänderung ist ein Rückzug der Bundesrepublik Deutschland aus der Europäischen Union verfassungsrechtlich danach (nur) dann erlaubt (und zugleich geboten), wenn diese eine Entwicklung nehmen sollte, die mit den in der Struktursicherungsklausel des Art. 23 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 GG verfassungsrechtlich vorgegebenen Grundsätzen in Widerspruch stünde. Eine die sich aus dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung ergebenden Kompetenzgrenzen immer wieder sprengende Jurisdiktion des EuGH begründet eine solche strukturelle Deformation der Europäischen Union.

76 So aber wohl tendenziell *BVerfGE* 123, 267 (395 f.) – Lissabon.

77 *BVerfGE* 123, 267 (346) – Lissabon.

78 *BVerfGE* 123, 267 (411) – Lissabon.

79 Vgl. die Äußerung des Brexitministers *David Frost* in einem Vortrag vom 17. 2. 2020 (Reflections on the revolutions in Europe, abrufbar unter: https://no10media.blog.gov.uk/2020/02/17/david-frost-lecture-reflections-on-the-revolutions-in-europe/): „Some argue that sovereignty is a meaningless construct in the modern world, that what matters is sharing it to gain more influence over others. So we take the opposite view. We believe sovereignty is meaningful and what it enables us to do is to set our rules for our own benefit. Sovereignty is about the ability to get your own rules right in a way that suits our own conditions."

80 *J. Isensee*, Die alte Frage nach der Rechtfertigung des Staates, JZ 1999, 265 (276), dort als allgemeine Tendenz der Staaten konstatiert.

81 *R. von Jhering*, Der Kampf um's Recht (1872), zum hundertsten Todesjahr des Autors hrsgg. von *F. Ermacora*, Neudruck nach der 18. Aufl. 1913, 1992, S. 35.

Professor Dr. **Christoph Engel**, Bonn*

Grundrechtskonjunkturen

Langsame Veränderungen sind schwer zu erkennen. Doch mit der Hilfe des Computers kann man den gesamten Bestand der Entscheidungen, die das Bundesverfassungsgericht auf seiner Website verfügbar macht, auf ein Mal in den Blick nehmen. Man sieht dann einen Trend: das Gericht hat sich über die Zeit immer mehr mit den straf- und prozessrechtlichen Grundrechten befasst, und immer weniger mit den wirtschaftlichen Grundrechten.

I. Einleitung

Wer im Wald steht, sieht nur Bäume. Um den Wald als Einheit der Bäume zu erkennen, muss man aus ihm heraustreten. Von einem Aussichtsturm kann man den Umriss des Walds erkennen, vielleicht auch seine Struktur. Juristische Wissenschaft kann auf beide Weisen einen wertvollen Beitrag leisten. Sie kann sich wie ein Förster um das Wachstum eines einzelnen Baumes sorgen, zum Beispiel durch die Kommentierung der Rechtsprechung zu einer einzelnen Vorschrift. Der Rechtswissenschaftler kann aber auch versuchen, wie ein Landschaftsplaner Abstand zu gewinnen und Entwicklungslinien zu erkennen. *H.L.A. Hart* nennt das den „outside view" auf das Recht, im Gegensatz zu dem hergebrachten „inside view"[1]. Dieser Beitrag versucht, aus der Distanz zu erkennen, wie sich die Grundrechtsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entwickelt hat.

Die menschliche Intuition ist sehr gut darin, Muster zu erkennen[2]. Diese Fähigkeit hilft nicht nur den Gerichten[3], sondern auch der Wissenschaft. Sie ist der mentale Prozess hinter hermeneutischer Wissenschaft[4]. Das Gehirn sammelt nicht nur, es ordnet auch. Auf diese Weise festigen sich Eindrücke, oder überkommene Vorstellungen werden hinterfragt. Ein Rechtswissenschaftler, der die Eindrücke aus langjähriger Auseinandersetzung mit einem Rechtsgebiet in Worte fasst, hat deshalb etwas zu sagen. Das gilt auch für die spezifische Frage dieses Aufsatzes: mit welchen Grundrechten hat sich das Bundesverfassungsgericht besonders intensiv auseinandergesetzt[5]? Aber Intuition hat Grenzen. Wer sein wissenschaftliches Leben dem Wohnungsmarkt verschrieben hat, sammelt andere Eindrücke als der Kollege, der am Asylverfahren interessiert ist. Und auch in einem langen Wissenschaftlerleben kann man nicht alle potentiell relevanten Informationen verarbeiten. An dieser Stelle haben quantitative Verfahren einen komplementären Vorteil. Dem Computer fällt die Verarbeitung von 7308 Entscheidungen mit 194 978 Paragraphen[6] nicht viel schwerer als die Verarbeitung von einem Dutzend Leitentscheidungen. Mit der Hilfe des Computers kann man alle[7] Entscheidungen betrachten und vermeidet Verzerrungen durch subjektiv gefärbte Selektion[8].

Der Goldstandard quantitativer Forschung ist die Identifikation kausaler Effekte[9]. In einem strengen Sinne ist dieses Ideal für meine Forschungsfrage unerreichbar. Es gibt nur ein Bundesverfassungsgericht. Die beiden Senate beobachten einander. Neu berufene Richter fügen sich in die vorhandene Gemeinschaft des Gerichts. Die einzelnen Entscheidungen eines Senats oder einer Kammer sind deshalb nicht unabhängig voneinander. Unabhängigkeit wäre aber erforderlich, um von dem beobachteten Ausschnitt der Wirklichkeit auf eine dahinter stehende Population zu schließen[10]. Man kann sich allerdings fragen, ob das überhaupt der richtige Maßstab ist, wenn man nicht die Entscheidungspraxis „eines Verfassungsgerichts", sondern „des Bundesverfassungsgerichts" erklären will. Auch dann bleibt aber die Sorge, dass Korrelation nicht Kausalität ist. Dass zwei Variablen systematisch gemeinsam beobachtet werden, muss nicht bedeuten, dass die eine Variable die zweite verursacht hat.

Am konkreten Gegenstand: Wenn man versucht, Erfolg in der Hauptsache[11] mit dem Anteil von Richterinnen am Spruchkörper zu erklären, findet man einen schwach signifikanten Zusammenhang: 25.67 % der Entscheidungen, an denen keine Richterin beteiligt war und in denen das Gericht überhaupt in der Hauptsache entschieden hat, hatten Erfolg. Wenn alle Richterinnen Frauen gewesen wären, schätzt eine Regression, dass die Wahrscheinlichkeit des Erfolgs auf 13.36 % zurückgeht. Sind Richterinnen strenger? Die Regression ist nicht nur unsicher[12]. Wenn man näher hinsieht, erkennt man, dass das scheinbare Ergebnis ein Artefakt ist: über die Zeit hat die Wahrscheinlichkeit des Erfolgs abgenommen; über die Zeit hat der Anteil der Richterinnen zugenommen[13]. Für eine andere Forschungsfrage habe ich eine Möglichkeit gefunden, einen kausalen Effekt zu identifizieren: je öfter die Richter des Bundesverfassungsgerichts in einer Kammer zusammengearbeitet haben, desto höher die

* Der Autor ist Direktor am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern in Bonn, und Professor an den Universitäten Bonn und Rotterdam.

1 *Herbert Lionel Adolphus Hart*, The Concept of Law, Oxford 1961.

2 Zu den mentalen Prozessen näher *Dedre Gentner/Keith J. Holyoak/Boicho N. Kokinov* (eds.), The Analogical Mind. Perspectives from Cognitive Science, Cambridge, Mass. 2001.

3 *Dan Simon*, A Psychological Model of Judicial Decision Making, Rutgers Law Journal 30 (1998), 1–142; *Andreas Glöckner/Christoph Engel*, Can We Trust Intuitive Jurors? Standards of Proof and the Probative Value of Evidence in Coherence Based Reasoning, Journal of Empirical Legal Studies 10 (2013), 230–252.

4 *Lorraine Daston,* Objectivity versus Truth, in: *Hans Erich Bödeker/Peter Hanns Reill/Jürgen Schlumbohm*, Wissenschaft als kulturelle Praxis, 1750–1900, 1999, S. 17–32.

5 Die Literatur ist sorgsam berichtet bei *Luisa Wendel*, Welche Grundrechte führen zum Erfolg? Eine quantitative, korpusgestützte Untersuchung anhand von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2020, 668–679.

6 So viele Daten sind in meinem Datensatz mit Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.

7 Verfügbaren – dazu unten II.

8 Zu den verzerrenden Effekten von Selektion näher *Joshua D Angrist/Jörn-Steffen Pischke*, Mostly Harmless Econometrics. An Empiricist's Companion, Princeton 2008, S. 12–24 und passim.

9 Ein (methodischer) Klassiker ist *Edward E. Leamer*, Let's Take the Con out of Econometrics, American Economic Review 23 (1983), 31–43. Spezifisch für die Rechtswissenschaft *Lee Epstein/Andrew D. Martin*, An Introduction to Empirical Legal Research, Oxford 2014.

10 Ausführlicher *Christoph Engel*, Challenges in the Interdisciplinary Use of Comparative Law, American Journal of Comparative Law 2022, im Erscheinen.

11 Zur Kodierung der abhängigen Variablen siehe unten III.

12 p =.078.

13 Der Effekt des Anteils an Richterinnen am Spruchkörper wird insignifikant (p =.480), wenn man den Anteil mit dummies für das Jahr der Entscheidung interagiert.

JuristenZeitung 77, 593–599 DOI: 10.1628/jz-2022-0155
ISSN 0022-6882 © Mohr Siebeck 2022

Wahrscheinlichkeit, dass eine Verfassungsbeschwerde Erfolg hat[14]. Der Anspruch dieses Texts ist bescheidener. Ich arbeite nur deskriptiv.

In Ländern wie den USA[15] oder Israel[16] ist die quantitative Analyse richterlicher Entscheidungen schon weiter fortgeschritten als in Deutschland. *Georg Vanberg* war ein Pionier[17]. Er hat Entscheidungen aus der amtlichen Sammlung des Bundesverfassungsgerichts von Hand kodiert, ebenso wie später etwa *Niels Petersen*[18], *Benjamin Engst*[19] oder *Andrej Lang*[20]. Jüngst treten Untersuchungen hinzu, die den gesamten Bestand an Entscheidungen auswerten, den das Bundesverfassungsgericht verfügbar macht[21]. Am nächsten an dieser Abhandlung ist der Text von *Luisa Wendel*[22]. Sie verwendet auch die Daten von der Website des Gerichts[23]. Sie interessiert sich auch dafür, welche Grundrechte in der Rechtsprechung bedeutsam sind. Meine Methode, diese Grundrechte zu bestimmen, ist (technisch) weniger anspruchsvoll. Die Ergebnisse sehen relativ ähnlich aus. Dieser Befund erleichtert künftige Analysen. Vor allem habe ich aber eine andere Forschungsfrage. Ich untersuche, wie sich die Aufmerksamkeit des Gerichts für die verschiedenen Grundrechte im Laufe der Zeit entwickelt hat[24].

Das interessanteste Ergebnis ist ein Unterschied im Trend. Im Laufe der Zeit hat sich das Gericht mit den Grundrechten zum Schutz wirtschaftlichen Handelns stetig weniger befasst, während die Aufmerksamkeit für straf- und prozessrechtliche Grundrechte zugenommen hat. Beide Effekte sind bei Verfassungsbeschwerden gegen Gerichtsentscheidungen besonders ausgeprägt. Die Effekte finden sich, wenn der Beschwerdeführer anwaltlich vertreten war. War er das nicht, nimmt auch die Befassung mit straf- und prozessrechtlichen Grundrechten über die Zeit ab. Der Rückgang bei den Wirtschaftsgrundrechten scheint nicht einem Lernvorgang der Beschwerdeführer und ihrer Vertreter geschuldet. Alternative Indikatoren für den Erfolg gehen zwar über die Zeit zurück. Das gilt aber nahezu parallel auch für die straf- und prozessrechtlichen Grundrechte. Schließlich sprechen die Daten nicht für einen parteipolitischen Effekt. Wenn die Mehrheit der Richter im Spruchkörper von der CDU oder FDP nominiert worden sind, nimmt die Aufmerksamkeit für wirtschaftliche Grundrechte im Laufe der Zeit ab. Wenn die Mehrheit der Richter von der SPD oder den Grünen nominiert worden ist, nimmt die Aufmerksamkeit für diese Grundrechte über die Zeit zu. Wenn es eine ideologische Erklärung gäbe, müsste man den gegenteiligen Zusammenhang beobachten.

II. Daten

Meine Analyse arbeitet mit den Daten, die das Bundesverfassungsgericht auf seiner Website zur Verfügung stellt. Ich benutze nur Entscheidungen aus den Jahren ab 1998; vorher ist die Berichterstattung lückenhaft. Ich benutze nur Entscheidungen bis einschließlich 2019. Wir haben die Daten Mitte 2020 heruntergeladen. Die meisten Grafiken arbeiten mit den Zahlen für ganze Kalenderjahre. So vermeide ich einen missverständlichen Eindruck am äußeren Rand. Mich interessiert, mit welchen Grundrechten das Gericht sich wie intensiv auseinandergesetzt hat. Deshalb verbinde ich meine Daten nicht mit dem Datensatz von *Christoph Möllers* und seinen Mitarbeitern; sie haben sich sehr verdient gemacht, indem sie auch die Texte früherer Jahre aus der amtlichen Sammlung in ihren Datensatz aufgenommen haben. Senatsentscheidungen sind relativ seltene, herausgehobene Ereignisse. Mich interessiert dagegen der Alltag des Gerichts.

Die wichtigste Einschränkung resultiert aus der Veröffentlichungspraxis des Gerichts. Zwischen seiner Gründung im Jahre 1951 und dem 31. 12. 2019[25] sind 243 494 Verfahren beim Verfassungsgericht anhängig geworden[26]. In der Zeit zwischen 1998 und 2019 waren es 125 966 Verfahren. Auf der Website des Gerichts sind 7132 Entscheidungen zugänglich. Die Entscheidungen sind also nur in 5,66 % der Fälle veröffentlicht. Kriterien für die Veröffentlichung hat das Gericht nicht bekanntgemacht. Richterin *Baer* hat mich aber ermächtigt, den Grund öffentlich zu machen. Es gibt die interne Vorgabe, alle begründeten Entscheidungen auch auf der Website zu veröffentlichen. Davon darf die Kammer nur ganz ausnahmsweise abweichen, etwa zum Schutz der Persönlichkeit des Beschwerdeführers, wenn aus der Schilderung des Sachverhalts leicht auf seine Person geschlossen werden könnte. Solche Ausnahmen sind sehr selten. Sie betreffen nur etwa 1% der begründeten Kammerentscheidungen. Alle übrigen Entscheidungen sind deshalb unveröffentlicht, weil das Gericht von der Befugnis aus § 24 Satz 2 BVerfGG Gebrauch gemacht hat, ohne Gründe zu entscheiden. Die veröffentlichte Entscheidung hätte also keinen Inhalt. Jedenfalls ist aber unbekannt, welche Gegenstände die verbleibenden beinahe 95 % der Fälle gehabt haben und welche Grundrechte geltend gemacht worden sind.

III. Erörterte Grundrechte

Es gibt nicht das perfekte quantitative Maß. *Luisa Wendel* hat ein deutlich aufwändigeres Verfahren verwendet, um zu bestimmen, ob das Gericht sich mit einem bestimmten Grundrecht auseinandersetzt[27]. Mein Vorgehen ist einfacher, führt aber zu relativ ähnlichen Ergebnissen. Es hat den Vorzug, sehr leicht replizierbar zu sein. Ich nutze den Umstand, dass das Gericht Grundrechte sehr konsistent zitiert, nach

14 *Christoph Engel*, Lucky You: Your Case is Heard by a Seasoned Panel. Panel Effects in the German Constitutional Court (2021), https://ssrn.com/abstract=3790366.

15 Siehe etwa *Lee Epstein/William M. Landes/Richard A Posner*, The Behavior of Federal Judges, Harvard 2013.

16 Siehe etwa *Keren Weinshall/Lee Epstein*, Developing High-Quality Data Infrastructure for Legal Analytics: Introducing the Israeli Supreme Court Database, Journal of Empirical Legal Studies 17 (2020), 416–434.

17 *Georg Vanberg,* The Politics of Constitutional Review in Germany, Cambridge 2004.

18 *Niels Petersen*, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle: eine rechtsempirische Studie verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung zu den Freiheitsgrundrechten, 2015.

19 *Benjamin G. Engst* et al., Zum Einfluss der Parteinähe auf das Abstimmungsverhalten der Bundesverfassungsrichter – eine quantitative Untersuchung, JZ 2017, 816–826.

20 *Andrej Lang,* Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Eine rechtsempirische Untersuchung mit rechtsvergleichenden Perspektiven, AöR 145 (2020), 75–132.

21 *Ali Ighreiz* et al., Karlsruher Kanones? Selbst- und Fremdkanonisierung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 145 (2021), 537–613.

22 *Wendel* (Fn. 5).

23 Und zusätzlich die älteren Daten aus der amtlichen Sammlung.

24 *Luisa Wendel* tut das nur am Beispiel von Art. 103 Abs. 1 GG, der Garantie des rechtlichen Gehörs.

25 Dem letzten Tag in meinem Datensatz.

26 Jahresstatistik 2019, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/Statistik/statistik_2019.pdf?__blob=publicationFile&v=4.

27 *Wendel* (Fn. 5), S. 670–673.

dem Vorbild von „Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG“. Deshalb kann ich für jede Variante nach dem betreffenden Textstück suchen[28]. Ich generiere zwei Maße: eine Ja/Nein Variable: wird das Grundrecht überhaupt in der Entscheidung erwähnt? und eine kontinuierliche Variable: wie oft wird das Grundrecht in der Entscheidung erwähnt? Für die Analyse in diesem Text, und soweit ich nicht das Gegenteil ausdrücklich nenne, fasse ich Teile von Grundgesetzartikeln zusammen. Ich notiere also zum Beispiel „Art. 2 Abs. 2“, wenn einer der drei Sätze der Vorschrift erwähnt wird.

Mein Verfahren hat vor allem eine Einschränkung: Ich unterscheide nicht zwischen dem Referat des Parteivorbringens oder des Vorbringens Dritter, die das Gericht angehört hat auf der einen Seite und der Begründung des Gerichts auf der anderen Seite. Das liegt an einem methodischen Problem. In Senatsentscheidungen sind diese Teile relativ leicht zu unterscheiden. Die große Mehrheit der Entscheidungen in meinem Datensatz sind aber Kammerentscheidungen. Ich müsste textanalytische Verfahren verwenden, um die Teile zu trennen. Solche Verfahren sind nicht nur aufwändig, sondern auch fehlerbehaftet. Für meine Forschungsfrage scheint mir das aber keine erhebliche Einschränkung. Auch wenn das Gericht – in einer kurzen Entscheidung – ein Grundrecht nur im Parteivortrag erwähnt, macht es damit doch deutlich, dass es sich mit der Norm auseinandergesetzt hat.

Abbildung 1 und Abbildung 2 fassen die Ergebnisse über die gesamten 21 Jahre zusammen, die ich beobachte. In ziemlich genau jeder vierten Entscheidung setzt sich das Gericht mit dem Gleichheitssatz auseinander. Im Durchschnitt findet der Gleichheitssatz in jeder Entscheidung 0,8-mal Erwähnung[29]. Die nächsten beiden Plätze nehmen das Recht auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) und die Rechtsweggarantie (Art. 19 Abs. 4 GG) ein. Beide Grundrechte werden in etwa jeder siebten Entscheidung diskutiert und werden im Durchschnitt etwa 0,5-mal in jeder Entscheidung erwähnt[30]. Erst auf den nächsten Rängen gibt es Unterschiede zwischen der Frage, welche Grundrechte überhaupt erwähnt werden, und welche wie oft. Die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG liegt bei der ersten Messung auf Rang 4, bei der zweiten dagegen nur auf Rang 9. Die Daten von *Luisa Wendel* zeigen warum: dieses Grundrecht wird zwar oft gerügt, aber selten für verletzt gehalten, vor allem in Kammerentscheidungen. Die nächsten Ränge nehmen dann die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG (Rang 5 bzw. 4) ein und das Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG (Rang 6 bzw. 5)[31].

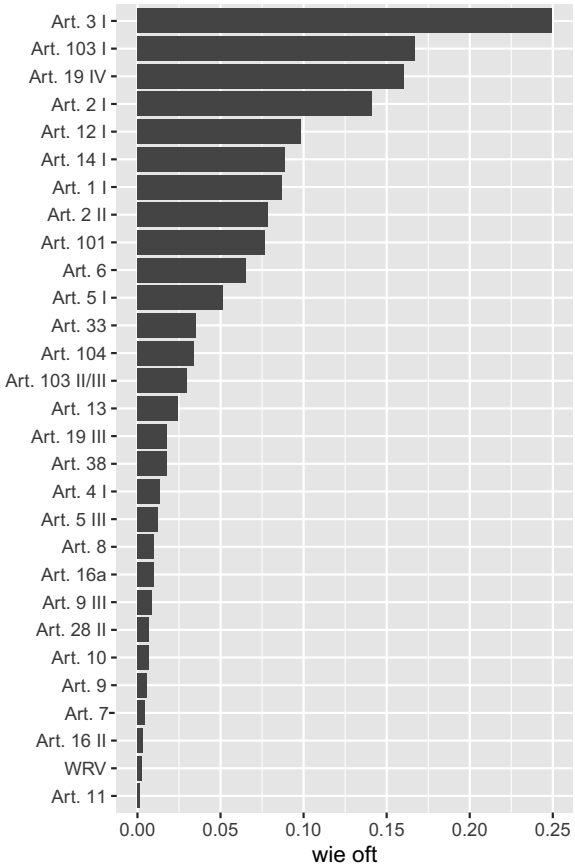


Abbildung 1:
Wahrscheinlichkeit, dass ein Grundrecht erwähnt wird

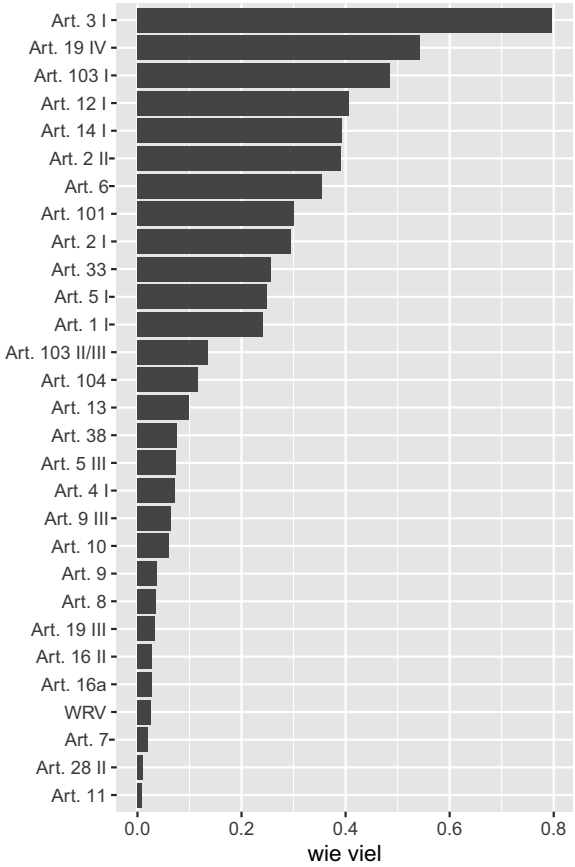


Abbildung 2:
Durchschnittliche Anzahl der Erwähnungen eines Grundrechts

28 Ich verwende die Statistiksoftware R, das Paket stringr, den Befehl „str_detect“, in der Variante, die die Nutzung von regular expressions erlaubt, also mit der Option „regex“.

29 Art. 3 Abs. 1 GG ist auch das am häufigsten verletzte Grundrecht in den Kammerentscheidungen in Abb. 4 von *Wendel* (Fn. 5), S. 674 und das am häufigsten gerügte Grundrecht in Senats- (Abb. 7) und Kammerentscheidungen (Abb. 8).

30 Art. 103 Abs. 1 GG und Art. 19 Abs. 4 GG nehmen auch in *Wendel* (Fn. 5), die Ränge 2 und 3 ein bei den Grundrechten, die in Kammerentscheidungen gerügt (Abb. 8, S. 676) und für verletzt erklärt werden (Abb. 4 S. 674).

31 Art. 12 Abs. 1 GG ist in *Wendel* (Fn. 5), auf Rang 3 der verletzten Grundrechte in Senatsentscheidungen (Abb. 3, S. 674) Rang 4 der gerügten Grundrechte in Senatsentscheidungen (Abb. 7, S. 676) und auf Rang 5 der gerügten und der verletzten Grundrechte in Kammerentscheidungen (Abb. 4, S. 674 und Abb. 8, S. 676). Eine deutliche Abweichung gibt es nur bei Art. 14 Abs. 1 GG: er steht erst auf Rang 8 der gerügten Grundrechte in Senatsentscheidungen und auf Rang 9 der gerügten Grundrechte in Kammerentscheidungen, auf Rang 7 der verletzten Grundrechte in Senatsentscheidungen und findet sich gar nicht unter den 21 am häufigsten verletzten Grundrechten in Kammerentscheidungen.

IV. Aufmerksamkeit für Grundrechte über die Zeit

Abbildung 3 enthält die zentrale Botschaft dieses Textes: die Grundrechte haben Konjunkturen. Zu diesem Zweck nutze ich die Häufigkeit, mit der ein Grundrecht erwähnt worden ist. Analoge Grafiken kann ich natürlich auch für die Frage machen, wie oft ein Grundrecht überhaupt diskutiert worden ist. Aber das sagt weniger darüber, wie intensiv sich das Gericht mit einem Grundrecht auseinandergesetzt hat. Um den Punkt schnell sichtbar zu machen, beginne ich mit Daten, die die Grundrechte zu vier Clustern zusammenfassen:

– ökon: Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1, Art. 9 Abs. 3, Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 3 GG
– straf: Art. 2 Abs. 2, Art. 10, Art. 11, Art. 13, Art. 16 Abs. 2, Art. 19 Abs. 4, Art. 101, Art. 103 Abs. 1, Art. 103 Abs. 2 und 3 und Art. 104 GG
– polit: Art. 5 Abs. 1, Art. 5 Abs. 3, Art. 8, Art. 9 Abs. 1 und 2, Art. 28 Abs. 2, Art. 33, Art. 38 GG
– person: Art. 4, Art. 6, Art. 7, Art. 16a GG und die inkorporierten Rechte aus der Weimarer Reichsverfassung.

Man kann über all diese Zuordnungen streiten: Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG sind nicht nur für die Wirtschaft bedeutsam; Art. 19 Abs. 4 und Art. 103 Abs. 1 GG sind allgemeine Prozessgrundrechte; viele Grundrechte haben einen Persönlichkeitskern. Im nächsten Abschnitt berichte ich auch die Entwicklung einzelner Grundrechte. Die Cluster haben nur den Zweck, die Verständigung zu erleichtern.

Bei den politischen Grundrechten und denen zum Schutz der Persönlichkeit gibt es konjunkturelle Schwankungen. Im Jahre 2007 und im Jahre 2018 hat sich das Gericht intensiv mit politischen Grundrechten auseinandergesetzt. Der Schutz der Persönlichkeit stand in den Jahren 2003, 2011 und 2015 im Zentrum der Aufmerksamkeit. Vermutlich sind das aber vor allem Schwankungen, die der Art der Fälle geschuldet sind, mit denen das Gericht befasst war. Dagegen nimmt die Aufmerksamkeit für ökonomische Grundrechte seit 2010 kontinuierlich ab, während die Aufmerksamkeit für straf- und prozessrechtliche Grundrechte von 1998–2009 kontinuierlich zunimmt und dann auf hohem Niveau verharrt.

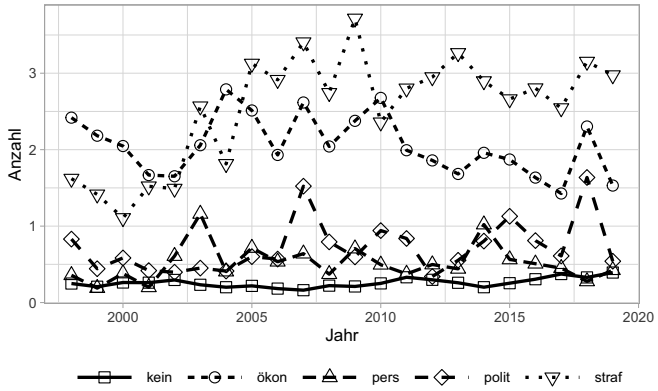


Abbildung 3: Aufmerksamkeit für Cluster von Grundrechten über die Zeit

Im nächsten Schritt berichte ich über die Entwicklung bei den straf- und prozessrechtlichen Grundrechten auf der einen Seite (Abbildung 4) und bei den wirtschaftlichen Grundrechten auf der anderen Seite (Abbildung 5), bei denen es einen signifikanten Trend gibt[32]. Wenn der Trend signifikant ist, dann ist er bei den straf- und prozessrechtlichen Grundrechten stets positiv: bei Art. 19 Abs. 4, Art. 2 Abs. 2, Art. 101 und Art. 104 GG. (Schwach) positiv ist der Trend auch bei Art. 19 Abs. 3 GG, aber klar negativ bei Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG. Es sind also gerade die Kerngarantien der Wirtschaftsfreiheit, bei denen der Trend negativ ist.

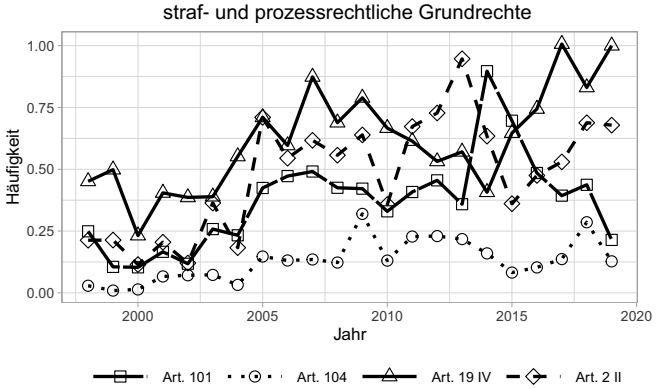


Abbildung 4: Aufmerksamkeit für straf- und prozessrechtliche Grundrechte über die Zeit

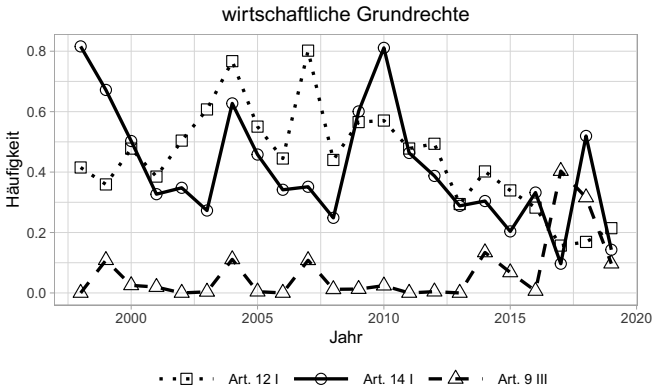


Abbildung 5: Aufmerksamkeit für wirtschaftliche Grundrechte über die Zeit

V. Was treibt den Unterschied zwischen straf- und prozessrechtlichen vs. wirtschaftlichen Grundrechten?

Wenn man einen Unterschied entdeckt hat, möchte man ihn erklären. Ich hatte eingangs schon betont: In einem strengen Sinne kann dieser Versuch nicht gelingen. Ich habe keine Möglichkeit, Ursachen zu isolieren. Kausale Effekte kann

32 Zu diesem Zweck regressiere ich die Anzahl der Erwähnungen des jeweiligen Grundrechts in der jeweiligen Entscheidung auf das Jahr seit 1998. Die Grafiken bilden nur diejenigen Grundrechte aus dem Cluster ab, bei denen der Koeffizient des Jahres signifikant von 0 verschieden ist.

ich nicht belegen. Aber es ist doch interessant, ob es einen systematischen Zusammenhang zwischen den Trends und potentiell plausiblen Erklärungen gibt. Solchen Korrelationen gehe ich in diesem Abschnitt nach. Dabei beschränke ich mich auf straf- und prozessrechtliche Grundrechte einerseits und wirtschaftliche Grundrechte andererseits. Die abhängige Variable bleibt die Häufigkeit, mit der das Gericht die in diese Cluster fallenden Grundrechte im Durchschnitt in seinen Entscheidungen erwähnt.

Abbildung 6 zeigt, dass der Abwärtstrend bei den Wirtschaftsgrundrechten und der Aufwärtstrend bei den straf- und prozessrechtlichen Grundrechten vor allem von den 4782 Gerichtsverfassungsbeschwerden getrieben ist. Bei den 1323 übrigen Verfassungsbeschwerden gibt es keinen erkennbaren Trend.

Abbildung 7 zeigt, dass die auseinanderfallenden Trends nicht von den 2034 Antragstellern herrühren, die sich selbst vertreten haben; bei diesen Antragstellern nimmt mit der Zeit sowohl die Auseinandersetzung mit straf- und prozessrechtlichen Grundrechten ab, als auch die Auseinandersetzung mit wirtschaftlichen Grundrechten. Dagegen gibt es bei den 5580 anwaltlich vertretenen Parteien den generellen Abwärtstrend bei den wirtschaftsrechtlichen Grundrechten, und einen Aufwärtstrend bei den straf- und prozessrechtlichen Grundrechten.

Abbildung 8 (nächste Seite) zeigt, dass der Unterschied im Trend für straf- und prozessrechtliche Grundrechte auf der einen und wirtschaftliche Grundrechte auf der anderen Seite auch nicht dem Umstand geschuldet sein kann, dass die Parteien gelernt haben, welche Grundrechtsrügen mehr Aussicht auf Erfolg haben: Wie auch immer man Erfolg definiert, er entwickelt sich fast perfekt parallel für beide Cluster von Grundrechten. Die Chance auf einen Erfolg in der Hauptsache ist zwar klein, steigt für beide Cluster aber über die Zeit. Das ist auch so, wenn man einbezieht, ob eine Beschwerde zur Entscheidung angenommen worden ist. Die Chance auf einen Erfolg im einstweiligen Rechtsschutz sinkt zwischen 1998 und 2000, und verharrt dann auf in etwa konstantem Niveau. Die Chance auf einen Erfolg mit prozeduralen Anträgen sinkt für beide Cluster über die Zeit.

Schließlich gibt es in Abbildung 9 (nächste Seite) auch kein Anzeichen, dass die Mehrheitsverhältnisse im Spruchkörper den Trend erklären könnten. Die Trends unterscheiden sich zwar zwischen den 4260 Entscheidungen, bei denen Richter in der Minderheit waren, die von SPD oder Grünen benannt worden sind, und bei den 2872 Entscheidungen, bei denen diese Richter in der Mehrheit waren. Aber wenn die parteipolitische Ausrichtung Bedeutung hätte, dann würde man allenfalls das Gegenteil erwarten. Tatsächlich nimmt die Aufmerksamkeit für wirtschaftliche Grundrechte aber ab, wenn von SPD und Grünen benannte Richter in der Minderheit sind, und sie nimmt zu, wenn diese Richter in der Mehrheit sind.

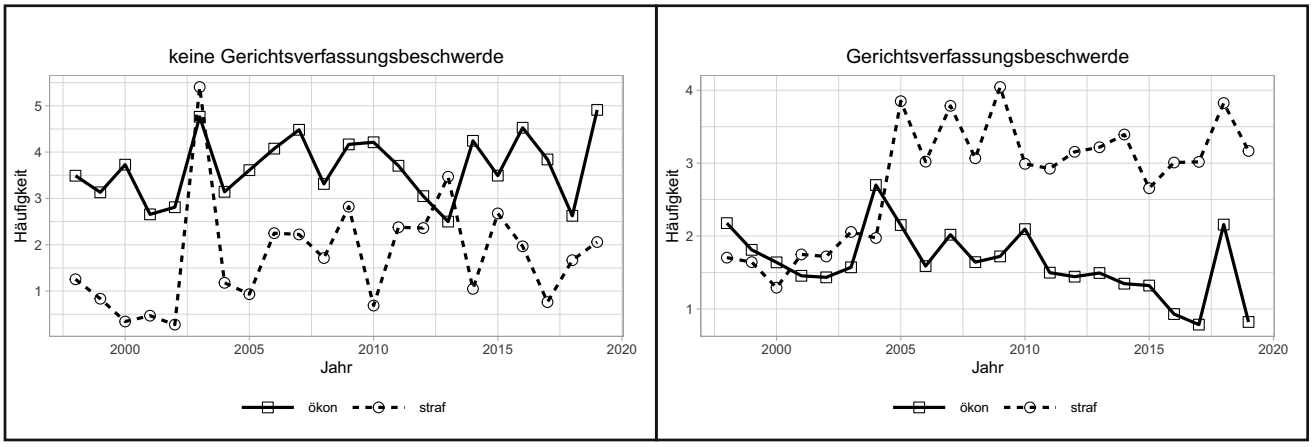


Abbildung 6: Verfahrensgegenstand

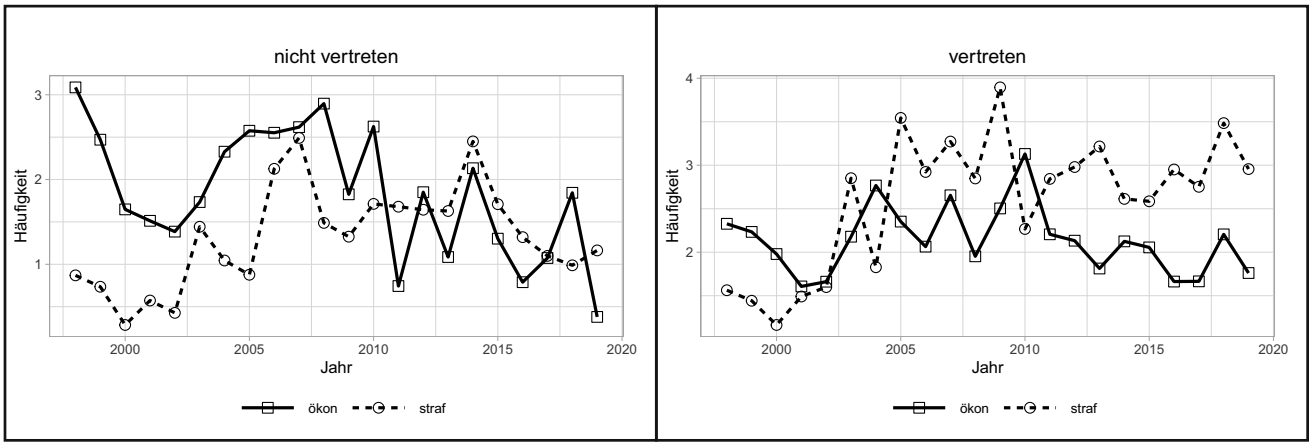


Abbildung 7: Anwaltliche Vertretung

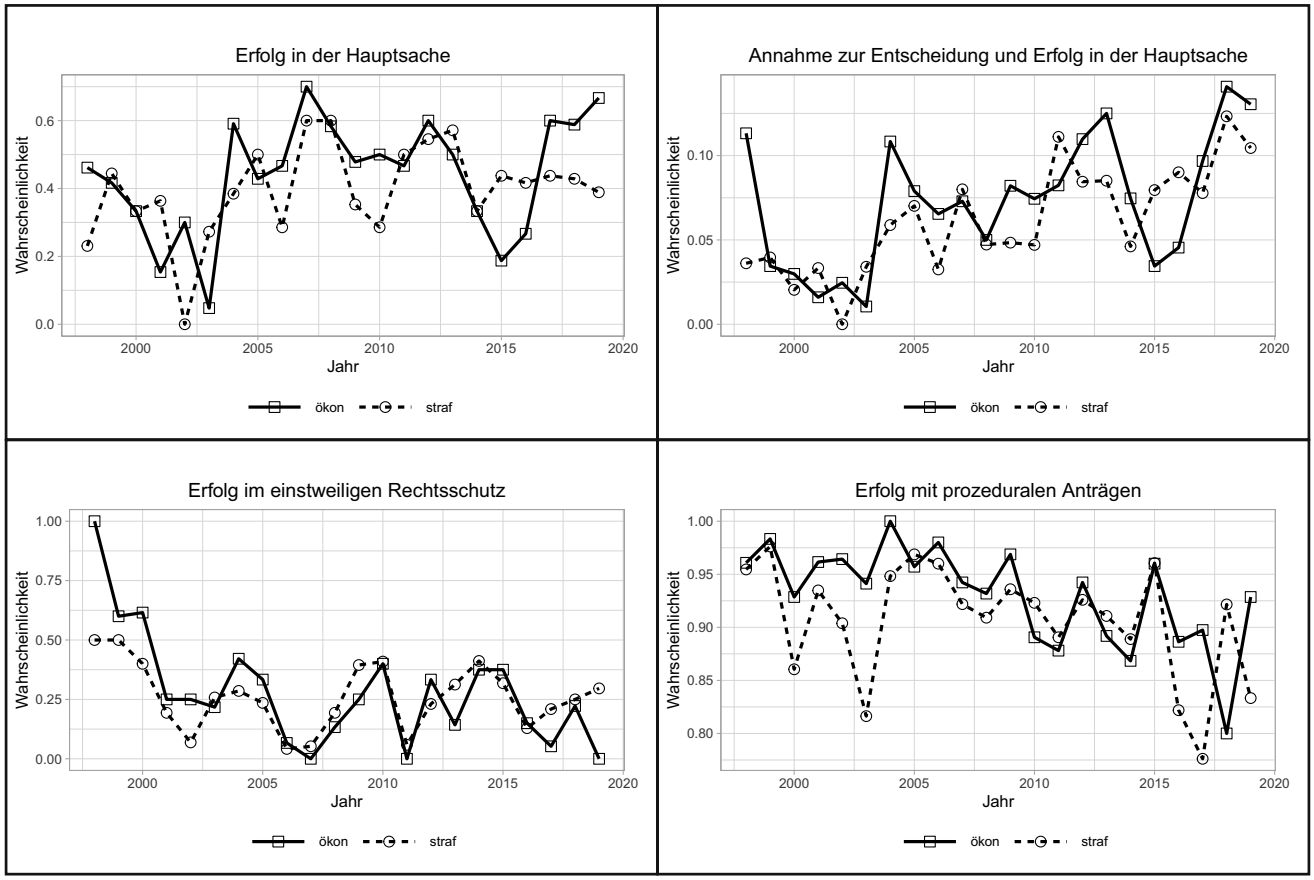


Abbildung 8: Erfolgsaussichten

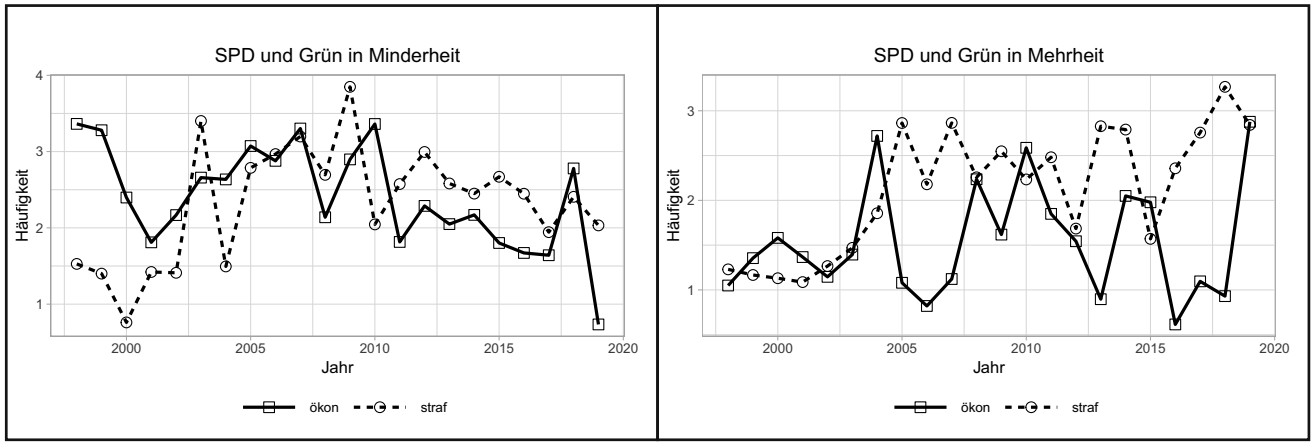


Abbildung 9: Parteien, die die Mehrheit der Richter benannt haben

VI. Warum und zu welchem Ende arbeitet ein Verfassungsrechtler quantitativ?

Zahlen sind nicht der hergebrachte Rohstoff für verfassungsrechtliche Wissenschaft. Die Disziplin wird auch in Zukunft sicher nicht zu einer vornehmlich quantitativen werden. Aber die elektronische Aufbereitung der Entscheidungen macht quantitative Untersuchungen möglich. Statistikprogramme stellen entwickelte Verfahren zur Verfügung, um Entscheidungen als Daten zu lesen und auszuwerten. Das gibt der Verfassungsrechtswissenschaft ein neues Instrument. Sie kann neue Fragen stellen und neue Antworten auf alte Fragen geben. Dieser Text illustriert eine Möglichkeit, wie quantitative Evidenz die hergebrachte qualitative Vorgehensweise der juristischen Wissenschaft bereichern kann: Sie kann Entwicklungstrends sichtbar machen.

Die beobachteten Trends zu erklären, ist deutlich anspruchsvoller. Belastbare Aussagen zu Ursachen für die beobachteten Wirkungen sind methodisch herausfordernd. In einem strengen Sinne ist nicht einmal die Aussage belastbar: Es gibt keinen Zusammenhang zwischen einer möglichen Ursache und dem beobachteten Effekt. Dass es keinen signifikanten Befund gibt, kann daran liegen, dass man eine moderierende Variable verkannt hat. Würde man sie berücksichtigen, möchten die Daten plötzlich, bedingt auf diese Differenz, sprechend werden: Eine Gruppe von Beobachtungen reagiert auf die Ursache systematisch anders als eine zweite.

In diesem Sinne wirft dieser Text vor allem eine Frage auf: Wie kommt es, dass die Aufmerksamkeit des Gerichts für wirtschaftliche Grundrechte über die Zeit abnimmt, die Aufmerksamkeit für straf- und prozessrechtliche Grundrechte dagegen zunimmt? Liegt das an den Entscheidungen der Parteien und ihrer Prozessvertreter? Könnte es darauf beruhen, dass wirtschaftliche Grundrechte genuin mit dem eigenen Gewinn verbunden sind? Reagieren potentielle Beschwerdeführer bei diesen Grundrechten sensibler auf die geringen Erfolgschancen? Oder liegt die Ursache beim Gericht? Liegt der Grund in der Selektion der Fälle, auf die das Gericht mit Gründen reagiert, und die es auf seiner Website verfügbar macht? Sind die Fallkonstellationen gleichförmiger, bei denen wirtschaftliche Grundrechte in Rede stehen? Dann könnte das Gericht häufiger mit dem Satz reagieren: Das ist bereits geklärt. Und schließlich stellt sich eine normative Frage: Sollte es das Gericht, den Gesetzgeber oder die Öffentlichkeit kümmern, dass sich der Schwerpunkt der Verfassungsgerichtsbarkeit auf das Straf- und Prozessrecht verlagert? Ist das vielleicht sogar wünschenswert? Quantitative Analyse kann diese Fragen nicht beantworten, jedenfalls nicht mit den vorhandenen Daten. Aber sie kann deutlich machen, dass es hier Fragen gibt, die nach der Arbeit von Verfassungsrechtlern rufen.

Professor Dr. **Thomas Lobinger**, Heidelberg*

Mietminderung und § 814 BGB

Infolge der Ipso-iure-Minderung der Mietschuld bei Mängeln der Mietsache kommt es häufig zu Überzahlungen der Miete, sofern Mängel vorliegen. Der Beitrag untersucht die kontrovers diskutierte Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Rückforderung entsprechender Überzahlungen an § 814 BGB scheitern kann, falls der Mieter trotz Kenntnis der Mängel und der damit einhergehenden Minderungsfolge gezahlt hatte. Dabei steht die ratio legis von § 814 Fall 1 BGB im Zentrum des Interesses.

I. Einführung in die Problematik

1. Die Mietrechtsreform 2001 als Grund für die erhöhte Bedeutsamkeit von § 814 Fall 1 BGB bei minderungsbedingter Mietüberzahlung

Es mag auf Anhieb verwundern, dass einer fast schon archaisch anmutenden, knappen Norm wie § 814 BGB ausgerechnet im hochregulierten modernen Mietrecht seit etwa zwei Dekaden erhöhte Aufmerksamkeit zuteilwird. Auslöser hierfür ist eine Passage in der Begründung des Mietrechtsreformgesetzes von 2001, die sich kritisch mit der bis dahin ständigen Rechtsprechung des *BGH* zur analogen Anwendung von § 539 BGB a. F. (heute § 536b BGB) in dem Fall auseinandersetzt, dass der Mieter einen Mangel erst nach Vertragsschluss erkennt und trotz dieser Kenntnis die Miete über einen längeren Zeitraum hinweg vorbehaltlos ungemindert weiter zahlt[1]. Die Gesetzesverfasser sahen für diese Analogie „schon nach geltendem Recht […] kaum Raum", weil solche Konstellationen von § 545 BGB a. F. (heute § 536c BGB) durchaus erfasst gewesen seien[2]. Vor allem aber wies man darauf hin, „dass das geltende Recht neben der speziellen mietrechtlichen Regelung des § 545 BGB (§ 536c Entwurf) mit der allgemeinen Vorschrift des § 814 BGB (Leistung in Kenntnis der Nichtschuld) zusätzliche Handhabe bietet, um das Problem rechtlich befriedigend zu lösen"[3]. Der *BGH* nahm diesen Ball in seiner Entscheidung vom 16. Juli 2003[4] auf und lehnte für nach dem Inkrafttreten des Mietrechtsreformgesetzes fällig gewordene Mieten einen Ausschluss der Minderung in analoger Anwendung von § 536b BGB, dem Nachfolger von § 539 BGB a. F., ab, falls der Mieter die Miete trotz eines ihm nachträglich bekannt gewordenen Mangels ungekürzt und vorbehaltlos weiter bezahlt haben sollte[5]. Die für eine Analogie erforderliche unbewusste Regelungslücke sei nach der eindeutigen und auch im weiteren Gesetzgebungsverfahren unwidersprochen gebliebenen Aussage der Gesetzesverfasser zur bisherigen Rechtsprechung nicht mehr vorhanden, § 536c BGB sei deshalb fortan als abschließende Regelung sich erst nachträglich zeigender Mängel zu verstehen[6]. Dabei versäumte es auch der *BGH* nicht, auf die Flankierung dieser neuen Lage durch § 814 BGB hinzuweisen: „Zahlt er [der Mieter] dennoch zunächst über einen längeren Zeitraum und ohne jeden Vorbehalt die Miete ungekürzt weiter, kann er […] – soweit ihm, wie im Regelfall beim heutigen Kenntnisstand der beteiligten Kreise anzunehmen, sein Recht zur Herabsetzung der Miete bekannt ist – die ‚Überzahlung' nicht zurückfordern (§ 814 BGB)"[7].

2. Die uneinheitliche Handhabung von § 814 BGB bei minderungsbedingter Mietüberzahlung in der Rechtsprechung

a) Die Rechtsprechung des BGH

Obwohl der Verzicht auf eine analoge Anwendung von § 536b BGB bei ungeschmälerter Mietzahlung trotz Kenntnis nachträglich entstandener bzw. sichtbar gewordener Mängel einen durchaus bedeutsamen Einschnitt in der Rechtsprechung des *BGH* zur Mietminderung markiert, fristete der Hinweis auf § 814 BGB als ergänzendes Instrument zur Erzielung angemessener Ergebnisse in dessen weiterer

* Der Autor ist Professor für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Handelsrecht sowie Direktor des Instituts für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Insolvenzrecht an der Universität Heidelberg. Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den Verf. auf dem 24. Deutschen Mietgerichtstag am 26. 3. 2022 in Dortmund gehalten hat.

1 Siehe BegrRegE MietrechtsreformG, BT-Drucks. 14/4553, S. 41; siehe für diese langjährige Rspr. zuletzt nur etwa *BGH* NJW 2000, 2663, 2664; *BGH* NZM 2003, 355.

2 BegrRegE MietrechtsreformG, BT-Drucks. 14/4553, S. 41.

3 BegrRegE MietrechtsreformG, BT-Drucks. 14/4553, S. 41.

4 *BGHZ* 155, 380.

5 *BGHZ* 155, 380, 381 (LS 2), 386 ff.

6 *BGHZ* 155, 380, 390.

7 *BGHZ* 155, 380, 389.

JuristenZeitung 77, 599–609 DOI: 10.1628/jz-2022-0197
ISSN 0022-6882 © Mohr Siebeck 2022

In diesem Sinne wirft dieser Text vor allem eine Frage auf: Wie kommt es, dass die Aufmerksamkeit des Gerichts für wirtschaftliche Grundrechte über die Zeit abnimmt, die Aufmerksamkeit für straf- und prozessrechtliche Grundrechte dagegen zunimmt? Liegt das an den Entscheidungen der Parteien und ihrer Prozessvertreter? Könnte es darauf beruhen, dass wirtschaftliche Grundrechte genuin mit dem eigenen Gewinn verbunden sind? Reagieren potentielle Beschwerdeführer bei diesen Grundrechten sensibler auf die geringen Erfolgschancen? Oder liegt die Ursache beim Gericht? Liegt der Grund in der Selektion der Fälle, auf die das Gericht mit Gründen reagiert, und die es auf seiner Website verfügbar macht? Sind die Fallkonstellationen gleichförmiger, bei denen wirtschaftliche Grundrechte in Rede stehen? Dann könnte das Gericht häufiger mit dem Satz reagieren: Das ist bereits geklärt. Und schließlich stellt sich eine normative Frage: Sollte es das Gericht, den Gesetzgeber oder die Öffentlichkeit kümmern, dass sich der Schwerpunkt der Verfassungsgerichtsbarkeit auf das Straf- und Prozessrecht verlagert? Ist das vielleicht sogar wünschenswert? Quantitative Analyse kann diese Fragen nicht beantworten, jedenfalls nicht mit den vorhandenen Daten. Aber sie kann deutlich machen, dass es hier Fragen gibt, die nach der Arbeit von Verfassungsrechtlern rufen.

Professor Dr. **Thomas Lobinger**, Heidelberg*

Mietminderung und § 814 BGB

Infolge der Ipso-iure-Minderung der Mietschuld bei Mängeln der Mietsache kommt es häufig zu Überzahlungen der Miete, sofern Mängel vorliegen. Der Beitrag untersucht die kontrovers diskutierte Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Rückforderung entsprechender Überzahlungen an § 814 BGB scheitern kann, falls der Mieter trotz Kenntnis der Mängel und der damit einhergehenden Minderungsfolge gezahlt hatte. Dabei steht die ratio legis von § 814 Fall 1 BGB im Zentrum des Interesses.

I. Einführung in die Problematik

1. Die Mietrechtsreform 2001 als Grund für die erhöhte Bedeutsamkeit von § 814 Fall 1 BGB bei minderungsbedingter Mietüberzahlung

Es mag auf Anhieb verwundern, dass einer fast schon archaisch anmutenden, knappen Norm wie § 814 BGB ausgerechnet im hochregulierten modernen Mietrecht seit etwa zwei Dekaden erhöhte Aufmerksamkeit zuteilwird. Auslöser hierfür ist eine Passage in der Begründung des Mietrechtsreformgesetzes von 2001, die sich kritisch mit der bis dahin ständigen Rechtsprechung des *BGH* zur analogen Anwendung von § 539 BGB a. F. (heute § 536b BGB) in dem Fall auseinandersetzt, dass der Mieter einen Mangel erst nach Vertragsschluss erkennt und trotz dieser Kenntnis die Miete über einen längeren Zeitraum hinweg vorbehaltlos ungemindert weiter zahlt[1]. Die Gesetzesverfasser sahen für diese Analogie „schon nach geltendem Recht […] kaum Raum", weil solche Konstellationen von § 545 BGB a. F. (heute § 536c BGB) durchaus erfasst gewesen seien[2]. Vor allem aber wies man darauf hin, „dass das geltende Recht neben der speziellen mietrechtlichen Regelung des § 545 BGB (§ 536c Entwurf) mit der allgemeinen Vorschrift des § 814 BGB (Leistung in Kenntnis der Nichtschuld) zusätzliche Handhabe bietet, um das Problem rechtlich befriedigend zu lösen"[3]. Der *BGH* nahm diesen Ball in seiner Entscheidung vom 16. Juli 2003[4] auf und lehnte für nach dem Inkrafttreten des Mietrechtsreformgesetzes fällig gewordene Mieten einen Ausschluss der Minderung in analoger Anwendung von § 536b BGB, dem Nachfolger von § 539 BGB a. F., ab, falls der Mieter die Miete trotz eines ihm nachträglich bekannt gewordenen Mangels ungekürzt und vorbehaltlos weiter bezahlt haben sollte[5]. Die für eine Analogie erforderliche unbewusste Regelungslücke sei nach der eindeutigen und auch im weiteren Gesetzgebungsverfahren unwidersprochen gebliebenen Aussage der Gesetzesverfasser zur bisherigen Rechtsprechung nicht mehr vorhanden, § 536c BGB sei deshalb fortan als abschließende Regelung sich erst nachträglich zeigender Mängel zu verstehen[6]. Dabei versäumte es auch der *BGH* nicht, auf die Flankierung dieser neuen Lage durch § 814 BGB hinzuweisen: „Zahlt er [der Mieter] dennoch zunächst über einen längeren Zeitraum und ohne jeden Vorbehalt die Miete ungekürzt weiter, kann er […] – soweit ihm, wie im Regelfall beim heutigen Kenntnisstand der beteiligten Kreise anzunehmen, sein Recht zur Herabsetzung der Miete bekannt ist – die ‚Überzahlung' nicht zurückfordern (§ 814 BGB)"[7].

2. Die uneinheitliche Handhabung von § 814 BGB bei minderungsbedingter Mietüberzahlung in der Rechtsprechung

a) Die Rechtsprechung des BGH

Obwohl der Verzicht auf eine analoge Anwendung von § 536b BGB bei ungeschmälerter Mietzahlung trotz Kenntnis nachträglich entstandener bzw. sichtbar gewordener Mängel einen durchaus bedeutsamen Einschnitt in der Rechtsprechung des *BGH* zur Mietminderung markiert, fristete der Hinweis auf § 814 BGB als ergänzendes Instrument zur Erzielung angemessener Ergebnisse in dessen weiterer

* Der Autor ist Professor für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Handelsrecht sowie Direktor des Instituts für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Insolvenzrecht an der Universität Heidelberg. Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den Verf. auf dem 24. Deutschen Mietgerichtstag am 26. 3. 2022 in Dortmund gehalten hat.

1 Siehe BegrRegE MietrechtsreformG, BT-Drucks. 14/4553, S. 41; siehe für diese langjährige Rspr. zuletzt nur etwa *BGH* NJW 2000, 2663, 2664; *BGH* NZM 2003, 355.

2 BegrRegE MietrechtsreformG, BT-Drucks. 14/4553, S. 41.

3 BegrRegE MietrechtsreformG, BT-Drucks. 14/4553, S. 41.

4 *BGHZ* 155, 380.

5 *BGHZ* 155, 380, 381 (LS 2), 386 ff.

6 *BGHZ* 155, 380, 390.

7 *BGHZ* 155, 380, 389.

JuristenZeitung 77, 599–609 DOI: 10.1628/jz-2022-0197
ISSN 0022-6882 © Mohr Siebeck 2022

Judikatur 15 Jahre lang das Schicksal eines bloßen *obiter dictum*. Schon in dem grundlegenden Urteil selbst war die Kondiktionssperre nicht entscheidungserheblich. Auch in einem Urteil vom 11. Juli 2012[8] wurde die Regelung nur allgemein, zur Entkräftung möglicher Einwände gegen eine Kündigungsbefugnis erwähnt[9]. Erst mit einem Beschluss vom 4. September 2018[10] änderte sich dieser Befund. Der *BGH* stellte hier klar, dass für die Beweislastverteilung bei § 814 BGB auch im Fall der vorbehaltlosen ungeschmälerten Mietzahlung trotz Kenntnis von Mängeln die allgemeinen Regeln gelten: „Erleichterungen für die Darlegung und den Nachweis der Tatbestandsvoraussetzungen des § 814 BGB werden dem Leistungsempfänger […] nicht zugebilligt"[11]. Das Gericht betonte das vor allem im Hinblick auf das Erfordernis, dass der Leistende nicht nur die Tatumstände kennen muss, die zur Unwirksamkeit oder zum Wegfall seiner Leistungspflicht führen, sondern darüber hinaus auch nach einer Parallelwertung in der Laiensphäre die richtigen rechtlichen Schlussfolgerungen aus diesen Tatsachen gezogen haben und deshalb davon ausgegangen sein muss, die erbrachte Leistung nicht zu schulden[12]. In diesem Zusammenhang sei es zwar unerheblich, dass der Laie die richtige Minderungsquote regelmäßig nicht genau, sondern allenfalls überschlägig bestimmen könne[13]. Erheblich sei dagegen eine Fehlvorstellung von der rechtlichen Konstruktion der Minderung. Gehe der Laie fälschlicherweise davon aus, dass die mangelbedingte Mietminderung nicht schon von Gesetzes wegen eintrete, sondern einer Zustimmung durch den Vermieter bedürfe, fehle es an der für § 814 Fall 1 BGB maßgeblichen Kenntnis, sofern der Mieter ungeschmälert weiter zahle, weil die vom Vermieter geforderte Zustimmung noch ausstehe[14]. Die in der grundlegenden Entscheidung aus 2003 geäußerte Annahme, dass angesichts des Kenntnisstands der beteiligten Kreise im Regelfall anzunehmen sei, ein Mieter kenne sein Recht zur Herabsetzung der Miete[15], wurde damit zu einer „überschlägigen Regelfallbetrachtung" zurückgestutzt, die nicht etwa die erforderliche Würdigung der Einzelfallumstände obsolet machen sollte[16].

b) Die Rechtsprechung der Instanzgerichte

Deutet sich damit für die Rechtsprechung des *BGH* eine eher zurückhaltende Anwendung von § 814 BGB in unserem Zusammenhang an, lässt sich das für die Rechtsprechung der Instanzgerichte nicht in gleicher Weise behaupten. So versagte etwa das *LG Bonn* in einem – allerdings noch vor dem zuletzt genannten *BGH*-Beschluss ergangenen – Urteil einem Mieter unter Rückgriff auf § 814 BGB den Anspruch auf Rückzahlung im Monat Juli zu viel gezahlter Miete, weil dieser wegen eines am 20. des Vormonats entstandenen und auch angezeigten Wasserschadens mit der Kürzung der Mietzahlungen erst im August begonnen habe[17]. Die Kenntnis vom Mangel und die Kenntnis der Nichtschuld wurden hier offenbar kurzerhand in eins gesetzt; die Frage, ob nicht möglicherweise der knappe Zeitraum zwischen 20. Juni und der Fälligkeit der Juli-Miete benötigt wurde, um sich über die rechtlichen Konsequenzen des Wasserschadens und die daraus resultierenden Befugnisse gegenüber dem Vermieter Klarheit zu verschaffen, wurde gar nicht erst aufgeworfen[18]. Es zeigen sich in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung aber auch nach dem 2018 ergangenen Beschluss des *BGH* zur Beweislastfrage bei § 814 BGB im Zusammenhang überzahlter Miete noch durchaus großzügigere Tendenzen. So zog etwa das *OLG Brandenburg* in einem Urteil vom 10. September 2019[19] „die übliche Rechtskenntnis in einschlägigen Kreisen" für einen Anscheinsbeweis dafür heran, dass beim heutigen Kenntnisstand der im konkreten Fall beteiligten (Mieter-)Kreise von deren Rechtskenntnis einer Minderungsbefugnis auszugehen und deshalb die Vorschrift des § 814 BGB anzuwenden sei[20]. Den eher zurückhaltenden Tendenzen in der jüngsten Rechtsprechung des *BGH* entspricht das kaum, auch wenn es im konkreten Fall nicht um Wohnraum-, sondern um Gewerberaummiete ging[21]. Denn der *BGH* wollte die immer wieder herangezogene Parenthese des Urteils aus 2003, nach der im Regelfall beim heutigen Kenntnisstand der beteiligten Verkehrskreise anzunehmen sei, das Recht zur Herabsetzung der Miete sei bekannt, ganz explizit nicht als Einräumung einer Darlegungs- oder Beweiserleichterung für den Leistungsempfänger verstanden wissen[22].

c) Gesamteindruck

In der Gesamtschau fällt an der Rechtsprechung zu § 814 BGB im Zusammenhang der Mietminderung auf, dass sie eher um Detailprobleme der soeben behandelten Art kreist. Ob der Kondiktionsausschluss in den typischen Fällen minderungsbedingter Mietüberzahlungen trotz Kenntnis der Minderungsberechtigung überhaupt der Ratio der Norm entspricht, wird dagegen kaum je thematisiert. Über den materialen Geltungsgrund der Regelung macht man sich regelmäßig keine Gedanken, sofern nur ihre vom Wortlaut geforderten Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind. Eine gewisse Ausnahmestellung nimmt dabei immerhin ein Urteil des *OLG Stuttgart* aus dem Jahr 2006 ein, auch wenn es nicht um einen Minderungsfall ging[23]. Hier lief die Pachtzahlung nach Aufhebung des Pachtverhältnisses aufgrund der ursprünglichen (unbefristeten) Anordnung des staatlichen Liegenschaftsamtes einfach weiter, weil die Vertragsbeendigung der ausführenden Hauptkasse zunächst nicht mitgeteilt wurde. Das *OLG Stuttgart* sicherte seine Ablehnung von § 814 BGB nach ausführlichen Überlegungen, auf wessen Kenntnis abzustellen sei und ob diese auch vorgelegen habe, schließlich noch mit grundsätzlichen Normzwecküberlegungen ab[24]. Die Vorschrift beruhe auf dem allgemeinen Gedanken der Unzulässigkeit widersprüchlichen Verhaltens und sei deshalb nicht anwendbar, wenn der Leistungsempfänger nicht darauf vertrauen konnte, die Leistung

8 *BGH* WuM 2012, 499.
9 Siehe *BGH* WuM 2012, 499, 500 Rn. 20.
10 *BGH* WuM 2018, 712.
11 *BGH* WuM 2018, 712, 713 Rn. 9.
12 *BGH* WuM 2018, 712, 713 Rn. 17; siehe zu dem genannten Erfordernis selbst nur etwa *BGHZ* 113, 62, 70; *BGH* NJW-RR 2008, 824, 825 Rn. 13; *BGH* NJW 2009, 580, 582 Rn. 17; *BGH* NJW-RR 2014, 1133, 1135 Rn. 109; *Lorenz*, in: *Staudinger*, BGB, Neubearb. 2007, § 814 Rn. 4; *Schwab,* in: MünchKommBGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 814 Rn. 16 ff.
13 *BGH* WuM 2018, 712, 714 Rn. 20.
14 So *BGH* WuM 2018, 712, 714 Rn. 21.
15 *BGHZ* 155, 380, 389.
16 *BGH* WuM 2018, 712, 713 Rn. 18.
17 *LG Bonn* BeckRS 2015, 118147 Rn. 48.
18 Vgl. hierzu auch *Gsell/Haag*, in: Festschrift für Börstinghaus, 2020, S. 153, 153 Fn. 2.
19 *OLG Brandenburg* BeckRS 2019, 24879.
20 Siehe *OLG Brandenburg* BeckRS 2019, 24879 Rn. 40; so zuvor etwa auch schon *KG* BeckRS 2013, 6082 unter I 1 b aa; *KG* NZM 2014, 909, 911, wo dann allerdings von einer Erschütterung des Anscheinsbeweises ausgegangen wurde, weil der Vermieter die Minderungsbefugnis in einer Klausel beschränkt hatte, über deren Unwirksamkeit sich der Mieter möglicherweise keine Gedanken gemacht habe.
21 Kritisch etwa auch *Siegmund* MietRB 2020, 327, 328.
22 Siehe *BGH* WuM 2018, 712, 713 Rn. 10.
23 *OLG Stuttgart* BeckRS 2006, 7308.
24 *OLG Stuttgart* BeckRS 2006, 7308 Rn. 42 ff.

behalten zu dürfen[25]. Im Fall aber sei offensichtlich gewesen, dass es sich um eine versehentliche Fehlüberweisung gehandelt habe. Der Verpächter habe zu keinem Zeitpunkt darauf vertrauen können, dass ein Rechtsgrund bestehe oder der Kläger trotz positiver Kenntnis der Nichtschuld ihm – letztlich schenkweise – die Beträge habe zukommen lassen wollen[26].

3. Die uneinheitliche Reaktion im Schrifttum

Die Änderung der Rechtsprechung des *BGH* zum analogiegestützten Rückgriff auf § 536b BGB bei nachträglich sichtbar werdenden Mängeln hat in der mietrechtlichen Literatur nicht dazu geführt, dass man sich dort sogleich auf § 814 BGB gestürzt hätte. Der von den Gesetzesverfassern des Mietrechtsreformgesetzes 2001 und auch vom *BGH* für eine angemessene Lösung der Sachprobleme ins Feld geführte Kondiktionsausschluss wurde eher beiläufig zur Kenntnis genommen und dabei aufgrund seines begrenzten Regelungsgehalts wie auch seiner strengen subjektiven Voraussetzungen nicht selten für praktisch untauglich befunden, die durch den Verzicht auf die Analogie entstandene Lücke zu füllen[27]. Eingehendere Untersuchungen der Norm fanden sich in diesem Zusammenhang noch nicht. Erst sehr viel später, möglicherweise unter dem Eindruck einer eher großzügigen instanzgerichtlichen Rechtsprechung, schaffte es § 814 BGB auch ins Zentrum mietrechtlicher Beiträge[28]. Hier dominierten zunächst aber wiederum Detailfragen, namentlich etwa die unterschiedlichen Konsequenzen für den Kondiktionsausschluss bei nachträglicher Zahlung der Miete und Vorauszahlung[29] oder – parallel zur oben referierten Rechtsprechung – die an eine Kenntnis der Nichtschuld konkret zu stellenden Anforderungen samt den insoweit möglicherweise bestehenden Beweiserleichterungen[30]. Erst in allerjüngster Zeit wurde schließlich auch die grundlegende Frage aufgeworfen, ob § 814 BGB selbst bei wortlautgemäßer Einschlägigkeit in den Fällen minderungsbedingter Mietüberzahlungen überhaupt dazu taugen kann, Rückforderungsansprüche des Mieters auszuschließen[31]. *Beate Gsell* und *Elli-Luise Haag* gelangen in ihrem Beitrag in der Festschrift für Ulf Börstinghaus nicht nur aus praktischen, sondern bereits aus dogmatischen Gründen zu einem verneinenden Ergebnis. Unter Rückgriff auf den Normzweck plädieren sie für eine teleologische Reduktion von § 814 Fall 1 BGB dahingehend, dass die Vorschrift immer dann unangewendet bleiben soll, wenn der Leistungsempfänger nicht in schutzwürdiger Weise auf das Behaltendürfen der Leistung vertrauen konnte[32]. Ein solcher Rückschnitt der Norm sei nicht nur generell gerechtfertigt, sondern verhindere speziell im Mietrecht auch die Aushebelung des gesetzlichen Mieterschutzes[33]. In der praktischen Konsequenz verliert § 814 BGB damit nach Ansicht der Autorinnen nahezu seinen gesamten Anwendungsbereich bei minderungsbedingter Mietüberzahlung. Denn in der Regel könne bei einem Vermieter kein schutzwürdiges Vertrauen darauf entstehen, eine minderungsbedingte Überzahlung seines Mieters behalten zu dürfen. Dies gelte jedenfalls dann, wenn der Mieter den der Minderung zugrundeliegenden Mangel angezeigt habe, vielfach aber selbst dort, wo eine solche Anzeige nicht erfolgt und eine Minderung gleichwohl noch möglich sei[34]. Träfe dies zu, müsste über die bislang dominierenden Detailfragen im Zusammenhang von § 814 Fall 1 BGB bei minderungsbedingter Mietüberzahlung nicht mehr allzu intensiv nachgedacht werden. Grund genug, den spezifischen Normzweck von § 814 Fall 1 BGB gerade auch im mietrechtlichen Kontext noch einmal von seiner dogmatischen Wurzel her zu beleuchten, um damit schließlich klarer zu sehen, welche praktische Bedeutung der Vorschrift im Zusammenhang minderungsbedingter Mietüberzahlungen tatsächlich zukommen kann.

II. Die ratio legis von § 814 Fall 1 BGB

1. Beschränkung der Fragestellung auf § 814 Fall 1 BGB

Die folgenden Untersuchungen zu § 814 BGB werden sich ganz auf den dort genannten Fall 1, den Kondiktionsausschluss bei Kenntnis der Nichtschuld, konzentrieren. Der danebenstehende Fall 2, die objektiv konzipierte Kondiktionssperre wegen einer sogenannten Sitten- oder Anstandspflicht, wird dagegen außen vor bleiben. Diese Regelung hat selbständigen Charakter und wirft deshalb auch ganz eigene Fragen auf. Anders als Fall 1 war dieser Fall des heutigen § 814 BGB im ersten Entwurf des Gesetzbuchs auch noch gar nicht vorgesehen (vgl. § 737 Abs. 4 BGB-E I). Ohnehin spielt § 814 Fall 2 BGB in den hier verfolgten Zusammenhängen minderungsbedingter Mietüberzahlungen aber auch rechtspraktisch keine Rolle.

2. Der Meinungsstand zum Normzweck von § 814 Fall 1 BGB

a) § 814 Fall 1 BGB als Ausprägung des Verbots widersprüchlichen Verhaltens (venire contra factum proprium)

aa) Vorbemerkung

Nach heute ganz herrschender Meinung stellt der Kondiktionsausschluss gemäß § 814 Fall 1 BGB eine Ausprägung des Verbots widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*) dar[35]. Diese dogmatische Verortung findet allerdings keinen entstehungsgeschichtlichen Anknüpfungspunkt. In den Materialien zum BGB fehlt in Bezug auf den heutigen § 814 Fall 1 BGB jeder Rekurs auf die genannte Parömie oder auch nur auf den Grundsatz von Treu und Glauben im weiteren Sinne. Der Begründungsversuch fiel

25 *OLG Stuttgart* BeckRS 2006, 7308 Rn. 43.
26 *OLG Stuttgart* BeckRS 2006, 7308 Rn. 44.
27 Siehe nur etwa *Timme* NJW 2003, 3099, 3100; *Gerber* NZM 2003, 825, 826.
28 Siehe *Lögering* NZM 2010, 113; *Eisenhardt* WuM 2019, 5; *Gsell/Haag*, in: Festschrift für Börstinghaus, 2020, S. 153.
29 Vgl. hierzu *Lögering* NZM 2010, 113, 115 f.
30 Vgl. hierzu *Eisenhardt* WuM 2019, 5, 7 ff.
31 Siehe *Gsell/Haag*, in: Festschrift für Börstinghaus, 2020, S. 153, 153 ff.
32 So *Gsell/Haag*, in: Festschrift für Börstinghaus, 2020, S. 153, 160.
33 Siehe *Gsell/Haag*, in: Festschrift für Börstinghaus, 2020, S. 153, 161; in der Sache beiläufig ähnlich auch *Raabe* WuM 2017, 65, 71.
34 Siehe *Gsell/Haag*, in: Festschrift für Börstinghaus, 2020, S. 153, 162 ff., 165 f.
35 *BGHZ* 73, 202, 205; *BGH* NJW 2008, 1878, 1879 Rn. 16; *Erdmann*, Wann findet § 814 Halbsatz 1 BGB Anwendung und welches ist sein rechtspolitischer Grundgedanke?, 1935, S. 42 ff.; *Trabzadah*, Ausschluss der Kondiktion wegen Kenntnis der Nichtschuld nach § 814 Fall 1 BGB, 1984, S. 35 ff.; *Larenz/Canaris,* Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2 Besonderer Teil, 13. Aufl. 1994, S. 160; *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1. Aufl. 1983, S. 183, 185; *Lorenz*, in: *Staudinger* (Fn. 12), § 814 Rn. 2; *Martinek/Heine*, in: jurisPK BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2020, § 814 Rn. 3 f.; *Schmidt-Kessel/Hadding*, in: *Soergel*, BGB, Bd. 11,3: Schuldrecht 9,3, 13. Aufl. 2012, § 814 Rn. 1; *Schwab,* in: MünchKommBGB (Fn. 12), § 814 Rn. 2.

1935 gleichsam vom Himmel. *Gertrud Erdmann* unternahm ihn in ihrer Freiburger Dissertation und war sich dabei seiner Vorbildlosigkeit völlig bewusst[36]. Als Vorteil sah sie an, dass damit ein objektiv wertender Gesichtspunkt gefunden sei, der sich vom Willen der Beteiligten unabhängig mache[37]. Inspiriert haben mag sie dabei auch ein Beitrag von *Larenz* aus dem Jahr zuvor, der allerdings nur ergänzend auf die Denkfigur zurückgegriffen hatte, um die Kondiktion in einem Fall ausschließen zu können, in dem für ihn ein Rückgriff auf § 814 Fall 1 BGB gerade nicht in Betracht kam, weder direkt noch analog[38].

Vorab zu bemerken ist weiterhin: Unter der Überschrift der Unzulässigkeit widersprüchlichen Verhaltens versammeln sich bei § 814 Fall 1 BGB durchaus unterschiedliche Ansätze. Einer davon sieht den entscheidenden Selbstwiderspruch beim Rückfordernden darin, dass dieser den Schutz der Gerichte suche, obwohl er sich zuvor mittels Leistungsverweigerung selbst hätte schützen können[39]. Wenngleich auch hier rhetorisch an das Verbot widersprüchlichen Verhaltens angeknüpft wird, dominiert in solchen Argumentationen doch ganz der Gedanke einer Rechtsschutzverweigerung, weshalb diese Lehren eigens behandelt werden sollen[40]. Nachfolgend stehen zunächst die rein materiell denkenden Treuwidrigkeitslehren im Zentrum, wobei sich wiederum danach unterscheiden lässt, ob diese den Versuch unternehmen, den Gedanken des Vertrauensschutzes zu integrieren oder diesen für grundsätzlich irrelevant halten.

bb) Reine Treuwidrigkeitslehren

In der Tradition *Erdmanns* stehen die hier sogenannten reinen Treuwidrigkeitslehren. Sie knüpfen allein an einen Selbstwiderspruch im Verhalten des Leistenden an und sehen § 814 Fall 1 BGB nicht als spezifische Gläubiger- oder Vertrauensschutzregelung. Hierfür können sie sich auf die insoweit eindeutige Tatbestandsfassung der Norm berufen, der jeder Bezug zur Perspektive und den Interessen des Leistungsempfängers fehlt[41]. Den Kondiktionsausschluss gedanklich mit dem Verbot des *venire contra factum proprium* zu erfassen, wird damit allerdings nicht leichter, im Gegenteil. Denn man muss sich dann bereits fragen, warum eine freiheitliche Rechtsordnung widersprüchliches Verhalten überhaupt mit negativen Folgen belegen sollte, wenn durch dieses Verhalten nicht auch schutzwürdige Drittinteressen in spezifischer Weise berührt werden[42]. Es erweist sich diese Lehre bei einer isolierten Betrachtung allein des Leistendenverhaltens aber auch noch in anderer zentraler Hinsicht als defizitär. So ist nicht schwer zu erkennen, dass die Rückforderung einer in Kenntnis des Nichtbestehens der Schuld erbrachten Leistung keineswegs immer schon allein wegen dieser Kenntnis als ein selbstwidersprüchliches Verhalten zu werten sein muss[43]. Zweifelsfrei setzt sich der Leistende mit seinem eigenen Vorverhalten allenfalls dann in Widerspruch, wenn er die Leistung gerade in der Absicht erbracht hat, sie trotz der bekanntermaßen fehlenden Verpflichtung nicht zurückzufordern, sondern dem Empfänger zu belassen. Schon ein irgendwie manifestierter, nicht aber notwendigerweise auch gegenüber dem Leistungsempfänger erklärter Vorbehalt der Rückforderung hebt den Selbstwiderspruch dagegen auf. Erst recht gilt das, sofern die bekanntermaßen nicht geschuldete Leistung etwa nur auf Druck von Dritten erbracht wird.

Für eine dogmatische Erfassung mit dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens ist der Tatbestand von § 814 Fall 1 BGB somit aber bereits deutlich zu weit und kaum hinreichend spezifisch ausgestaltet. Umgekehrt lässt die Regelung für eine Verankerung im Grundsatz von Treu und Glauben aber auch etwas vermissen: So, wie sich unter bestimmten Umständen die Rückforderung einer Leistung als treuwidrig erweisen mag, falls sie in Kenntnis von der fehlenden Verpflichtung hierzu erbracht wurde, müsste sich unter bestimmten Umständen auch die Verweigerung der Herausgabe der Leistung als treuwidrig erweisen können, falls diese trotz Kenntnis vom fehlenden Anspruch hierauf entgegengenommen wurde. Als eine im Grundsatz von Treu und Glauben wurzelnde Regelung bedürfte es in § 814 BGB folglich selbst bei Vernachlässigung des Vertrauensschutzes einer Rückausnahme, die bei beiderseits widersprüchlichem Verhalten die allgemeinen Regelungen wieder zur Geltung bringt, das heißt die Kondiktionssperre obsolet werden lässt. Im Sinne der hier sogenannten reinen Treuwidrigkeitslehren kann damit aber das Verbot widersprüchlichen Verhaltens in Wahrheit keine Auskunft über den materialen Geltungsgrund von § 814 Fall 1 BGB geben[44]. Dass in den Gesetzgebungsmaterialien jeder Bezug zu diesem Grundsatz fehlt, ist folglich kein Zufall.

cc) Vertrauensschutzlehren

Diese Spielart der Treuwidrigkeitslehren[45] vermeidet durch die maßgebliche Einbeziehung der Schutzinteressen des Leistungsempfängers bei ihrem Rekurs auf das Verbot widersprüchlichen Verhaltens immerhin den Vorwurf, eine Sanktion um der Sanktion willen zu statuieren. Gleichwohl kann auch sie nicht überzeugen. Das betrifft nicht nur das bereits oben genannte Argument der gänzlich fehlenden Gläubigerperspektive im Tatbestand von § 814 Fall 1 BGB[46]. Mit Blick auf den Vertrauensschutz könnte die Vorschrift darüber hinaus noch nicht einmal als grobe Leitvorgabe verstanden werden. Denn die Kenntnis des Leistenden vom Bestand der Schuld und die Vertrauensperspektive des Empfängers stehen nicht in einem Bedingungszusammenhang, der auch nur typisierende Aussagen über die Vertrauensberechtigung des Empfängers bei Kenntnis des Leistenden von der Nichtschuld zulassen würde. Vielmehr herrscht hier weitgehend der Zufall. So stellt sich bereits die Frage, ob der in Kenntnis der Nichtschuld Leistende beim Empfänger überhaupt ein besonderes Vertrauen begründet, wenn dieser seinerseits vom Bestehen der Verpflichtung ausgeht und damit sein Vertrauen auf das Behaltendürfen maßgeblich auf dem ursprünglichen Vertragsschluss, nicht aber auf der Leistungserbringung gründen wird. Geht auch der Empfänger vom Fehlen der Verpflichtung aus, nehmen die Schwierigkeiten noch zu. Denn hier stellt sich dann nicht nur die normative Frage, ob in einem solchen Fall überhaupt ein Vertrauensschutzbedürfnis entstehen kann. Es hängt auch die Entste-

36 Siehe *Erdmann* (Fn. 35), S. 42 f.
37 Siehe *Erdmann* (Fn. 35), S. 43.
38 *Larenz* JW 1934, 1644, 1645.
39 Siehe etwa *Larenz/Canaris* (Fn. 35), S. 161.
40 Siehe hierzu unten II. 2. b.
41 Siehe bereits *Erdmann* (Fn. 35), S. 43; sowie ferner nur etwa auch *Jerger*, Der Ausschluss der Rückforderung erbrachter Leistungen zulasten des Täuschenden, 2016, S. 112 ff.; *Koch*, Bereicherung und Irrtum, 1973, S. 158; *Lorenz*, in: *Staudinger* (Fn. 12), § 814 Rn. 2; *Schwab,* in: MünchKommBGB (Fn. 12), § 814 Rn. 8; offener *Reuter/Martinek* (Fn. 35), S. 187.
42 Siehe nur etwa *Gsell/Haag*, in: Festschrift für Börstinghaus, 2020, S. 153, 155; *Singer*, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, 1993, S. 179 f.
43 In aller Deutlichkeit spiegelt sich diese Einsicht z. T. bereits in der Gliederung wichtiger Kommentierungen von § 814 BGB, wenn etwa bei *Wendehorst*, in: BeckOK BGB, 61. Ed. Stand: 1. 2. 2022, § 814 Rn. 6 ff. „Selbstwidersprüchliches Verhalten" nach „Nichtschuld" und „Positive Kenntnis" gleichsam als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal aufgelistet wird oder bei *Schwab,* in: MünchKommBGB (Fn. 12), § 814 Rn. 7 ff. neben den erfassten Kondiktionsarten (Rn. 3 ff.) und den Anforderungen an die von § 814 Fall 1 BGB geforderte Kenntnis (Rn. 16 ff.) eigens und ausführlich die „Inhaltliche Reichweite des Kondiktionsausschlusses" behandelt wird, wobei dann die Frage nach einem konkret vorwerfbaren widersprüchlichen Verhalten ganz im Zentrum steht.
44 In diesem Sinne auch *Singer* (Fn. 42), S. 66 f.; vgl. auch *Wieling/Finkenauer*, Bereicherungsrecht, 5. Aufl. 2020, § 3 Rn. 28 Fn. 21.
45 Siehe hierfür nur *BGHZ* 73, 202, 205 f.; *BGH* NJW 2017, 3516, 3518 Rn. 20; *OLG Stuttgart* BeckRS 2006, 7308 Rn. 43; *Gsell/Haag*, in: Festschrift für Börstinghaus, 2020, S. 153, 159.
46 Siehe außer den in Fn. 41 Genannten nur etwa auch noch *Jerger* (Fn. 41), S. 111; *Larenz/Canaris* (Fn. 35), S. 160 f.; *Singer* (Fn. 42), S. 67.

hung eines zusätzlichen Vertrauensmoments wiederum maßgeblich davon ab, ob der Empfänger nicht nur seinerseits vom Fehlen der Verpflichtung ausgeht, sondern ob er zusätzlich auch von einer entsprechenden Kenntnis des Leistenden ausgeht oder zumindest ausgehen darf und welche Schlussfolgerungen er in der besonderen Lage des Falles aus dieser Kenntnis im Verbund mit der erbrachten Leistung ziehen darf. Der Komplexität solcher im Zusammenhang des Vertrauensschutzes auftretenden Fragen, die sich durch allfällige Irrtums- und Zurechnungsprobleme noch unschwer steigern lässt, wird § 814 Fall 1 BGB nicht ansatzweise gerecht. Schon deshalb sind entsprechende Deutungen nicht tragfähig[47].

Neben solche tatbestandsbezogenen Einwendungen treten aber auch noch rechtsfolgenbezogene, systematische Argumente. So ist der Bedarf an einem besonderen Vertrauensschutz des Leistungsempfängers im Hinblick auf das Behaltendürfen einer rechtsgrundlos erlangten Leistung wegen § 818 Abs. 3 BGB von vornherein gering. Die Vorschrift gewährleistet, dass die Herausgabe lediglich zu einer Abschöpfung unrechtmäßiger Vermögensvorteile führt, nicht aber auch zu Einbußen am Stammvermögen des Leistungsempfängers. Letzteres wird über die §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 BGB erst im Fall der Bösgläubigkeit möglich und damit dort, wo Vertrauensschutz ohnehin unangebracht ist.

Darüber hinaus gilt es zu sehen: § 814 Fall 1 BGB ersetzt im Effekt den an sich fehlenden Behaltensgrund für die erbrachte Leistung. Die Vorschrift überwindet damit potenziell sämtliche Grundvoraussetzungen und auch Einwendungen der Rechtsgeschäftslehre, die dazu geführt haben, dass es der erbrachten Leistung an einem Rechtsgrund mangelt. Schon das muss generell zu großer Zurückhaltung bei der Gewährung von Vertrauensschutz mahnen, andernfalls könnten möglicherweise sogar der Minderjährigenschutz oder Verbotsgesetze ausgehebelt werden. Vor allem aber dürfte sich ein speziell in § 814 Fall 1 BGB platzierter Vertrauensschutz damit auch nicht über die vertrauensschutzrechtlichen Grundwertungen der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre hinwegsetzen und gänzlich undifferenziert selbst dort noch einen Behaltensgrund schaffen, wo dies dem Willen des Leistenden in keiner Weise entspricht, mag auch der Leistungsempfänger aus der Leistungserbringung die Schlussfolgerung gezogen haben, der Leistende wolle ihm die Leistung ungeachtet des fehlenden Rechtsgrunds auf Dauer belassen. Denn wo ein solcher Anschein gesetzt wird, ohne dass dem auch ein entsprechender Wille des Erklärenden korrespondiert, kennt das geltende Recht allenfalls in engsten Grenzen, etwa bei einer bewussten Täuschung (vgl. § 116 Satz 1 BGB), eine „Vertrauensentsprechung" als Rechtsfolge. Reguläre Rechtsfolge ist in solchen Fällen vielmehr ein Schadensersatzanspruch, der den Ersatz eines etwaigen Vertrauensschadens („negatives Interesse") zur Folge hat (vgl. § 122 BGB)[48]. Auch hierzu aber stünde § 814 Fall 1 BGB in erkennbarem Widerspruch, wollte man die Vorschrift als Vertrauensschutznorm auffassen.

b) § 814 Fall 1 BGB als Ausdruck einer Rechtsschutzverweigerung

Es kann vor diesem Hintergrund kaum verwundern, dass man bei der Sinndeutung von § 814 Fall 1 BGB versucht hat, die Akzente zu verschieben, weg von materiellen, hin zu prozessökonomischen Gesichtspunkten. So liest man namentlich etwa bei *Canaris*, es sei ausschlaggebend, „daß derjenige, der trotz Kenntnis vom Fehlen einer Verpflichtung leistet, sich aus freien Stücken einer überaus einfachen Möglichkeit des Selbstschutzes – nämlich durch Leistungsverweigerung – begibt und sich zu diesem seinem Vorverhalten in einen untragbaren Widerspruch setzt, wenn er anschließend dann doch den Schutz der Gerichte – eine sehr teuere und knappe ‚Ressource' – in Anspruch nehmen will"[49]. § 814 Fall 1 BGB erscheint damit als Ausdruck einer Rechtsschutzverweigerung. Dass dies in einer auf dem Justizgewährleistungsanspruch aufbauenden rechtsstaatlichen Ordnung allerdings eine bereits generell problematische Lesart darstellen muss, braucht kaum betont zu werden. Das gilt zumal, als sich der Leistende bei § 814 Fall 1 BGB, anders als etwa bei § 817 Satz 2 BGB, selbst kaum außerhalb der Rechtsordnung stellt. Vor allem aber indiziert die Kenntnis der Nichtschuld nicht immer schon eine „überaus einfache Möglichkeit des Selbstschutzes" im Moment der Leistungserbringung. So kann etwa von dritter Seite Druck auf den Leistenden ausgeübt worden sein oder es mag für den Fall der Leistungsverweigerung eine Eskalation, zum Beispiel eine Kündigung, in dem in Frage stehenden Rechtsverhältnis zu befürchten sein, die für den Leistenden nicht tragbar wäre. Für eine rechtsstaatlich vertretbar ausgestaltete Rechtsschutzverweigerung erscheint § 814 Fall 1 BGB damit aber deutlich zu grob gestrickt[50]. An dieser Einsicht ändert auch nicht etwa der Umstand etwas, dass sich in den Beratungen zum BGB durchaus Anklänge an den Gedanken der Rechtsschutzverweigerung finden[51]. Denn diese Überlegungen gehen in eine ganz andere Richtung. Sie zielen nicht auf eine Verweigerung des Rechtsschutzes wegen unterlassenen Selbstschutzes. Vielmehr knüpfen sie an die Einsicht an, dass mit einer Leistung keinesfalls die Erfüllung einer Verbindlichkeit bezweckt sein kann, von der man weiß, dass sie nicht besteht. Der verfolgte Zweck, so die leitende Vorstellung, muss dann ein anderer sein, womit aber eben für das Recht auch kein Anlass bestehe, dem Leistenden später gerade wegen Verfehlung des in Wahrheit von ihm überhaupt nicht verfolgten Zwecks beizuspringen[52]. Die „Rechtsschutzverweigerung" fußt hier folglich nicht auf objektiven, überindividuellen Erwägungen. Sie fußt vielmehr auf der Vermutung, dass der Leistende schon seine Gründe gehabt haben wird, warum er die Leistung trotz der bekanntermaßen fehlenden Verpflichtung erbracht hat, und dass diese Gründe auch weiterhin tragen, solange nicht Umstände vorgebracht oder erkennbar werden, die dieser Annahme entgegenstehen. Eine Rechtsschutzverweigerung im eigentlichen Sinne ist das aber gerade nicht.

c) Rechtsgeschäftsrechtliche Erklärungsversuche

Den bislang behandelten objektiven Deutungsversuchen von § 814 Fall 1 BGB stehen rechtsgeschäftsrechtliche Erklärungsansätze gleichsam diametral gegenüber. Sie finden sich in verschiedenen Facetten. Die älteste Tradition weist dabei die Annahme auf, dass die wissentliche Leistung eines *inde-*

47 Zutreffend *Singer* (Fn. 42), S. 67.

48 Siehe hierzu nur *Lobinger*, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung, 1999, S. 142 und passim.

49 *Larenz/Canaris* (Fn. 35), S. 161.

50 In diese Richtung auch *Jerger* (Fn. 41), S. 111 f.

51 Siehe Prot. Vorkomm. RJA bei *Jakobs/Schubert*, Die Beratungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Recht der Schuldverhältnisse, Bd. 3, 1983, S. 836 f.; Prot. 2. Komm. bei *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 2, 1899, S. 1180.

52 Siehe Prot. Vorkomm. RJA bei *Jakobs/Schubert*, (Fn. 51), S. 836 f.; Prot. 2. Komm. bei *Mugdan* (Fn. 51), S. 1180 sowie auch schon Motive bei *Mugdan* (Fn. 51), S. 471; siehe ferner auch *Heck*, Grundriß des Schuldrechts, 1929 (Nachdruck 1958), S. 424.

bitums Schenkung sei[53]. Daneben steht aber etwa auch die Einordnung als Verzicht auf den Rückforderungsanspruch[54]. Solche Erklärungsansätze haben den Vorzug, dass sie § 814 Fall 1 BGB nicht von vornherein als eine an sich systemwidrige Sondernorm ausweisen müssen, die zu der allgemeinen Regel, dass rechtsgrundlose Vermögensverschiebungen zu korrigieren sind, auf Anhieb in Widerspruch steht. Indes sind auch die Sollbruchstellen dieser Deutungsversuche kaum zu übersehen. Das betrifft zunächst den Umstand, dass bei einer Leistung in Kenntnis der Nichtschuld ein Schenkungs- oder auch Verzichtswille durchaus vorhanden sein *kann*, aber keineswegs vorhanden sein *muss*. Auch diese Einsicht hat bereits eine lange Tradition und war namentlich im 19. Jahrhundert Gemeingut[55]. Hinzu kommt aber auch noch, dass selbst bei gegebenem Schenkungs- oder Verzichtswillen die regulären Voraussetzungen für das Zustandekommen eines Schenkungs- oder Erlassvertrags vielfach nicht vorliegen werden, weil es an einer Annahme, sei es in Gestalt einer konkludenten Erklärung, sei es in Gestalt des § 151 BGB, jedenfalls dann fehlen wird, wenn dem Leistungsempfänger bei der Entgegennahme der Leistung seinerseits die Kenntnis vom Nichtbestehen der Schuld oder auch nur die Kenntnis von der Kenntnis des Leistenden abgeht[56]. Eine – reichlich späte und auch reichlich artifizielle – Annahme der Schenkung bzw. des Erlassvertrags ließe sich in solchen Fällen allenfalls noch in Anknüpfung an die Herausgabeverweigerung bzw. die Berufung auf § 814 Fall 1 BGB konstruieren. Dass man im Fall einer Schenkung oder auch eines Verzichts an sich schon tatbestandlich gar nicht zu § 814 Fall 1 BGB gelangen würde[57], erscheint dagegen weniger gravierend. Denn dass das Gesetz die reguläre Rechtsfolge für Tatbestände, deren rechtliche Einordnung auf Anhieb zweifelhaft sein kann, noch einmal eigens anordnet, ist weder unangebracht noch gänzlich untypisch.

3. § 814 Fall 1 BGB als widerlegliche Vermutung des Willens zur Schaffung eines anderen Behaltensgrundes für die Leistung

a) Der dogmengeschichtliche Ausgangspunkt

Will man Bedeutung und Funktion von § 814 Fall 1 BGB im heutigen Recht erschließen, muss man sich die Entstehungsgeschichte der Norm vor Augen führen. Dabei begegnet uns die Vorschrift vor dem Hintergrund einer so nicht mehr bestehenden materiellen Rechtslage vor allem in einem beweisrechtlichen Kontext[58]. Anders als heute ging noch der erste Entwurf des BGB in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung zum gemeinen Recht davon aus, dass die *condictio indebiti* tatbestandlich einen Irrtum des Leistenden über das Bestehen seiner Verbindlichkeit voraussetze[59]. Umstritten waren hierbei neben dem Rechtssatz selbst wichtige materielle Detailfragen (Entschuldbarkeit, Rechtsirrtum) sowie vor allem die Beweislast[60]. Mit der Fassung des heutigen § 814 Fall 1 BGB sollten zunächst alle diese Streitpunkte entschieden werden. Namentlich sollte auch der unentschuldbare Irrtum zur Kondiktion führen können und es sollte die Beweislast für das Fehlen eines Irrtums dem Empfänger der rechtsgrundlosen Leistung auferlegt werden[61]. Mit der Lösung der Irrtumsproblematik im Wege eines Kondiktionsausschlusses nur bei positiver Kenntnis vom Fehlen der Verpflichtung war die Vorschrift schließlich aber auch für diejenigen akzeptabel, die das Vorliegen eines Irrtums nicht für den materialen Geltungsgrund der *condictio indebiti* hielten[62]. Denn als Begründung der Rückforderungsversagung blieb für sie noch immer die auch quellenmäßig belegbare Einsicht, dass derjenige, der in Kenntnis der Nichtschuld leiste, einen anderen Zweck als den der Erfüllung verfolgt haben müsse, wobei von Schenkungsabsicht oder ähnlicher Freigebigkeit auszugehen sei, solange andere Gründe nicht erkennbar würden[63].

Für die heutige Handhabung von § 814 Fall 1 BGB ergeben sich hieraus relativ klare Folgerungen. Weil die Vorstellung, der Irrtum über den Rechtsgrund stelle den materiellen Geltungsgrund der *condictio indebiti* dar, für das gegenwärtige deutsche Recht als endgültig überwunden gelten muss[64], lässt sich die Vorschrift nicht mehr als gleichsam negative Haftungsvoraussetzung begreifen. Ihre Sinndeutung kann sich alleine noch auf diejenigen Erwägungen stützen, welche sie auch für die genannten zeitgenössischen Vertreter einer materiell vom Irrtum unabhängigen *condictio indebiti* akzeptabel erscheinen ließen. § 814 Fall 1 BGB ist danach als eine bloße Vermutung zu lesen: Wer im Wissen um die Nichtschuld leistet und dabei nicht erkennbar einen gegenüber dem Erfüllungszweck eigenständigen und für den Empfänger akzeptablen Zweck verfolgt, bei dem wird der (zumeist freigebige) Wille vermutet, für diese Leistung einen anderen, eigenständigen Behaltensgrund schaffen zu wollen[65]. Diese Vermutung ist allerdings widerleglich[66]. In diesem Punkt kann man nicht mehr hinter die bereits oben genannte, ebenfalls lang tradierte Einsicht zurückgehen, dass

53 Siehe nur etwa *Liebknecht*, Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung nach heute geltendem und künftigem Reichsrecht, 1899, S. 33 ff. (zum römischen Recht und zum ALR), S. 38 (zu § 814 BGB); *Stölzel*, Schulung für die zivilistische Praxis, Bd. 2, 5. Aufl. 1914, S. 178 f.; *Wacke* AcP 191 (1991), 1, 8; siehe auch Motive bei *Mugdan* (Fn. 51), S. 471; *v. Kübel*, in: *Schubert* (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse, Bd. 3, 1980, S. 679, 740; sowie zuvor etwa *Puchta*, Vorlesungen über das heutige römische Recht, Bd. 2, 4. Aufl. 1855, S. 173 f.; *Windscheid*, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850, S. 203; *ders*., Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, 6. Aufl. 1887, S. 643 Fn. 13; Codex Maximilianeus Bavaricus civilis, th. III, Cap. 8 § 5; Dig. 46, 2, 12.

54 Siehe heute im Sinne eines mutmaßlichen Verzichts vor allem *Singer* (Fn. 42), S. 68; vgl. auch *Scheyhing* AcP 157 (1958), 371, 389 f. Fn 68; *v. Mayr*, Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts, 1903, S. 423; *Plessen*, Die Grundlagen der modernen condictio, 1904, S. 57.

55 Siehe hierfür nur etwa schon Dig. 46, 3, 50 (Leistung von Bronze anstelle des geschuldeten Goldes in betrügerischer Absicht); *Windscheid*, Voraussetzung (Fn. 53), S. 203 f.; *ders.,* Lehrbuch (Fn. 53), S. 643 Fn. 13; *Zimmermann*, Beiträge zur Theorie der condictio indebiti, 1868, S. 33 ff.; Prot. Vorkomm. RJA bei *Jakobs/Schubert* (Fn. 51), S. 837.

56 Vgl. hierzu nur etwa *Erdmann* (Fn. 35), S. 30 f., 38; *Jerger* (Fn. 41), S. 83 f.; *Trabzadah* (Fn. 35), S. 32.

57 Siehe diesen Einwand etwa bei *Gsell/Haag*, in: Festschrift für Börstinghaus, 2020, S. 153, 156; *Jerger* (Fn. 41), S. 84 f.

58 Siehe hierfür nur Motive bei *Mugdan* (Fn. 51), S. 465 sowie auch schon *Windscheid*, Voraussetzung (Fn. 53), S. 189 ff., 203; siehe ferner auch *Mayer-Maly,* in: Festschrift für Lange, 1970, S. 293, 296.

59 Siehe Motive bei *Mugdan* (Fn. 51), S. 465; siehe aber auch schon die anderen Akzentuierungen beim Redaktor *v. Kübel* (Fn. 53), S. 663, 678.

60 Siehe nur wiederum Motive bei *Mugdan* (Fn. 51), S. 465 f.

61 Siehe Motive bei *Mugdan* (Fn. 51), S. 465 f.

62 Siehe hierfür nur etwa *Windscheid*, Voraussetzung (Fn. 53), S. 5 f., 203, 208 ff.; *ders*., Lehrbuch (Fn. 53), S. 633 Fn. 9, 10; sowie auch den Überblick bei *Zimmermann* (Fn. 55), S. 3 ff.

63 Siehe hierfür nur etwa *v. Kübel* (Fn. 53), S. 740 f.; *Windscheid*, Voraussetzung (Fn. 53), S. 203; *ders*., Lehrbuch (Fn. 53), S. 643 Fn. 13.

64 Siehe hierzu nur etwa *Singer* (Fn. 42), S. 65; *Meier* JZ 1999, 555, 562; *Schlüter*, Rückabwicklung und Selbstbestimmung, 2021, S. 44 und vgl. auch schon *v. Kübel* (Fn. 53), S. 678.

65 Siehe jüngst auch *Schlüter* (Fn. 64), S. 255 f., 357 mit Fn. 547; vgl. ferner auch *Wieling/Finkenauer* (Fn. 44), § 3 Rn. 28; *Piekenbrock*, in: *Lobinger/Piekenbrock/Stoffels* (Hrsg.), Zur Integrationskraft zivilrechtlicher Dogmatik, 2014, S. 51, 69 ff.

66 Für eine nur durch Vorbehalt zu entkräftende unwiderlegliche Vermutung noch *Koenige* LZ 1919, Sp. 401, 406, 408 f.

bei Leistung in Kenntnis der Nichtschuld ein (zumeist freigebiger) Wille zur Schaffung eines anderen Behaltensgrundes vorhanden sein *kann*, aber eben nicht auch vorhanden sein *muss*[67]. Mit der endgültigen Überwindung der Irrtumslehre ist jeder Grund für die tatbestandliche Apodiktik von § 814 Fall 1 BGB entfallen[68].

b) Die systematische Stimmigkeit der Einordnung von § 814 Fall 1 BGB als Vermutungsregel im genannten Sinne

Versteht man § 814 Fall 1 BGB als widerlegliche Vermutung des (zumeist freigebigen) Willens zur Schaffung eines anderen Behaltensgrundes für die erbrachte Leistung, verliert die Vorschrift ihren in der herrschenden Darstellung kaum zu vermeidenden Anstrich einer wenig systemkonformen „sanktionistischen" Sondernorm. Denn materiell bleibt es hiernach bei dem Grundsatz, dass eine Vermögensverschiebung in einer Rechtszuweisungsordnung ihre Rechtfertigung grundsätzlich im Willen des von dieser Verschiebung betroffenen Rechtsinhabers finden muss, sofern nicht die Verletzung der Rechte und Interessen Dritter eine Haftung erfordert[69]. Eine gewisse Sonderstellung nimmt § 814 Fall 1 BGB allerdings dadurch noch ein, dass der Behaltensgrund nicht durch Vertrag, sondern durch einen einseitigen Willensakt des Leistenden geschaffen wird[70]. Solche Abweichungen vom Vertragsprinzip kennt das BGB bei freigebigen Leistungen indes ebenso in anderen, durchaus verwandten Zusammenhängen (vgl. § 685 BGB)[71]. In der besonderen Konstellation des § 814 Fall 1 BGB kann diese Abweichung aber auch schon deshalb nicht schaden, weil das Vertragserfordernis bei freigebigen Zuwendungen maßgeblich dem vom Prinzip der Privatautonomie geforderten Aufdrängungsschutz geschuldet ist[72]. Dieser Schutz ist hier ohne weiteres gewährleistet und es bedarf deshalb für die Schaffung eines Rechtsgrundes nicht der strengen Form eines Vertrags. So muss nur der Leistungsempfänger, wenn ihn der Leistende mittels *condictio indebiti* in Anspruch nimmt, auf die Geltendmachung von § 814 Fall 1 BGB verzichten. Die Einwendung ist zwar nicht im technischen Sinne als Gestaltungsrecht ausgeformt, sie dient aber erkennbar allein seinen Interessen, weshalb sie auch nicht etwa gegen seinen erklärten Willen zur Abweisung der Klage herangezogen werden könnte, sollte er tatsächlich darauf insistieren, die Leistung nur deshalb nicht herausgeben zu müssen, weil der ursprünglich vereinbarte Rechtsgrund bestehe, nicht aber, weil er sich habe beschenken lassen[73].

c) Die generellen Konsequenzen für die Handhabung von § 814 Fall 1 BGB

aa) Mögliche Erweiterung

Die mit der hier vertretenen Einordnung von § 814 Fall 1 BGB zu erzielenden Einzelergebnisse unterscheiden sich von den Ergebnissen der herrschenden Meinung nicht fundamental. Vielfach besteht Konsens in der Sache, die dogmatische Begründung gelingt jedoch leichter. So lässt sich § 814 Fall 1 BGB in Übereinstimmung mit den Motiven (jedenfalls analog) zunächst auch dort anwenden, wo der Leistende zwar keine volle Überzeugung vom Fehlen der Verpflichtung hatte, sondern nur Zweifel, wo er aber gleichwohl in der Absicht handelte, dass es selbst im Fall des Nichtbestehens der Schuld bei der Leistung bleiben solle[74]. Denn der Wille des Leistenden zur Schaffung eines alternativen Rechtsgrunds als der materiale Grund des Kondiktionsausschlusses liegt auch hier vor. Die tatbestandlich geforderte positive Kenntnis der Nichtschuld hat insoweit nur Indizfunktion und darf deshalb nicht verabsolutiert werden.

bb) Restriktive Grundtendenz

In der Grundtendenz führt die Erfassung von § 814 Fall 1 BGB als widerlegliche Vermutung allerdings zu einer eher restriktiven Handhabung der Norm. Denn es reicht für eine Verneinung des Ausschlusses in Anlehnung an eine Wendung *Windscheids* völlig aus, wenn ein „anderer Bestimmungsgrund" im konkreten Fall „einleuchtet" und so die Vermutung eines *animus donandi* widerlegt[75]. Dabei kommt es auch nicht darauf an, dass die einschlägigen Fälle „ein gewisses Maß an Typizität aufweisen"[76]. Eine solche Einschränkung verträgt sich nicht mit dem materialen Grund des Kondiktionsausschlusses und der mögliche Gewinn an Rechtssicherheit ist angesichts der Unschärfen des Begriffs der Typizität zu vernachlässigen. Konsequenterweise müsste man unter diesem Gesichtspunkt ein noch deutlich gröberes Raster anlegen[77].

cc) Wesentliche Problemfelder

(1) Vorbehalt und mangelnde Freiwilligkeit

Fasst man § 814 Fall 1 BGB im hier entwickelten Sinn als bloße – widerlegliche – Vermutung des Willens zur Schaffung eines alternativen Behaltensgrundes auf, ist es nur selbstverständlich, dass eine Leistung unter Vorbehalt nicht zum Kondiktionsausschluss führen kann[78]. Denn der mangelnde Freigebigkeitswille wurde dann sogar ausdrücklich erklärt. Nicht weiter begründungsbedürftig ist nach dem hier entwickelten Verständnis ebenfalls das vielfach betonte Erfordernis einer

67 Siehe oben bei und in Fn. 52.

68 Es gilt, was *Windscheid,* Voraussetzung (Fn. 53), S. 203 bereits 1850 formuliert hat: „Leuchtet dann ein anderer Bestimmungsgrund nicht ein, so muß man dabei stehen bleiben, daß der Leistende nichts gewollt habe, als den Empfänger reicher machen, also ihm habe schenken wollen. […] Aber auch nur, wenn ein anderer Bestimmungsgrund nicht einleuchtet, darf *animus donandi* angenommen werden."

69 Siehe hierzu allgemein nur etwa *Lobinger* (Fn. 48), S. 90 ff.; *Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 38 f.; *Schlüter* (Fn. 64), S. 111 ff.

70 Vgl. hierzu nur auch *Singer* (Fn. 42), S. 68 Fn. 96; *Piekenbrock* (Fn. 65), S. 71; *Wieling/Finkenauer* (Fn. 44), § 3 Rn. 28 sprechen sogar von einer Willenserklärung; zutreffend erscheint demgegenüber die Einordnung als Willensbetätigung oder auch Willensgeschäft (vgl. *Manigk*, Willenserklärung und Willensgeschäft, 1907, S. 450), um nicht von vornherein den Blick auf notwendige Differenzierungen bei der Auslegung und bei Willensmängeln im Hinblick auf das Erfordernis von Vertrauensschutz zu verbauen.

71 Die h. M. geht auch hier von einer einseitigen Willensbetätigung (so etwa *Dornis*, in: *Erman*, BGB, 16. Aufl. 2020, § 685 Rn. 3; wohl auch *Thole*, in: BeckOGK Zivilrecht, Stand: 15. 2. 2022, § 685 BGB Rn. 9) oder auch Willenserklärung (so *Schäfer*, in: MünchKommBGB, Bd. 6, 8. Aufl. 2020, § 685 Rn. 5) aus.

72 Siehe hierzu nur Motive bei *Mugdan* (Fn. 51), S. 160; *Koch,* in: MünchKommBGB, Bd. 4, 8. Aufl. 2019, § 516 Rn. 14; *Harke*, in: BeckOGK Zivilrecht, Stand: 1. 1. 2022, § 516 BGB Rn. 4.

73 Bemerkenswert in diesem Zusammenhang auch Motive bei *Mugdan* (Fn. 51), S. 159, wo als „Kronzeuge" gegen das Vertragsprinzip bei der Schenkung gerade der Fall der wissentlichen Berichtigung einer Nichtschuld bei Unkenntnis des Gläubigers von diesem Umstand herangezogen wird.

74 Siehe Motive bei *Mugdan* (Fn. 51), S. 466; aus der Lit. siehe nur etwa *Lorenz*, in: *Staudinger* (Fn. 12), § 814 Rn. 4; *Schwab,* in: MünchKommBGB (Fn. 12), § 814 Rn. 9.

75 Vgl. *Windscheid,* Voraussetzung (Fn. 53), S. 203.

76 So aber etwa *Singer* (Fn. 42), S. 68.

77 So in der Tat etwa *Reuter/Martinek* (Fn. 35), S. 186 f.

78 Allgemeine Meinung, siehe hierfür nur etwa *RGZ* 138, 122, 124; *BGHZ* 83, 278, 282; *Lorenz*, in: *Staudinger* (Fn. 12), § 814 Rn. 7; *Schwab,* in: MünchKommBGB (Fn. 12), § 814 Rn. 9; *Wendehorst*, in: BeckOK BGB (Fn. 43), § 814 Rn. 10.

freiwilligen Leistung. Denn dies ist Mindestvoraussetzung für die privatautonome Schaffung eines alternativen Behaltensgrundes[79], um den es auch hier geht. § 814 Fall 1 BGB kommt deshalb nicht zur Anwendung, wenn die Leistung – gegebenenfalls auch von dritter Seite – erzwungen wurde[80]. Aber auch alle anderen Mängel, die zur Unwirksamkeit eines entsprechenden Rechtsgeschäfts im technischen Sinne führen würden, müssen hier durchschlagen[81]. Das gilt insbesondere, wenn Vertreter handeln, deren Kenntnis vom Fehlen der Verpflichtung dem Vertretenen zwar gemäß § 166 BGB zugerechnet wird, deren Vertretungsmacht für ein entsprechendes freigebiges Rechtsgeschäft aber nicht ausreichen würde[82] – und sei es auch nur nach den Grundsätzen über den Missbrauch der Vertretungsmacht. Bei Minderjährigen ist deshalb nicht nur auf die Kenntnis der gesetzlichen Vertreter abzustellen, sondern darüber hinaus auch zu prüfen, ob deren gesetzliche Vertretungsmacht die Schaffung des in Frage stehenden alternativen Behaltensgrundes überhaupt abdeckt (siehe insbesondere § 1641 BGB)[83].

(2) Willensmängel

Noch nicht hinreichend vermessen erscheint in diesem Zusammenhang die Bedeutung von Willensmängeln und Fehlvorstellungen. Nur vereinzelt plädiert man explizit für die Anwendbarkeit der §§ 107 ff. einschließlich der §§ 116 ff. BGB[84]. Das überzeugt in der Grundtendenz, greift aber noch zu kurz, weil der einseitige, weder erklärungs- noch empfangsbedürftige Willensakt hinter § 814 Fall 1 BGB nicht wie Willenserklärungen i. S. der §§ 116 ff. BGB spezifische Vertrauensschutzbedürfnisse auszulösen vermag[85]. § 116 BGB kann deshalb den Leistenden grundsätzlich nicht daran hindern, die Entstehung oder auch den Fortbestand des von ihm geschaffenen alternativen Behaltensgrundes entsprechend § 158 BGB an bestimmte unausgesprochene Bedingungen zu knüpfen. Anfechtungsgründe schlagen unmittelbar ohne eigene Anfechtungserklärung durch[86], wobei die in § 123 Abs. 2 BGB vorgesehene Beschränkung bei einer Täuschung durch Dritte nicht greift, weil es nicht um eine empfangsbedürftige Willenserklärung geht. Auch kommt § 122 BGB grundsätzlich nicht zur Anwendung[87]. Auf das Rückforderungsverlangen entsprechend anwenden sollte man bei Willensmängeln dagegen die einschlägigen Anfechtungsfristen (§§ 121, 124 BGB), weil diese nicht wie § 122 BGB spezifische Vertrauensschutzbedürfnisse des Erklärungsgegners adressieren, sondern auf einer gerade vom Lösungswilligen ausgehenden umfassenderen Interessenabwägung des Gesetzgebers basieren (Einräumung hinreichender Bedenkzeit, Verhinderung ungebührlicher Spekulationsmöglichkeiten, schädlicher Schwebezeiten etc.), die mit ihrer Klarheit stiftenden Zielrichtung auch in den hier verfolgten Fällen Geltung beanspruchen kann.

(3) Fehlende oder abweichende Willensrichtung

Bereits unabhängig von ausdrücklichen Vorbehalten, Freiwilligkeitsdefiziten oder Willensmängeln kommt § 814 Fall 1 BGB nach der hier vertretenen Konzeption dann nicht zur Anwendung, wenn die in der Vorschrift statuierte Vermutung dadurch widerlegt ist, dass die Willensrichtung des Leistenden trotz Kenntnis der fehlenden Verpflichtung nachweislich nicht dahin ging, einen anderen Behaltensgrund zu schaffen. Das ist insbesondere bei einer Leistung in betrügerischer Absicht der Fall, wenn also etwa, wie in Dig. 46, 3, 50, bewusst Bronze anstelle des geschuldeten Goldes geleistet wird. Hier ist die Lösung nicht in § 814 Fall 1 BGB, sondern im Gewährleistungsrecht oder allenfalls noch in § 817 Satz 2 BGB zu suchen[88]. Widerlegt ist die Vermutung ebenfalls, wenn die Leistung nur zur Abwendung einer drohenden Zwangsvollstreckung erfolgt[89]. Aber auch im Vorfeld eventueller gerichtlicher Auseinandersetzungen kann eine der Vermutung in § 814 Fall 1 BGB widerstreitende Willensrichtung feststellbar sein. Leistet etwa der spätere Kondizient nur deshalb, weil er zu diesem Zeitpunkt meint, einer Klage aus Beweisnot (noch) nicht erfolgreich begegnen zu können, fehlt es ebenfalls am Willen zur Schaffung eines alternativen Behaltensgrundes und § 814 Fall 1 BGB kommt richtiger-

79 Siehe hierfür nur etwa *BGHZ* 73, 202, 205; *Reuter/Martinek* (Fn. 35), S. 188.

80 Siehe nur auch *Schwab,* in: MünchKommBGB (Fn. 12), § 814 Rn. 10.

81 Vgl. nur auch *Wieling/Finkenauer* (Fn. 44), § 3 Rn. 28.

82 Vgl. auch *Schwab,* in: MünchKommBGB (Fn. 12), § 814 Rn. 8; spätestens hier lag auch die Sollbruchstelle im Rentenzahlungsfall *BGHZ* 73, 202, in dem der *BGH* § 814 Fall 1 BGB mit der vertrauenstheoretischen Erwägung ausgeschlossen hat, jedermann wisse, dass Sozialversicherungsträger ihre Mittel nur bestimmungsgemäß verwenden dürften (siehe *BGH* a. a. O., S. 206); diese Zweckbindung muss an sich schon die Vermutung eines freigebigen Willens auf Mitarbeiterseite widerlegen; jedenfalls aber ergibt sich hieraus eine Begrenzung von deren Vertretungsmacht (wegen Evidenz mindestens nach den Grundsätzen des Missbrauchs der Vertretungsmacht); vgl. in diese Richtung auch *Singer* (Fn. 42), S. 69.

83 Vgl. in diesem Zusammenhang nur auch schon § 23 des Vorentwurfs bei *v. Kübel* (Fn. 53), S. 659, 680 f., wonach der heutige § 814 Fall 1 BGB trotz Kenntnis nicht greifen sollte, wenn der Leistende in der Geschäftsfähigkeit beschränkt war; siehe heute etwa auch *Wieling/Finkenauer* (Fn. 44), § 3 Rn. 28.

84 Siehe *Wieling/Finkenauer* (Fn. 44), § 3 Rn. 28.

85 Vgl. allgemein für die von ihm sog. Willensgeschäfte auch *Manigk* (Fn. 70), S. 471 ff., 478 ff., 497; unmittelbar anzuwenden sind die §§ 116 ff. BGB allerdings, wenn der Leistende dem Leistungsempfänger tatsächlich erklärt, ihm die Leistung trotz der bekanntermaßen fehlenden Verpflichtung (aus Freigebigkeit oder auch aus anderen Gründen) belassen zu wollen. Das kann (auch konkludent) vor allem dort der Fall sein, wo die Parteien im beiderseitigen und übereinstimmenden Bewusstsein von der fehlenden Verpflichtung handeln, eine zur *condictio ob rem* führende Zweck*vereinbarung* aber fehlt.

86 Weil im Rückforderungsverlangen ohnehin regelmäßig eine Anfechtungserklärung erblickt werden könnte (siehe nur *Arnold*, in: *Erman* [Fn. 71], § 143 Rn. 1; *Illmer*, in: jurisPK BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2020, § 143 Rn. 4; *Wendtland*, in: BeckOK BGB [Fn. 43], § 143 Rn. 3), spielt dieser Unterschied praktisch keine Rolle.

87 Zahlt etwa B dem A in (alleiniger) Kenntnis der Unwirksamkeit des zwischen beiden vereinbarten Werkvertrags über Gartenarbeiten gleichwohl den im Vertrag vorgesehenen hohen Lohn, weil sein Garten, wie vereinbart, am nächsten Tag umgegraben ist und B deshalb nicht kleinlich sein will, so kommt § 814 Fall 1 BGB nicht zur Anwendung, wenn der Garten in Wahrheit nicht, wie von B fälschlicherweise angenommen, von A, sondern vom aufmerksamen und hilfsbereiten Nachbarsjungen C umgegraben wurde. Denn B befand sich entsprechend § 119 Abs. 2 BGB in einem für seine Belohnungsabsicht wesentlichen Irrtum über die Belohnungswürdigkeit des A. Fordert er seine Zahlung zurück, muss er auch dann nicht entsprechend § 122 BGB weitgehend voraussetzungslos Schadensersatz an B leisten, sollte dieser die Zahlung des B seinerseits als animierende Vorleistung aufgefasst und deshalb einen anderen lukrativen Auftrag nicht angenommen haben, um den Garten des B möglichst schnell umgraben zu können, was wegen der Nachbarschaftshilfe des C aber nicht mehr möglich ist. Eine Schadensersatzpflicht des B kann sich hier nur aus § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB ergeben, falls er sich im Hinblick auf seine Unkenntnis vom wahren Geschehen nicht entlasten kann und deshalb Anlass gehabt hätte, mit einer entsprechenden selbstschädigenden Reaktion des A auf seine Zahlung hin zu rechnen.

88 Anders kann sich die Lage darstellen, wenn die bestandskräftige Leistung auf eine nicht bestehende Schuld erforderlich ist, um ein an Dritte adressiertes Betrugssystem aufrecht zu erhalten; vgl. hierzu etwa *OLG Karlsruhe* NJW-RR 2005, 1553 f. (Scheinversicherungen im Rahmen des sog. Flowtex-Skandals).

89 Siehe hierfür nur etwa auch schon *RGZ* 97, 140, 142; *RGZ* 147, 17, 21; *Lorenz*, in: *Staudinger* (Fn. 12), § 814 Rn. 8; *Reuter/Martinek* (Fn. 35), S. 188; *Schwab,* in: MünchKommBGB (Fn. 12), § 814 Rn. 10; *Wendehorst*, in: BeckOK BGB (Fn. 43), § 814 Rn. 10.

weise nicht zur Anwendung[90]. Anders kann sich die Sache darstellen, wenn die Leistung trotz Kenntnis der Nichtschuld zur Vermeidung rechtlicher Auseinandersetzungen, zur Aufrechterhaltung ungestörter Geschäftsbeziehungen, kurz also „um des lieben Friedens willen" erbracht wird[91]. Hier handelt der Leistende mit dem Willen zur Streitbeilegung und zielt folglich im Kern ähnlich einem Vergleich auf die Schaffung eines alternativen Behaltensgrundes. Dieser Wille kann allerdings beschränkt sein, was sich dann auch auf die Anwendbarkeit von § 814 Fall 1 BGB auswirken muss. Gelingt etwa die Streitbeilegung nicht, weil der Leistungsempfänger den beabsichtigten Befriedungsbeitrag gar nicht erkennt oder nicht zu würdigen weiß, werden regelmäßig auch die immanenten Grenzen eines entsprechenden Zuwendungswillens des Leistenden erreicht sein, weshalb ihm die Kondiktion nicht genommen werden kann. Anders kann man nur dort entscheiden, wo dem Leistenden das Risiko des Scheiterns seines Befriedungsversuches klar vor Augen stand und er dieses Risiko bewusst in Kauf genommen hat.

Erwähnenswert erscheinen in diesem Zusammenhang schließlich noch diejenigen Fälle, in denen im Zeitpunkt der Leistungserbringung zwar Kenntnis der Nichtschuld besteht, die Leistung allerdings nur deshalb erbracht wird, weil ein bestehender Dauerauftrag nicht geändert oder auch eine Einzugsermächtigung nicht widerrufen wird. Unterbleibt dies bewusst und in der Absicht, einen alternativen Behaltensgrund zu schaffen, sei es aus Freigebigkeit, zur Streitvermeidung oder als Anstandslohn etc., kommt auch hier § 814 Fall 1 BGB zur Anwendung. Unterbleibt dies allerdings nur aufgrund eines Versehens oder aus Nachlässigkeit, kann die Kondiktionssperre nicht greifen[92]. Trotz Kenntnis der Nichtschuld fehlt in einem solchen Fall der die Rechtsfolge der Vorschrift material legitimierende Wille des Leistenden zur Schaffung eines alternativen Behaltensgrundes. Die von § 814 Fall 1 BGB statuierte Vermutung ist widerlegt.

III. Die Folgerungen für die Anwendung von § 814 Fall 1 BGB im besonderen Fall der minderungsbedingten Mietüberzahlung

1. Die einschlägigen Fallkonstellationen

Will man die wesentlichen Folgen vermessen, die sich aus dem hier entwickelten Verständnis von § 814 Fall 1 BGB für den speziellen Fall einer minderungsbedingten Mietüberzahlung ergeben, muss man sich zunächst vor Augen führen, in welchen Konstellationen der Kondiktionsausschluss überhaupt zur Debatte stehen kann. Bei anfänglich bekannten Mängeln erscheint das so gut wie ausgeschlossen. Denn hier führt die Kenntnis vom Mangel, ohne die eine Kenntnis der Nichtschuld von vornherein nicht denkbar ist, gemäß § 536b BGB bereits zum Ausschluss der Minderung, sofern die Kenntnis bereits bei Vertragsschluss bestand oder bei einer späteren Kenntniserlangung noch vor Übergabe der Mietsache kein Vorbehalt erklärt wurde. Werden dem Mieter Mängel erst nach Übernahme der Mietsache bekannt, kann es zu einschlägigen Konstellationen vor allem dann kommen, wenn der Mieter den Mangel dem Vermieter angezeigt hat (§ 536c Abs. 1 BGB i. V. m. Abs. 2 Nr. 1 der Vorschrift). Es bleibt allerdings auch noch Raum für Fälle, in denen der Mieter trotz Kenntnis vom Mangel selbst bei unterbliebener Anzeige mindern kann. Das gilt insbesondere dann, wenn der Mangel dem Vermieter bereits bekannt ist[93] oder auch Abhilfe trotz Anzeige nicht möglich gewesen wäre[94]. Von vornherein nicht nachdenken muss man über § 814 Fall 1 BGB, wenn der Mangel erst entstanden ist, nachdem der Mieter die Miete für diesen Zeitraum bereits gezahlt hat. Hier liegt keine für § 814 Fall 1 BGB allein relevante *condictio indebiti*, sondern eine *condictio ob causam finitam* (§ 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 BGB) vor[95]. Der Kondiktionsausschluss kann deshalb erst für den folgenden Zahlungsabschnitt bedeutsam werden, falls der Mangel zu diesem Zeitpunkt noch immer besteht.

2. Kenntnis der Nichtschuld und möglicher Vorbehalt

Mit Blick auf die Kenntnis der Nichtschuld als Grundlage der von § 814 Fall 1 BGB statuierten Vermutung stellt sich im Zusammenhang der Minderung, wie eingangs gesehen, vor allem die Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen von einer Kenntnis des Mieters vom Mangel auch auf dessen Kenntnis von einer (*ipso iure*) geminderten Zahlungsschuld geschlossen werden darf. Dabei ist an der nunmehr sichtbaren Linie des *BGH* im Grundsatz nichts auszusetzen[96]. Ein automatischer Rückschluss verbietet sich. Aber auch ein Anscheinsbeweis, der über Immobilienprofis und Rechtsexperten auf Mieterseite hinausgreift, erscheint nicht angezeigt. Sind dem Mieter dagegen sowohl der Mangel als auch die daraus sich ergebende Mietminderung bekannt, lässt sich die Kenntnis-Voraussetzung von § 814 Fall 1 BGB kaum schon mit der Begründung verneinen, dass der Mieter schwerlich in der Lage sei, den zutreffenden Minderungsbetrag zu bestimmen[97]. Dieser Umstand mag an anderer Stelle durchaus gegen die Anwendung von § 814 Fall 1 BGB ins Feld geführt werden können[98]. Daran, dass der Mieter jedenfalls weiß, einen Teil der erbrachten Leistung nicht zu schulden, ändert er jedoch nichts.

Pauschalierungen verbieten sich ebenso, was die Bedeutung einer Mängelanzeige des Mieters betrifft. Hierin generell einen Vorbehalt der Rückforderung zu erblicken[99], wird der Bandbreite denkbarer Konstellationen und damit verbundener Mieter-Intentionen kaum gerecht. So mag der Mieter Mängel, die ihn persönlich nicht weiter stören, nur anzeigen, um seiner Pflicht gerecht zu werden und größere Schäden vermeiden zu helfen. Denkbar ist ebenso, dass es ihm primär um schnelle und schonende Abhilfe geht, bei deren Realisierung er angesichts eines möglicherweise extrem kurzen Zeitraums nicht auch noch mindern wollte. Schließlich mag ein Mieter, der trotz Mängelanzeige ungeschmälert weiterzahlt, dies in der konkreten Situation angesichts eines langjährigen, überaus guten, großzügigen und außergewöhnlich günstigen Mietverhältnisses auch schlicht als eine Art Dankes- oder Anstandsschuld ansehen. Die Pathologie der von der Rechtsprechung zu entscheidenden Fälle darf an dieser Stelle nicht dazu verleiten, den Blick auf die bunte soziale Wirklichkeit allzu sehr zu verengen.

90 Anders *RGZ* 59, 351, 354; *Wieling/Finkenauer* (Fn. 44), § 3 Rn. 29; zweifelnd *Lorenz*, in: *Staudinger* (Fn. 12), § 814 Rn. 8; wie hier *Schwab,* in: MünchKommBGB (Fn. 12), § 814 Rn. 10; mittels konkludenten Vorbehalts auch *Wendehorst*, in: BeckOK BGB (Fn. 43), § 814 Rn. 10; *OLG Schleswig* BeckRS 2016, 19643 Rn. 70.

91 Vgl. nur auch *v. Caemmerer*, in: Festschrift für Boehmer, 1954, S. 145, 161; *Reuter/Martinek* (Fn. 35), S. 186 f.; *Lorenz*, in: *Staudinger* (Fn. 12), § 814 Rn. 6.

92 So in der Sache auch *OLG Stuttgart* BeckRS 2006, 7308 Rn. 43 f.; *Schwab,* in: MünchKommBGB (Fn. 12), § 814 Rn. 8; *Wendehorst*, in: BeckOK BGB (Fn. 43), § 814 Rn. 10.

93 Siehe *BGH* WuM 2010, 495, 498 Rn. 30; *LG Berlin* BeckRS 2019, 34493 Rn. 3; *Häublein,* in: MünchKommBGB, Bd. 5, 8. Aufl. 2020, § 536c Rn. 10.

94 Siehe *Bieder*, in: BeckOGK Zivilrecht, Stand: 1. 10. 2021, § 536c BGB Rn. 32; *Häublein,* in: MünchKommBGB (Fn. 93), § 536c Rn. 14.

95 Siehe nur auch *Lögering* NZM 2010, 113, 115.

96 Siehe hierzu oben bei und in Fn. 11, 16.

97 So auch *BGH* WuM 2018, 712, 714 Rn. 20; a. A. *Eisenhardt* WuM 2019, 5, 8.

98 Siehe hierzu auch noch unten III. 3. b.

99 Siehe in diese Richtung *Gsell/Haag*, in: Festschrift für Börstinghaus, 2020, S. 153, 162.

3. Naheliegende vermutungswiderlegende Umstände

a) Banktechnische Versäumnisse

Überzahlt ein Mieter trotz Mängelanzeige in Kenntnis der Minderung seiner Mietschuld, kann das schon nach den bisher erzielten allgemeinen Einsichten nicht gleichsam zwangsläufig zur Anwendung von § 814 Fall 1 BGB führen, sollte ein Rückzahlungsvorbehalt nicht erklärt worden sein. Gerade im Zusammenhang minderungsbedingter Mietüberzahlungen gibt es aber auch zahlreiche spezielle und zum Teil durchaus typische Umstände, welche die kenntnisbedingte Vermutung des Willens zur Schaffung eines alternativen Behaltensgrundes widerlegen und so dem Kondiktionsausschluss die Grundlage entziehen. Das betrifft zunächst den Fall, dass die Zahlung nur deshalb ungeschmälert weiterläuft, weil ein Dauerauftrag versehentlich nicht abgeändert wurde oder dem Mieter im Fall des Lastschriftverfahrens nicht klar war, dass er notfalls von sich aus tätig werden und die bestehende Einzugsermächtigung widerrufen bzw. ersetzen muss[100]. Solche Umstände schließen es aus, dass der Mieter die Überzahlung dauerhaft mit Behaltensgrund zuwenden wollte. Selbst wenn er aber den entsprechenden banktechnischen Aufwand bewusst unterlassen hat, weil ihm eine „Gesamtabrechnung" des Minderungsbetrags angesichts einer bereits angelaufenen und in ihrem ungefähren Ende auch absehbaren Mängelbeseitigung für beide Seiten einfacher und sinnvoller erschien, kann das noch hinreichen, um die Vermutung des § 814 Fall 1 BGB zu erschüttern.

b) Vermeidung des Verzugs- und Kündigungsrisikos

Unter bestimmten weiteren Umständen kann die den Kondiktionsausschluss tragende Vermutung auch mit der bereits oben angesprochenen Erwägung widerlegt sein, dass dem Mieter eine genaue Bestimmung des Minderungsbetrags regelmäßig nicht möglich ist, sodass er riskieren muss, aufgrund eines zu hohen Abzugs mit einem Teil der Miete in Verzug zu geraten und deshalb schließlich sogar gekündigt zu werden (§ 573 Abs. 2 Nr. 1, § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB)[101]. Trägt der Mieter vor, die Miete aus diesen Gründen ungemindert weiterbezahlt zu haben, kann ihm der Verzicht auf einen Vorbehalt nicht schaden, weil es nicht um Vertrauensschutz für den Vermieter, sondern allein darum geht, die von der Vermutung des § 814 Fall 1 BGB abweichende Willensrichtung des Mieters plausibel zu machen. Das erfordert dann aber jedenfalls, dass der Mieter nachvollziehbar darlegt, wie und gegebenenfalls auch wann er den durch seine bewussten Überzahlungen auflaufenden Minderungsbetrag schließlich doch noch realisieren wollte. Andernfalls kann die Vermutung Platz greifen, dass die Sache „um des lieben Friedens willen", zur Sicherung des Fortbestands des Mietverhältnisses, auf sich beruhen sollte, was als Auslöser für die Kondiktionssperre nach § 814 Fall 1 BGB grundsätzlich ausreichen würde[102]. Problematisch ist insoweit insbesondere, dass die Überzahlungen zumeist nicht isoliert, sondern regelmäßig als Aufrechnungsposten bei Nachzahlungsverlangen des Vermieters, vielfach sogar erst nach Beendigung des Mietverhältnisses im Rahmen einer Endabrechung, geltend gemacht werden[103]. Das legt es durchaus nahe, dass hier nicht ein bereits im Zeitpunkt der Überzahlungen vorhandenes Rückforderungskonzept realisiert wird, sondern in der aktuellen Situation erstmals ein ganz neuer Wille gefasst wird. In diesem Fall aber müsste es bei der Anwendung von § 814 Fall 1 BGB bleiben, weil es auch hier kein Reurecht gibt. Anders kann man nur dort entscheiden, wo der Mieter belastbar mit späteren Nachforderungen des Vermieters oder auch einer Beendigung des Mietverhältnisses vor Verjährung seiner Rückforderungsansprüche rechnen konnte und deshalb seinerseits von vornherein geplant war, diese Ansprüche bei entsprechender Gelegenheit mittels Aufrechnung oder auch im Rahmen der absehbaren Gesamtabwicklung geltend zu machen.

c) Besonderheiten bei fehlender Mängelanzeige?

Liegt einer der seltenen Fälle vor, in denen es zu einer minderungsbedingten Mietüberzahlung in Kenntnis der Nichtschuld kommen kann, obwohl der Mieter dem Vermieter den Mangel nicht angezeigt hat[104], müssen sich die Dinge nicht zwangsläufig anders darstellen[105]. Das gilt zunächst für den Fall, dass der Mieter nur deshalb nicht anzeigt, weil er davon ausgeht, der Mangel sei dem Vermieter längst bekannt. Hier sind sämtliche soeben genannten Gründe für eine Widerlegung der von § 814 Fall 1 BGB statuierten Vermutung des Willens zur Schaffung eines alternativen Behaltensgrundes ebenso gut vorstellbar wie in den Fällen eines angezeigten Mangels. Ob eine grundsätzlich andere Lage immerhin dann besteht, wenn der Mieter nicht mit einer bereits vorhandenen Kenntnis des Vermieters vom Mangel rechnet und sich sein Verzicht auf eine Anzeige für die Minderung nur deshalb als unschädlich erweist, weil der Mangel auch bei unverzüglicher Anzeige nicht behebbar gewesen wäre, kann aber ebenfalls nicht als ausgemacht gelten[106]. Denn auch hier bleibt etwa ohne weiteres vorstellbar, dass der Mieter das bestehende Mietverhältnis nicht (noch weiter) belasten oder gar ganz riskieren wollte und deshalb die auflaufenden Rückforderungsansprüche bei Gelegenheit eines ohnehin drohenden Nachzahlungsverlangens aufrechnen oder im Rahmen einer allfälligen Gesamtabrechnung in Rechnung stellen wollte. Dass dies für den ahnungslosen Vermieter in dieser Konstellation nicht erkennbar ist, spielt für § 814 Fall 1 BGB keine Rolle. Sein Vertrauen in die Beständigkeit des Erwerbs wird nicht durch § 814 Fall 1, sondern durch § 818 Abs. 3 BGB geschützt. Im Übrigen werden ihm Schäden, die er infolge der pflichtwidrig unterlassenen Anzeige des Mangels erleidet, gemäß § 536c Abs. 2 Satz 1 BGB ersetzt. § 814 Fall 1 BGB hat nicht die Funktion, diese Haftung durch eine zusätzliche Sanktion zu ergänzen.

IV. Fazit

Insgesamt dürfte das hier entwickelte Verständnis von § 814 Fall 1 BGB dazu führen, dass die Kondiktionssperre bei minderungsbedingten Mietüberzahlungen trotz Kenntnis des Mieters von seinem Minderungsrecht nur selten greift.

100 Vgl. hierzu auch schon oben bei und in Fn. 92.

101 So generalisierend *Gsell/Haag*, in: Festschrift für Börstinghaus, 2020, S. 153, 163 f.; in der Sache ferner auch *Eisenhardt* WuM 2019, 5, 8; zum Risiko einer Kündigung bei unberechtigter oder falsch bemessener Minderung vgl. nur *BGH* NJW 2012, 2882, 2883 Rn. 17 ff.; *OLG Düsseldorf* BeckRS 2006, 11121 unter II 2 (b); *LG Berlin* BeckRS 2011, 8891 unter II 2; *LG Berlin* BeckRS 2018, 11473 Rn. 17 f.; *LG Freiburg* BeckRS 2012, 25012 unter II 1; zurückhaltender *LG Hannover* BeckRS 1994, 6853; *Streyl* WuM 2013, 454, 456 f.; *V. Emmerich*, in: *Staudinger*, BGB, Neubearb. 2021, § 536 Rn. 100; *Eisenschmid*, in: *Schmidt-Futterer* (Hrsg.), Mietrecht, 15. Aufl. 2021, § 536 BGB Rn. 393 f.

102 Vgl. zu diesen Konstellationen oben II. 3. c cc (3) bei Fn. 91.

103 Vgl. für diese Typik nur *Gerber* NZM 2003, 825, 826.

104 Siehe hierzu oben III. 1. bei Fn. 93, 94.

105 Vgl. die (beschränkten) Differenzierungen insoweit etwa bei *Gsell/Haag*, in: Festschrift für Börstinghaus, 2020, S. 153, 165 f.

106 So aber *Gsell/Haag*, in: Festschrift für Börstinghaus, 2020, S. 153, 166.

Ein solcher Grundbefund erscheint jedoch nicht schon per se als unangemessen. Denn es darf nicht vergessen werden, dass der Vermieter als Leistungsempfänger in den Fällen des § 814 Fall 1 BGB immer etwas behalten will, was ihm im Ausgangspunkt von Rechts wegen nicht zusteht. Sein grundlegendes Interesse, infolge der Herausgabe keinen Verlust an seinem Stammvermögen zu erleiden, ist durch § 818 Abs. 3 BGB hinreichend geschützt. Dieser Vorschrift muss bei einer Verneinung der Kondiktionssperre gegebenenfalls mehr Aufmerksamkeit gewidmet werden. Daneben steht aber immer auch noch die Möglichkeit einer Haftung für Vertrauensschäden, sollte der Mieter seine Anzeigepflicht aus § 536c Abs. 1 BGB verletzt oder auch im Zusammenhang der Leistungserbringung gegenüber dem Empfänger zurechenbar den falschen Anschein erweckt haben, ihm die Mehrleistung trotz Rechtsgrundlosigkeit gleichwohl auf Dauer belassen zu wollen; in diesem Zusammenhang mag man gegebenenfalls auch noch an die sogenannte Verwirkung denken.

Kein grundlegender Einwand lässt sich gegen das hier entwickelte Verständnis von § 814 Fall 1 BGB schließlich auch aus der subjektiven Ausrichtung am Willen des Leistenden ableiten. Die gegenüber der herrschenden objektiven Treuwidrigkeitskonzeption drohenden Verluste an Rechtssicherheit sind angesichts der extremen Wertungsoffenheit dieser Konzeption marginal. Nicht selten wird auch von dieser Lehre der Selbstwiderspruch bzw. die Treuwidrigkeit unter der Hand gerade damit begründet, dass die vom Leistenden erkennbar verfolgte Absicht nicht dahin gehe, dem Empfänger die Leistung auf Dauer zu belassen oder ihn gar zu beschenken[107]. Schon denklogisch erscheint es ohnehin kaum möglich, dem Handelnden einen Selbstwiderspruch ohne Abgleich mit seiner wahren Absicht zu attestieren. Deshalb kommt eine konsequent zu Ende gedachte Treuwidrigkeitskonzeption ebenfalls kaum umhin, dieser wahren Absicht des Handelnden maßgebliche Bedeutung beizumessen. Dem hier vertretenen Verständnis von § 814 Fall 1 BGB sollte damit aber insgesamt der Vorzug gegeben werden. Als bloße widerlegliche Vermutung des Willens zur Schaffung eines alternativen Behaltensgrundes weist die Vorschrift nicht nur eine größere Nähe zu dem nach der Überwindung der Irrtumslehre im Bereicherungsrecht noch lebendigen Grundgedanken ihrer historischen Konzeption auf. Anders als die heute dominierenden Konzeptionen fügt sie sich auch weitgehend bruchlos in ein zivilrechtliches Gesamtsystem ein, das nach wie vor auf dem Grundsatz der Privatautonomie beruht.

107 *Gsell/Haag*, in: Festschrift für Börstinghaus, 2020, S. 153, 165; *OLG Stuttgart* BeckRS 2006, 7308 Rn. 44.

Kurzbeitrag

Vergütungsfestsetzung im Beratungshilfeverfahren – Funktionelle Zuständigkeit für die Erinnerung

Mangels gesetzlicher Regelung ist in der Rechtsprechung und Literatur nach wie vor umstritten, welche Gerichtsperson beim Amtsgericht über die Erinnerung gegen die Versagung der beantragten Vergütung im Beratungshilfeverfahren nach § 56 Abs. 1 Satz 3 RVG i. V. m. § 4 Abs. 1 BerHG zu entscheiden hat. Auch wenn de lege lata die besseren Argumente für eine funktionelle Zuständigkeit des Rechtspflegers und damit gegen eine solche des Richters sprechen, wäre de lege ferenda eine Klarstellung des Gesetzgebers wünschenswert.

I. Einleitung

Trotz der gesetzlichen Regelung der dem Rechtspfleger übertragenen Geschäfte in § 3 RPflG kommt es in der gerichtlichen Praxis gelegentlich vor, dass Streit oder Ungewissheit darüber besteht, ob ein Geschäft von dem Richter oder dem Rechtspfleger zu bearbeiten ist. Auch wenn in diesem Fall nach § 7 RPflG der Richter durch unanfechtbaren Beschluss entscheidet, wer das Geschäft zu bearbeiten hat, bedeutet dies nicht, dass damit die grundsätzliche Diskussion zwischen den Gerichtspersonen über die funktionelle Zuständigkeit in vergleichbaren Verfahren beendet wäre. Im Gegenteil: Da die funktionelle Zuständigkeit im Fall der Erinnerung gegen die Vergütungsfestsetzung im Beratungshilfeverfahren gesetzlich nicht geregelt ist, wird über diese nicht nur zwischen den Gerichtspersonen, sondern auch in der Rechtsprechung und Literatur kontrovers diskutiert.

II. Beratungshilfe und Beratungshilfeverfahren

Mit dem Gesetz über Rechtsberatung und Vertretung für Bürger mit geringem Einkommen (Beratungshilfegesetz) vom 18. 6. 1980[1] beabsichtigte der Gesetzgeber, sicherzustellen, dass Bürger mit geringem Einkommen und Vermögen durch ihre finanzielle Lage nicht daran gehindert werden, sich außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens sachkundigen Rechtsrat zu verschaffen.[2] In diesem Sinne wird Rechtsuchenden für die Wahrnehmung von Rechten außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens und zudem im obligatorischen Güteverfahren nach § 15a EGZPO unter den Voraussetzungen des § 1 BerHG auf Antrag Hilfe gewährt. Nach § 2 BerHG besteht diese Beratungshilfe in Beratung und, soweit erforderlich, in Vertretung und wird mit wenigen Ausnahmen in allen rechtlichen Angelegenheiten gewährt. In der Regel wird die Beratungshilfe durch die in § 3 Abs. 1 BerHG abschließend aufgeführten Beratungspersonen, in der Praxis vor allem durch Rechtsanwälte, gewährt, kann in den Fällen des § 3 Abs. 2 BerHG aber auch durch das Amtsgericht gewährt werden.

Im Beratungshilfeverfahren ist zwischen dem Bewilligungs- und dem Vergütungsfestsetzungsverfahren zu unterscheiden. Während das die Rechtsuchenden betreffende Bewilligungsverfahren in den §§ 4 bis 7 BerHG geregelt ist, richtet sich das die Beratungspersonen betreffende Vergütungsfestsetzungsverfahren über die Verweisung in § 8 Abs. 1 Satz 1 BerHG im Wesentlichen nach den Vorschriften des RVG.

1 BGBl. I 1980, S. 689.
2 Vgl. BT-Drs. 8/3311, S. 1.

JuristenZeitung 77, 609–612 DOI: 10.1628/jz-2022-0208
ISSN 0022-6882 © Mohr Siebeck 2022

Ein solcher Grundbefund erscheint jedoch nicht schon per se als unangemessen. Denn es darf nicht vergessen werden, dass der Vermieter als Leistungsempfänger in den Fällen des § 814 Fall 1 BGB immer etwas behalten will, was ihm im Ausgangspunkt von Rechts wegen nicht zusteht. Sein grundlegendes Interesse, infolge der Herausgabe keinen Verlust an seinem Stammvermögen zu erleiden, ist durch § 818 Abs. 3 BGB hinreichend geschützt. Dieser Vorschrift muss bei einer Verneinung der Kondiktionssperre gegebenenfalls mehr Aufmerksamkeit gewidmet werden. Daneben steht aber immer auch noch die Möglichkeit einer Haftung für Vertrauensschäden, sollte der Mieter seine Anzeigepflicht aus § 536c Abs. 1 BGB verletzt oder auch im Zusammenhang der Leistungserbringung gegenüber dem Empfänger zurechenbar den falschen Anschein erweckt haben, ihm die Mehrleistung trotz Rechtsgrundlosigkeit gleichwohl auf Dauer belassen zu wollen; in diesem Zusammenhang mag man gegebenenfalls auch noch an die sogenannte Verwirkung denken.

Kein grundlegender Einwand lässt sich gegen das hier entwickelte Verständnis von § 814 Fall 1 BGB schließlich auch aus der subjektiven Ausrichtung am Willen des Leistenden ableiten. Die gegenüber der herrschenden objektiven Treuwidrigkeitskonzeption drohenden Verluste an Rechtssicherheit sind angesichts der extremen Wertungsoffenheit dieser Konzeption marginal. Nicht selten wird auch von dieser Lehre der Selbstwiderspruch bzw. die Treuwidrigkeit unter der Hand gerade damit begründet, dass die vom Leistenden erkennbar verfolgte Absicht nicht dahin gehe, dem Empfänger die Leistung auf Dauer zu belassen oder ihn gar zu beschenken[107]. Schon denklogisch erscheint es ohnehin kaum möglich, dem Handelnden einen Selbstwiderspruch ohne Abgleich mit seiner wahren Absicht zu attestieren. Deshalb kommt eine konsequent zu Ende gedachte Treuwidrigkeitskonzeption ebenfalls kaum umhin, dieser wahren Absicht des Handelnden maßgebliche Bedeutung beizumessen. Dem hier vertretenen Verständnis von § 814 Fall 1 BGB sollte damit aber insgesamt der Vorzug gegeben werden. Als bloße widerlegliche Vermutung des Willens zur Schaffung eines alternativen Behaltensgrundes weist die Vorschrift nicht nur eine größere Nähe zu dem nach der Überwindung der Irrtumslehre im Bereicherungsrecht noch lebendigen Grundgedanken ihrer historischen Konzeption auf. Anders als die heute dominierenden Konzeptionen fügt sie sich auch weitgehend bruchlos in ein zivilrechtliches Gesamtsystem ein, das nach wie vor auf dem Grundsatz der Privatautonomie beruht.

107 *Gsell/Haag*, in: Festschrift für Börstinghaus, 2020, S. 153, 165; *OLG Stuttgart* BeckRS 2006, 7308 Rn. 44.

Kurzbeitrag

Vergütungsfestsetzung im Beratungshilfeverfahren – Funktionelle Zuständigkeit für die Erinnerung

Mangels gesetzlicher Regelung ist in der Rechtsprechung und Literatur nach wie vor umstritten, welche Gerichtsperson beim Amtsgericht über die Erinnerung gegen die Versagung der beantragten Vergütung im Beratungshilfeverfahren nach § 56 Abs. 1 Satz 3 RVG i. V. m. § 4 Abs. 1 BerHG zu entscheiden hat. Auch wenn de lege lata die besseren Argumente für eine funktionelle Zuständigkeit des Rechtspflegers und damit gegen eine solche des Richters sprechen, wäre de lege ferenda eine Klarstellung des Gesetzgebers wünschenswert.

I. Einleitung

Trotz der gesetzlichen Regelung der dem Rechtspfleger übertragenen Geschäfte in § 3 RPflG kommt es in der gerichtlichen Praxis gelegentlich vor, dass Streit oder Ungewissheit darüber besteht, ob ein Geschäft von dem Richter oder dem Rechtspfleger zu bearbeiten ist. Auch wenn in diesem Fall nach § 7 RPflG der Richter durch unanfechtbaren Beschluss entscheidet, wer das Geschäft zu bearbeiten hat, bedeutet dies nicht, dass damit die grundsätzliche Diskussion zwischen den Gerichtspersonen über die funktionelle Zuständigkeit in vergleichbaren Verfahren beendet wäre. Im Gegenteil: Da die funktionelle Zuständigkeit im Fall der Erinnerung gegen die Vergütungsfestsetzung im Beratungshilfeverfahren gesetzlich nicht geregelt ist, wird über diese nicht nur zwischen den Gerichtspersonen, sondern auch in der Rechtsprechung und Literatur kontrovers diskutiert.

II. Beratungshilfe und Beratungshilfeverfahren

Mit dem Gesetz über Rechtsberatung und Vertretung für Bürger mit geringem Einkommen (Beratungshilfegesetz) vom 18. 6. 1980[1] beabsichtigte der Gesetzgeber, sicherzustellen, dass Bürger mit geringem Einkommen und Vermögen durch ihre finanzielle Lage nicht daran gehindert werden, sich außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens sachkundigen Rechtsrat zu verschaffen.[2] In diesem Sinne wird Rechtsuchenden für die Wahrnehmung von Rechten außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens und zudem im obligatorischen Güteverfahren nach § 15a EGZPO unter den Voraussetzungen des § 1 BerHG auf Antrag Hilfe gewährt. Nach § 2 BerHG besteht diese Beratungshilfe in Beratung und, soweit erforderlich, in Vertretung und wird mit wenigen Ausnahmen in allen rechtlichen Angelegenheiten gewährt. In der Regel wird die Beratungshilfe durch die in § 3 Abs. 1 BerHG abschließend aufgeführten Beratungspersonen, in der Praxis vor allem durch Rechtsanwälte, gewährt, kann in den Fällen des § 3 Abs. 2 BerHG aber auch durch das Amtsgericht gewährt werden.

Im Beratungshilfeverfahren ist zwischen dem Bewilligungs- und dem Vergütungsfestsetzungsverfahren zu unterscheiden. Während das die Rechtsuchenden betreffende Bewilligungsverfahren in den §§ 4 bis 7 BerHG geregelt ist, richtet sich das die Beratungspersonen betreffende Vergütungsfestsetzungsverfahren über die Verweisung in § 8 Abs. 1 Satz 1 BerHG im Wesentlichen nach den Vorschriften des RVG.

1 BGBl. I 1980, S. 689.
2 Vgl. BT-Drs. 8/3311, S. 1.

JuristenZeitung 77, 609–612 DOI: 10.1628/jz-2022-0208
ISSN 0022-6882 © Mohr Siebeck 2022

III. Bewilligungsverfahren und Rechtsbehelf

Über den Antrag auf Beratungshilfe entscheidet nach § 4 Abs. 1 Satz 1 BerHG das Amtsgericht, in dessen Bezirk die Rechtsuchenden ihren allgemeinen Gerichtsstand haben. Wie schon § 4 BerHG a. F.[3] regelt die Vorschrift die sachliche und örtliche Zuständigkeit für Angelegenheiten der Beratungshilfe.[4] Funktionell ist nach § 24a Abs. 1 RPflG der Rechtspfleger zuständig. Sind die Voraussetzungen für die Gewährung von Beratungshilfe gegeben und wird die Angelegenheit nicht durch das Amtsgericht selbst erledigt, stellt das Amtsgericht Rechtsuchenden nach § 6 Abs. 1 BerHG einen Berechtigungsschein für Beratungshilfe durch eine Beratungsperson ihrer Wahl aus. Der Antrag auf Bewilligung der Beratungshilfe kann nach § 6 Abs. 2 BerHG auch nachträglich gestellt werden, wenn sich Rechtsuchende unmittelbar an eine Beratungsperson wenden, dann allerdings nur binnen vier Wochen nach Beginn der Beratungshilfetätigkeit. Das Gericht kann die Bewilligung nach § 6a BerHG von Amts wegen oder auf Antrag der Beratungsperson auch wieder aufheben.

Gegen Beschlüsse, durch die der Antrag auf Bewilligung von Beratungshilfe zurückgewiesen oder durch die die Bewilligung von Amts wegen oder auf Antrag der Beratungsperson wieder aufgehoben wird, ist nach § 7 BerHG die Erinnerung statthaft. Nach § 24a Abs. 2 RPflG ist im Erinnerungsverfahren § 11 Abs. 2 Satz 1 bis 4 und Abs. 3 RPflG nicht anzuwenden. Da für die mit der Erinnerung anfechtbaren Entscheidungen nach § 24a Abs. 1 Nr. 1 RPflG funktionell der Rechtspfleger zuständig ist, ist für die Erinnerung, der der Rechtspfleger nicht nach § 11 Abs. 2 Satz 5 RPflG abhilft, nach § 11 Abs. 2 Satz 6 RPflG funktionell der Richter zuständig. Dessen Entscheidung ist nicht anfechtbar, was verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist.[5] Indem § 7 BerHG *nur* die Erinnerung für statthaft erklärt, wird klargestellt, dass der Richter beim Amtsgericht über die Erinnerung abschließend entscheidet[6] und eine Beschwerde gegen seine Entscheidung nicht statthaft ist.[7]

IV. Vergütungsfestsetzungsverfahren und Rechtsbehelfe

Wird die Beratungshilfe nach § 3 Abs. 1 BerHG durch eine Beratungsperson gewährt, richtet sich deren Vergütung nach den für die Beratungshilfe geltenden Vorschriften des RVG (vgl. § 8 Abs. 1 Satz 1 BerHG), und zwar unabhängig davon, ob die Beratungsperson ein Rechtsanwalt ist (vgl. § 8 Abs. 1 Satz 2 BerHG). Nach § 8 Abs. 2 Satz 1 BerHG bewirkt die Bewilligung von Beratungshilfe, dass die Beratungsperson mit Ausnahme der Beratungshilfegebühr nach § 44 Satz 2 RVG i. V. m. Nr. 2500 VV gegen Rechtsuchende keinen Anspruch auf Vergütung hat, was nach § 8 Abs. 2 Satz 2 BerHG auch in den Fällen nachträglicher Antragstellung nach § 6 Abs. 2 BerHG bis zur Entscheidung durch das Gericht gilt. Über den Antrag auf Vergütungsfestsetzung entscheidet nach § 55 Abs. 4 RVG i. V. m. § 4 Abs. 1 Satz 1 BerHG das Amtsgericht, in dessen Bezirk die Rechtsuchenden ihren allgemeinen Gerichtsstand haben. Funktionell zuständig ist nach § 55 Abs. 4 RVG der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle.

1. (Erst-)Erinnerung nach § 56 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 RVG

Gegen Beschlüsse, durch die die beantragte Vergütung versagt worden ist, ist nach § 56 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 RVG die Erinnerung statthaft. Da § 56 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 RVG lediglich § 33 Abs. 4 Satz 1 sowie Abs. 7 und 8 RVG, nicht aber auch § 33 Abs. 3 Satz 1 RVG, für entsprechend anwendbar erklärt, ist die Erinnerung weder fristgebunden noch von einem Mindestwert abhängig.[8] Erinnerungsberechtigt sind nur die die Beratungshilfe gewährenden Beratungspersonen, nicht hingegen die Rechtsuchenden.[9] Zur Entscheidung über die Erinnerung berufen ist nach § 56 Abs. 1 Satz 3 RVG im Fall der Beratungshilfe das nach § 4 Abs. 1 BerHG örtlich zuständige Amtsgericht. Welches Gericht sachlich und örtlich zuständig ist, ist damit gesetzlich zweifelsfrei geregelt. Gesetzlich nicht geregelt und in der Rechtsprechung und Literatur umstritten ist, ob der Richter[10] oder der Rechtspfleger[11] für die Entscheidung über die Erinnerung funktionell zuständig ist. Die besseren Argumente sprechen für eine funktionelle Zuständigkeit des Rechtspflegers.

a) Faktische Vollübertragung der Geschäfte auf den Rechtspfleger

Zum einen ist der Rechtspfleger deswegen Gericht i. S. d. § 56 Abs. 1 Satz 3 RVG, da ihm nach § 3 Nr. 3f, § 24a Abs. 1 Nr. 1 RPflG die Entscheidung über die Gewährung und Aufhebung von Beratungshilfe übertragen wird.[12] Der Rechtspfleger trifft auch eine Entscheidung in der Sache, weil er über die Gewährung und Aufhebung von Beratungshilfe nach den gesetzlichen Voraussetzungen in sachlicher Un-

3 Vgl. BT-Drs. 8/3311, S. 14.

4 Vgl. *Gottschalk/Schneider*, Prozess- und Verfahrenskostenhilfe, Beratungshilfe, 10. Aufl. 2022, Rn. 1200 f.; *Groß*, Beratungshilfe/Prozesskostenhilfe/Verfahrenskostenhilfe, 14. Aufl. 2018, § 4 BerHG Rn. 2; *Köpf*, in: *Poller/Härtl/Köpf* (Hrsg.), Gesamtes Kostenhilferecht, 3. Aufl. 2018, § 4 BerHG Rn. 3 ff.; *Rehberg*, in: *Rehberg/Asperger/Bestelmeyer/Dörndorfer/Frankenberg/Hellstab/Jungbauer/Schneider/Vogt* (Hrsg.), RVG, 8. Aufl. 2022, I. Teil, Beratungshilfe, 6.1.1 und 6.1.2.

5 Vgl. *BVerfG* NJW-RR 2007, 1369, 1970.

6 Vgl. bereits BT-Drs. 8/3695, S. 9 (zu § 6 BerHG-E).

7 Vgl. *BayObLG* Rpfleger 1985, 406; *OLG Brandenburg* BeckRS 2011, 14318; *OLG Celle* NJOZ 2011, 495; *OLG Hamm* NJOZ 2011, 649; *OLG Karlsruhe* NJOZ 2003, 1071; *OLG Köln* BeckRS 2016, 8837; *OLG Köln* NJOZ 2016, 983; *OLG Naumburg* NJOZ 2011, 1097; *OLG Stuttgart* FamRZ 2009, 1242; *LG Berlin* Rpfleger 2010, 86; *LG Stendal* NJW-RR 2010, 288; *Fölsch* NJW 2010, 350, 351; *Gottschalk/Schneider* (Fn. 4), Rn. 1240 und 1242; *Groß* (Fn. 4), § 7 BerHG Rn. 3 und 7; *Köpf*, in: *Poller/Härtl/Köpf* (Fn. 4), § 7 BerHG Rn. 13; *Lissner* Rpfleger 2007, 448, 455; *Rellermeyer* Rpfleger 1998, 309, 311; a. A. *LG Potsdam* NJOZ 2010, 16 mit abl. Anm. *Götsche* FamRZ 2009, 905 und abl. Anm. *Lissner* Rpfleger 2009, 390; *Landmann* Rpfleger 2000, 320, 323.

8 Vgl. nur *Toussaint*, in: *Toussaint* (Hrsg.), Kostenrecht, 51. Aufl. 2021, § 56 RVG Rn. 10 f. m. w. N.

9 Vgl. nur *Köpf*, in: *Poller/Härtl/Köpf* (Fn. 4), § 56 RVG Rn. 10 m. w. N.

10 So *LG Düsseldorf* JurBüro 2019, 196; *LG Gießen* FamRZ 2010, 400; *LG Mönchengladbach* Rpfleger 1989, 245; *AG Halle* BeckRS 2011, 20529; *Hartung*, in: *Hartung/Schons/Enders*, RVG, 3. Aufl. 2017, § 56 Rn. 24; *Kießling*, in: *Mayer/Kroiß* (Hrsg.), RVG, 8. Aufl. 2021, § 56 Rn. 14; *Lappe* Rpfleger 1984, 76; *Lissner* Rpfleger 2012, 122, 126; *ders.* FamRZ 2013, 1271, 1276; *K. Sommerfeldt/M. Sommerfeldt*, in: BeckOK RVG, 55. Ed. Stand: 1. 3. 2022, § 56 Rn. 13; wohl auch *OLG Düsseldorf* NJOZ 2005, 61, und *OLG Köln* BeckRS 2013, 56.

11 So *LG Düsseldorf* BeckRS 2014, 10633; *LG Mönchengladbach* FamRZ 2009, 1086; *LG Wuppertal* BeckRS 2013, 1712; *AG Bonn* BeckRS 2020, 39186; *AG Kiel* Rpfleger 2009, 249; *AG Kiel* NJOZ 2010, 1504, 1505; *AG Lübeck* Rpfleger 1984, 75 mit abl. Anm. *Lappe*; *Burhoff/Volpert*, in: *Burhoff/Kotz* (Hrsg.), Handbuch für die strafrechtlichen Rechtsmittel und Rechtsbehelfe, 2. Aufl. 2016, Teil D Rn. 529; *Fölsch* NJW 2010, 350, 351; *Gottschalk/Schneider* (Fn. 4), Rn. 1307; *Toussaint*, in: Toussaint (Fn. 8), § 56 RVG Rn. 15; *Volpert*, in: *Burhoff/Volpert* (Hrsg.), RVG Straf- und Bußgeldsachen, 6. Aufl. 2021, Teil A Rn. 1961 ff.

12 Vgl. *LG Mönchengladbach* FamRZ 2009, 1086; *LG Wuppertal* BeckRS 2013, 1712; *AG Bonn* BeckRS 2020, 39186; *AG Kiel* Rpfleger 2009, 249; *AG Kiel* NJOZ 2010, 1504, 1505; *Fölsch* NJW 2010, 350, 351; *Gottschalk/Schneider* (Fn. 4), Rn. 1307; *Volpert*, in: *Burhoff/Volpert* (Fn. 11), Teil A Rn. 1961; a. A. *LG Gießen* FamRZ 2010, 400, 401.

abhängigkeit entscheidet.[13] Die §§ 3 Nr. 3f, 24a Abs. 1 Nr. 1 RPflG beinhalten faktisch eine Vollübertragung der Geschäfte vom Richter auf den Rechtspfleger.[14] Dem steht einerseits nicht entgegen, dass die Geschäfte auf dem Gebiet der Beratungshilfe nach § 3 Nr. 3f RPflG dem Rechtspfleger nach dem Wortlaut des Gesetzes anders als die unter § 3 Nr. 1 RPflG aufgeführten Geschäfte nicht „in vollem Umfange" übertragen werden. Denn auch im Bewilligungsverfahren ist eine Zuständigkeit des Richters nur für die Erinnerung nach § 11 Abs. 2 Satz 6 RPflG begründet (siehe oben unter III.).[15] Andererseits steht dem nicht entgegen, dass statt des Rechtspflegers der Richter entscheiden kann. Denn nach § 8 Abs. 1 RPflG wird hierdurch die Wirksamkeit des Geschäfts nicht berührt.[16]

b) Wegfall von § 4 Abs. 2 Nr. 3 RPflG a. F.

Mit dem 1. Justizmodernisierungsgesetz vom 24. 8. 2004[17] ist § 4 Abs. 2 Nr. 3 RPflG a. F., nach dem der Rechtspfleger nicht befugt war, über Anträge zu entscheiden, die auf Änderung einer Entscheidung des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle gerichtet sind, gestrichen worden. Diese Entscheidungsbefugnis hatte bis dahin ausschließlich der Richter.[18] Mit § 4 Abs. 2 Nr. 3 RPflG a. F. sollte verhindert werden, dass ein Rechtspfleger über einen Rechtsbehelf gegen die Entscheidung eines mit Aufgaben des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle betrauten Kollegen zu befinden hat.[19] Mit dem Hinweis darauf, dass die Aufgaben des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle inzwischen weitestgehend auf die Beamten des mittleren Dienstes übertragen worden seien, vertrat der Gesetzgeber die Ansicht, die Vorschrift sei „überholt und – nicht zuletzt im Hinblick auf die größere Sachnähe des Rechtspflegers in den fraglichen Bereichen – aufzuheben".[20] Der Regelungsinhalt des § 4 Abs. 2 Nr. 3 RPflG a. F. lässt sich damit nicht länger als Argument gegen eine funktionelle Zuständigkeit des Rechtspflegers für die Erinnerung im Vergütungsfestsetzungsverfahren anführen.[21]

c) Unerheblichkeit von § 21 RPflG und § 56 Abs. 1 Satz 1 RVG

Nicht als Argument für eine funktionelle Zuständigkeit des Richters anführen lassen sich auch die Regelungen des § 21 RPflG und des § 56 Abs. 1 Satz 1 RVG. Durch § 21 RPflG, der die funktionelle Zuständigkeit für das Festsetzungsverfahren regelt, werden die Geschäfte der Kostenfestsetzung nach § 55 RVG dem Rechtspfleger zwar nicht übertragen.[22] Die Geschäfte im Beratungshilfeverfahren werden dem Rechtspfleger aber nach § 24a RPflG übertragen.[23] Auch kann die Erinnerung des beigeordneten Rechtsanwalts gegen die Vergütungsfestsetzung nach § 56 Abs. 1 Satz 1 RVG nicht mit der Erinnerung im Beratungshilfeverfahren gleichgesetzt werden. Die Erinnerungsentscheidung im Beratungshilfeverfahren trifft das nach § 56 Abs. 1 Satz 3 RVG i. V. m. § 4 Abs. 1 BerHG zuständige Gericht, also das Gericht, das auch über den Antrag auf Gewährung von Beratungshilfe entscheidet.[24] Wenn aber schon die Entscheidung über die Gewährung von Beratungshilfe dem Grunde nach gemäß § 24a Abs. 1 Nr. 1 RPflG dem Rechtspfleger übertragen wird, muss dies erst recht für die Geschäfte hinsichtlich der Entscheidung gelten, in welchem Umfang dies geschieht.[25] Der Umfang der Gewährung von Beratungshilfe betrifft letztlich aber auch die Vergütungsfestsetzung.

d) Vergleich mit anderen Erinnerungen

Für eine funktionelle Zuständigkeit des Rechtspflegers spricht schließlich auch ein Vergleich mit anderen Erinnerungen gegen Entscheidungen des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle. Dabei darf zunächst nicht verkannt werden, dass „Sinn der Erinnerung" es gerade nicht ist, „eine Entscheidung durch den Richter zu gewähren."[26] Vielmehr soll mit der Erinnerung – wie bei jedem anderen Rechtsbehelf auch – eine Überprüfung der Ausgangsentscheidung in formeller und materieller Hinsicht gewährleistet werden. Auch entscheidet nicht über jede Erinnerung der Richter. Beispielsweise entscheidet in Verschollenheitssachen über die Erinnerung gegen die Kostenfestsetzung des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle nach § 35 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1 VerschG „das Gericht erster Instanz" und damit nach § 3 Nr. 1 g RPflG der Rechtspfleger.[27] In Grundbuchsachen ist inzwischen allgemein anerkannt, dass über die Erinnerung gegen Maßnahmen des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle der Rechtspfleger zur Entscheidung berufen ist.[28] Denn seit dem Gesetz zur Einführung des Datenbankgrundbuchs (DaBaGG) vom 1. 10. 2013[29] entscheidet nicht mehr der „Grundbuchrichter" über die Erinnerung, sondern nach § 12c Abs. 4 Satz 1 GBO „die für die Führung des Grundbuchs zuständige Person", also nach § 3 Nr. 1h RPflG der Grundbuchrechtspfleger. Wenn aber bereits in Grundbuchsachen der Rechtspfleger funktionell für die Erinnerung zuständig ist, muss dies erst recht für die vergleichsweise weniger einschneidende Maßnahme der Vergütungsfestsetzung durch den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle im Beratungshilfeverfahren gelten.[30]

e) Fazit

Auch wenn sich trefflich streiten lässt, welche Gerichtsperson für die Erinnerung gegen die Versagung der beantragten Vergütung im Beratungshilfeverfahren funktionell zuständig ist, sprechen die besseren Argumente für eine funktionelle Zuständigkeit des Rechtspflegers. Im Übrigen ist es unerheblich, ob die Vergütung tatsächlich von einem Rechtspfleger festgesetzt worden ist.[31] Denn in diesem Fall handelt der Rechtspfleger als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle i. S. d. § 55 Abs. 4 RVG, mit dessen Aufgaben er nach § 153 Abs. 3 Nr. 1 GVG auch betraut werden kann.[32] Dies gilt erst recht, wenn der Rechtspfleger in Vertretung des die Vergütung festsetzenden Ur-

13 Vgl. *AG Bonn* BeckRS 2020, 39186; *Volpert*, in: *Burhoff/Volpert* (Fn. 11), Teil A Rn. 1961.
14 Vgl. *AG Bonn* BeckRS 2020, 39186; *Volpert*, in: *Burhoff/Volpert* (Fn. 11), Teil A Rn. 1962.
15 Vgl. *Volpert*, in: *Burhoff/Volpert* (Fn. 11), Teil A Rn. 1962.
16 Vgl. *LG Wuppertal* BeckRS 2013, 1712; *AG Bonn* BeckRS 2020, 39186.
17 BGBl. I 2004, S. 2198.
18 Vgl. zu § 4 Abs. 2 Nr. 3 RPflG a. F. noch *OLG Düsseldorf* NJOZ 2005, 61; *LG Mönchengladbach* Rpfleger 1989, 245; *Lappe* Rpfleger 1984, 76.
19 Vgl. BT-Drs. 15/1508, S. 29.
20 BT-Drs. 15/1508, S. 29.
21 Vgl. *AG Bonn* BeckRS 2020, 39186; *AG Kiel* Rpfleger 2009, 249 f.; *AG Kiel* NJOZ 2010, 1504, 1505; a. A. *Lissner* Rpfleger 2012, 122, 126.
22 Insofern zutreffend *OLG Düsseldorf* NJOZ 2005, 61 (zu § 128 BRAGO a. F.); *OLG Köln* BeckRS 2013, 56; *LG Düsseldorf* JurBüro 2019, 196.
23 Vgl. *AG Bonn* BeckRS 2020, 39186.
24 Vgl. *AG Bonn* BeckRS 2020, 39186.
25 Vgl. *AG Bonn* BeckRS 2020, 39186.
26 So aber *AG Halle* BeckRS 2011, 20529, und *Lissner* Rpfleger 2012, 122, 126.
27 Vgl. nur *Boiczenko*, in: BeckOGK Zivilrecht, Stand: 1. 4. 2022, § 35 VerschG Rn. 4.
28 Vgl. nur *Kral*, in: BeckOK GBO, 45. Ed. Stand: 1. 3. 2022, § 12c Rn. 23 m. w. N.
29 BGBl. I 2013, S. 3719.
30 Vgl. *AG Bonn* BeckRS 2020, 39186; *Volpert*, in: *Burhoff/Volpert* (Fn. 11), Teil A Rn. 1962.
31 Vgl. *AG Bonn* BeckRS 2020, 39186; *AG Kiel* Rpfleger 2009, 249; *AG Kiel* NJOZ 2010, 1504, 1505.
32 Vgl. *AG Bonn* BeckRS 2020, 39186.

kundsbeamten der Geschäftsstelle lediglich der gegen die Vergütungsfestsetzung erhobenen Erinnerung nicht abhilft.[33] Von der Entscheidung über die Erinnerung ist nach § 10 Satz 1 RPflG, § 5 Satz 1 BerHG, § 6 Abs. 1 Satz 1 FamFG, § 41 Nr. 6 ZPO freilich diejenige Gerichtsperson ausgeschlossen, die zuvor als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle die angefochtene Vergütungsfestsetzungsentscheidung getroffen hat.[34]

2. Beschwerde nach § 56 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2, § 33 Abs. 3 bis 8 RVG

Gegen die Entscheidung des Rechtspflegers ist nach § 56 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2, § 33 Abs. 3 bis 8 RVG die Beschwerde statthaft, wenn die Beschwerdesumme von mehr als 200 € erreicht ist oder der Rechtspfleger die Beschwerde zugelassen hat.[35] Die Beschwerde ist befristet und nach § 56 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2, § 33 Abs. 3 Satz 3 RVG nur zulässig, wenn sie innerhalb von zwei Wochen nach Zustellung der Entscheidung eingelegt wird. Zuständiges Beschwerdegericht ist nach § 72 Abs. 1 Satz 1 GVG das Landgericht.[36]

3. (Zweit-)Erinnerung nach § 11 Abs. 2 Satz 1 RPflG

Ist die Beschwerde wegen des Nichterreichens des Beschwerdewerts oder wegen der Nichtzulassung durch den Rechtspfleger nicht statthaft, findet die (Zweit-)Erinnerung nach § 11 Abs. 2 Satz 1 RPflG statt, über die der Richter grundsätzlich abschließend entscheidet.[37] Der Richter hat aber die Möglichkeit, die Beschwerde nach § 33 Abs. 3 Satz 2 RVG wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Sache ausdrücklich zuzulassen.[38] Auch in diesem Fall entscheidet nach § 72 Abs. 1 Satz 1 GVG das Landgericht als Beschwerdegericht.

V. Zusammenfassung und Ergebnis

Im Beratungshilfeverfahren ist grundsätzlich zwischen dem Bewilligungs- und dem Vergütungsfestsetzungsverfahren zu unterscheiden. Sachlich und örtlich zuständig in beiden Verfahren ist nach § 4 Abs. 1 Satz 1 BerHG das Amtsgericht, in dessen Bezirk die Rechtsuchenden ihren allgemeinen Gerichtsstand haben. Funktionell zuständig im Bewilligungsverfahren sind für die mit der Erinnerung anfechtbaren Entscheidungen nach § 24a Abs. 1 Nr. 1 RPflG der Rechtspfleger und für die Erinnerung, der der Rechtspfleger nicht nach § 11 Abs. 2 Satz 5 RPflG abhilft, nach § 11 Abs. 2 Satz 6 RPflG der Richter. Funktionell zuständig im Vergütungsfestsetzungsverfahren ist für die nach § 56 Abs. 1 Satz 3 RVG i. V. m. § 4 Abs. 1 BerHG mit der Erinnerung anfechtbaren Entscheidungen nach § 55 Abs. 4 RVG der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle.

Gesetzlich nicht geregelt und in der Rechtsprechung und Literatur nach wie vor umstritten ist, welche Gerichtsperson beim Amtsgericht über die Erinnerung gegen die Versagung der beantragten Vergütung im Beratungshilfeverfahren zu entscheiden hat. Die besseren Argumente sprechen für eine funktionelle Zuständigkeit des Rechtspflegers und gegen eine funktionelle Zuständigkeit des Richters. Zum einen beinhalten § 3 Nr. 3f, § 24a Abs. 1 Nr. 1 RPflG faktisch eine Vollübertragung der Geschäfte vom Richter auf den Rechtspfleger. Zum anderen stehen die Regelungsinhalte des ohnehin weggefallenen § 4 Abs. 2 Nr. 3 RPflG a. F. und der §§ 21 RPflG, 56 Abs. 1 Satz 1 RVG dieser These nicht entgegen. Schließlich spricht ein Vergleich mit anderen Erinnerungen, vor allem in Grundbuchsachen, für eine funktionelle Zuständigkeit des Rechtspflegers für die Erinnerung im Vergütungsfestsetzungsverfahren nach § 56 Abs. 1 Satz 3 RVG i. V. m. § 4 Abs. 1 BerHG.

RiaAG Dr. **Christian van Endern**, Kleve

33 Vgl. *AG Bonn* BeckRS 2020, 39186.
34 Vgl. *AG Bonn* BeckRS 2020, 39186; *AG Kiel* NJOZ 2010, 1504, 1505; *Fölsch* NJW 2010, 350, 351; *Gottschalk/Schneider* (Fn. 4), Rn. 1307; *Volpert*, in: *Burhoff/Volpert* (Fn. 11), Teil A Rn. 1961; *Zimmermann*, in: *Binz/Dörndorfer/Zimmermann*, GKG/FamGKG/JVEG, 5. Aufl. 2021, § 66 GKG Rn. 36.
35 Vgl. *LG Düsseldorf* BeckRS 2014, 10633; *LG Mönchengladbach* FamRZ 2009, 1086; *AG Kiel* Rpfleger 2009, 249, 250; *AG Kiel* NJOZ 2010, 1504, 1505; *Fölsch* NJW 2010, 350, 351; *Gottschalk/Schneider* (Fn. 4), Rn. 1308.
36 Vgl. *OLG Düsseldorf* FamRZ 2009, 713; *OLG Köln* MDR 2011, 258; *Volpert*, in: *Burhoff/Volpert* (Fn. 11), Teil A Rn. 1965.
37 Vgl. *LG Düsseldorf* BeckRS 2014, 10633; *LG Mönchengladbach* FamRZ 2009, 1086; *AG Kiel* Rpfleger 2009, 249, 250; *AG Kiel* NJOZ 2010, 1504, 1505; *AG Lübeck* Rpfleger 1984, 75; *Fölsch* NJW 2010, 350, 351; *Gottschalk/Schneider* (Fn. 4), Rn. 1308; *Volpert*, in: *Burhoff/Volpert* (Fn. 11), Teil A Rn. 1963: krit. hierzu *AG Halle* BeckRS 2011, 20529, und *Lissner* Rpfleger 2012, 122, 126, die diese doppelte Erinnerung für „umständlich und der sonstigen gesetzlichen Systematik fremd" halten.
38 Vgl. *LG Gießen* FamRZ 2010, 400, 401; *LG Mönchengladbach* FamRZ 2009, 1086; *LG Wuppertal* BeckRS 2013, 1712.

Tagungsbericht

Staatswissenschaften und moderne Verwaltung

Symposion am 18. und 19. November 2021 in Leipzig

Der Begriff der Verwaltung ist – gerade aus Perspektive der von ihrer Tätigkeit Betroffenen – häufig negativ konnotiert. Behörden haben ein verstaubtes, schwerfälliges und manchmal nervenaufreibendes Image. Der Verwaltungsapparat erscheint als Gegner, der zumindest als Verzögerer in die individuelle Freiheitssphäre eingreift, der die einfachsten Schritte mit Förmlichkeiten belastet, und als Verhinderer, wenn es um Erwartungen von Individuen an den Staat geht. Das neu gegründete „Georg-Jellinek-Zentrum für Staatswissenschaften und moderne Verwaltung" an der Universität Leipzig hat es sich zum Ziel gesetzt, die unterschätzte Vielfalt und Vielschichtigkeit der Verwaltung in Anlehnung an den Namensgeber des Zentrums zum Gegenstand interdisziplinärer Forschung zu machen. Georg Jellinek, 1851 in Leipzig geboren, hat zwar seine rechtswissenschaftliche Ausbildung in Wien durchlaufen, wurde jedoch an der Alma Mater Lipsiensis im Fach Philosophie promoviert und gewann aus dieser akademischen Prägung die für sein Werk und Wirken charakteristische, die verschiedenen Disziplinen des Nachdenkens über Staat und Gesellschaft übergreifende Perspektive.

Zum Auftakt dieses Projektes veranstalteten die Gründer des Zentrums, *Christoph Enders*, *Dirk van Laak* und *Michael Zwanzger*, ein Symposion, dessen Ziel es zugleich war, auch die Rechtspraxis einzubeziehen. Entsprechend der geplanten Forschungslinien widmeten sich die Referenten des ersten Themenblocks dem subjektiven öffentlichen Recht. Im Mittelpunkt standen dabei die Beständigkeit und der Wandel dieses Strukturprinzips. Deutlich wurde, dass das subjektive öffentliche Recht als zentrales Mittel des Ausgleichs zwischen individuellem Partikularinteresse und Gemeinwohl die Basis des Verwaltungsrechtsschutzes darstellt.

JuristenZeitung 77, 612–614 DOI: 10.1628/jz-2022-0198
ISSN 0022-6882 © Mohr Siebeck 2022

kundsbeamten der Geschäftsstelle lediglich der gegen die Vergütungsfestsetzung erhobenen Erinnerung nicht abhilft.[33] Von der Entscheidung über die Erinnerung ist nach § 10 Satz 1 RPflG, § 5 Satz 1 BerHG, § 6 Abs. 1 Satz 1 FamFG, § 41 Nr. 6 ZPO freilich diejenige Gerichtsperson ausgeschlossen, die zuvor als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle die angefochtene Vergütungsfestsetzungsentscheidung getroffen hat.[34]

2. Beschwerde nach § 56 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2, § 33 Abs. 3 bis 8 RVG

Gegen die Entscheidung des Rechtspflegers ist nach § 56 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2, § 33 Abs. 3 bis 8 RVG die Beschwerde statthaft, wenn die Beschwerdesumme von mehr als 200 € erreicht ist oder der Rechtspfleger die Beschwerde zugelassen hat.[35] Die Beschwerde ist befristet und nach § 56 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2, § 33 Abs. 3 Satz 3 RVG nur zulässig, wenn sie innerhalb von zwei Wochen nach Zustellung der Entscheidung eingelegt wird. Zuständiges Beschwerdegericht ist nach § 72 Abs. 1 Satz 1 GVG das Landgericht.[36]

3. (Zweit-)Erinnerung nach § 11 Abs. 2 Satz 1 RPflG

Ist die Beschwerde wegen des Nichterreichens des Beschwerdewerts oder wegen der Nichtzulassung durch den Rechtspfleger nicht statthaft, findet die (Zweit-)Erinnerung nach § 11 Abs. 2 Satz 1 RPflG statt, über die der Richter grundsätzlich abschließend entscheidet.[37] Der Richter hat aber die Möglichkeit, die Beschwerde nach § 33 Abs. 3 Satz 2 RVG wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Sache ausdrücklich zuzulassen.[38] Auch in diesem Fall entscheidet nach § 72 Abs. 1 Satz 1 GVG das Landgericht als Beschwerdegericht.

V. Zusammenfassung und Ergebnis

Im Beratungshilfeverfahren ist grundsätzlich zwischen dem Bewilligungs- und dem Vergütungsfestsetzungsverfahren zu unterscheiden. Sachlich und örtlich zuständig in beiden Verfahren ist nach § 4 Abs. 1 Satz 1 BerHG das Amtsgericht, in dessen Bezirk die Rechtsuchenden ihren allgemeinen Gerichtsstand haben. Funktionell zuständig im Bewilligungsverfahren sind für die mit der Erinnerung anfechtbaren Entscheidungen nach § 24a Abs. 1 Nr. 1 RPflG der Rechtspfleger und für die Erinnerung, der der Rechtspfleger nicht nach § 11 Abs. 2 Satz 5 RPflG abhilft, nach § 11 Abs. 2 Satz 6 RPflG der Richter. Funktionell zuständig im Vergütungsfestsetzungsverfahren ist für die nach § 56 Abs. 1 Satz 3 RVG i. V. m. § 4 Abs. 1 BerHG mit der Erinnerung anfechtbaren Entscheidungen nach § 55 Abs. 4 RVG der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle.

Gesetzlich nicht geregelt und in der Rechtsprechung und Literatur nach wie vor umstritten ist, welche Gerichtsperson beim Amtsgericht über die Erinnerung gegen die Versagung der beantragten Vergütung im Beratungshilfeverfahren zu entscheiden hat. Die besseren Argumente sprechen für eine funktionelle Zuständigkeit des Rechtspflegers und gegen eine funktionelle Zuständigkeit des Richters. Zum einen beinhalten § 3 Nr. 3f, § 24a Abs. 1 Nr. 1 RPflG faktisch eine Vollübertragung der Geschäfte vom Richter auf den Rechtspfleger. Zum anderen stehen die Regelungsinhalte des ohnehin weggefallenen § 4 Abs. 2 Nr. 3 RPflG a. F. und der §§ 21 RPflG, 56 Abs. 1 Satz 1 RVG dieser These nicht entgegen. Schließlich spricht ein Vergleich mit anderen Erinnerungen, vor allem in Grundbuchsachen, für eine funktionelle Zuständigkeit des Rechtspflegers für die Erinnerung im Vergütungsfestsetzungsverfahren nach § 56 Abs. 1 Satz 3 RVG i. V. m. § 4 Abs. 1 BerHG.

RiaAG Dr. **Christian van Endern**, Kleve

33 Vgl. *AG Bonn* BeckRS 2020, 39186.
34 Vgl. *AG Bonn* BeckRS 2020, 39186; *AG Kiel* NJOZ 2010, 1504, 1505; *Fölsch* NJW 2010, 350, 351; *Gottschalk/Schneider* (Fn. 4), Rn. 1307; *Volpert*, in: *Burhoff/Volpert* (Fn. 11), Teil A Rn. 1961; *Zimmermann*, in: *Binz/Dörndorfer/Zimmermann*, GKG/FamGKG/JVEG, 5. Aufl. 2021, § 66 GKG Rn. 36.
35 Vgl. *LG Düsseldorf* BeckRS 2014, 10633; *LG Mönchengladbach* FamRZ 2009, 1086; *AG Kiel* Rpfleger 2009, 249, 250; *AG Kiel* NJOZ 2010, 1504, 1505; *Fölsch* NJW 2010, 350, 351; *Gottschalk/Schneider* (Fn. 4), Rn. 1308.
36 Vgl. *OLG Düsseldorf* FamRZ 2009, 713; *OLG Köln* MDR 2011, 258; *Volpert*, in: *Burhoff/Volpert* (Fn. 11), Teil A Rn. 1965.
37 Vgl. *LG Düsseldorf* BeckRS 2014, 10633; *LG Mönchengladbach* FamRZ 2009, 1086; *AG Kiel* Rpfleger 2009, 249, 250; *AG Kiel* NJOZ 2010, 1504, 1505; *AG Lübeck* Rpfleger 1984, 75; *Fölsch* NJW 2010, 350, 351; *Gottschalk/Schneider* (Fn. 4), Rn. 1308; *Volpert*, in: *Burhoff/Volpert* (Fn. 11), Teil A Rn. 1963: krit. hierzu *AG Halle* BeckRS 2011, 20529, und *Lissner* Rpfleger 2012, 122, 126, die diese doppelte Erinnerung für „umständlich und der sonstigen gesetzlichen Systematik fremd" halten.
38 Vgl. *LG Gießen* FamRZ 2010, 400, 401; *LG Mönchengladbach* FamRZ 2009, 1086; *LG Wuppertal* BeckRS 2013, 1712.

Tagungsbericht

Staatswissenschaften und moderne Verwaltung

Symposion am 18. und 19. November 2021 in Leipzig

Der Begriff der Verwaltung ist – gerade aus Perspektive der von ihrer Tätigkeit Betroffenen – häufig negativ konnotiert. Behörden haben ein verstaubtes, schwerfälliges und manchmal nervenaufreibendes Image. Der Verwaltungsapparat erscheint als Gegner, der zumindest als Verzögerer in die individuelle Freiheitssphäre eingreift, der die einfachsten Schritte mit Förmlichkeiten belastet, und als Verhinderer, wenn es um Erwartungen von Individuen an den Staat geht. Das neu gegründete „Georg-Jellinek-Zentrum für Staatswissenschaften und moderne Verwaltung" an der Universität Leipzig hat es sich zum Ziel gesetzt, die unterschätzte Vielfalt und Vielschichtigkeit der Verwaltung in Anlehnung an den Namensgeber des Zentrums zum Gegenstand interdisziplinärer Forschung zu machen. Georg Jellinek, 1851 in Leipzig geboren, hat zwar seine rechtswissenschaftliche Ausbildung in Wien durchlaufen, wurde jedoch an der Alma Mater Lipsiensis im Fach Philosophie promoviert und gewann aus dieser akademischen Prägung die für sein Werk und Wirken charakteristische, die verschiedenen Disziplinen des Nachdenkens über Staat und Gesellschaft übergreifende Perspektive.

Zum Auftakt dieses Projektes veranstalteten die Gründer des Zentrums, *Christoph Enders*, *Dirk van Laak* und *Michael Zwanzger*, ein Symposion, dessen Ziel es zugleich war, auch die Rechtspraxis einzubeziehen. Entsprechend der geplanten Forschungslinien widmeten sich die Referenten des ersten Themenblocks dem subjektiven öffentlichen Recht. Im Mittelpunkt standen dabei die Beständigkeit und der Wandel dieses Strukturprinzips. Deutlich wurde, dass das subjektive öffentliche Recht als zentrales Mittel des Ausgleichs zwischen individuellem Partikularinteresse und Gemeinwohl die Basis des Verwaltungsrechtsschutzes darstellt.

JuristenZeitung 77, 612–614 DOI: 10.1628/jz-2022-0198
ISSN 0022-6882 © Mohr Siebeck 2022

Kurt Seelmann (Basel) thematisierte zunächst zwei Erklärungsansätze zur Entstehung des subjektiven öffentlichen Rechts: Die geschichtlich-objektive Ebene und die Meta-Perspektive. *Seelmann* führte aus, dass die Ursprünge der Subjektivierung schon in der Antike zu finden seien. Die verschiedenen Subjektivierungsstufen hätten sich im Laufe der Zeit immer weiter verstärkt, so dass ab Ende des 19. Jahrhunderts vornehmlich Menschen- und Bürgerrechte im Kontext des subjektiven Rechts bedacht wurden. Die Subjektivität ergebe sich allerdings nicht allein aus dem Begriff des Rechts, sondern erst im Rahmen der Verwendung und des Kontexts.

Dass das subjektive öffentliche Recht „ein treibendes Moment des wissenschaftlichen Erkenntnisprozesses" von Georg Jellinek darstelle und mit dessen Definition auch heute eine dogmatische Anschlussfähigkeit gegeben sei, betonte *Ewald Wiederin* (Wien). Ebendies belegte er mit Verweisen auf Entscheidungen des österreichischen Bundesverwaltungsgerichts, insbesondere mit Bezug zum Umweltrecht. Die Rechtsprechungslinie unterstreiche, dass ein subjektives öffentliches Recht der Verfassung nur sein könne, was zumindest auch der Einzelperson diene. Damit werde die Lücke zwischen der Gesetzgebung, die von Individualisierung rechtlicher Positionen geprägt ist, und der Verfassung, die Staatsinteressen proklamiert, von der Rechtsprechung gefüllt. *Wiederin* kritisierte aber auch Jellineks dogmatischen Ansatz, da letztlich die Durchsetzungsbefugnis maßgeblich sei, ohne die nur einfaches objektives Recht vorläge. Das subjektive öffentliche Recht fungiere demnach als Schnittstelle zwischen materiellem Recht und Verfahrensrecht. Dadurch entstehe ein neues Spannungsverhältnis: Durch die Verallgemeinerung von Individualinteressen trete das Gemeinwohl wieder in den Vordergrund, gerade weil dieses – in Umkehrung von Jellineks Ansatz – häufig zur Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen herangezogen werde.

Anknüpfend an *Wiederin* hob auch *Ingo Kraft* (Leipzig) diese Schnittstelle im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG als Mindestgarantie hervor. Im Verwaltungsrecht sei dies bereits im Rechtswidrigkeitszusammenhang des § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO verankert, der gerade die Rechtsverletzung des Einzelnen als Grundvoraussetzung der Erfolgsaussicht einer Klage benenne. In Deutschland habe das subjektive öffentliche Recht zudem die besondere Bedeutung einer Legitimationsgrundlage für die Verwaltungsgerichtsbarkeit, da diese nicht nur kassatorisch, sondern auch formierend agiere. In seinem Vortrag plädierte *Kraft* für eine Emanzipation des subjektiven öffentlichen Rechts vom Verfahrensrecht. Entscheidend sei die Verwirklichung des materiellen Rechts, weshalb auch materielles Denken wichtiger sein müsse als formalistische Annäherungen.

Ottos Mayers fast einhundertjährige, aber immer noch provokante These „Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht" untersuchte *Miloš Vec* (Wien) in einem Festvortrag mithilfe eines geschichtlichen Abrisses des Verwaltungsrechts. Er machte darauf aufmerksam, dass das Verwaltungsrecht bis Mitte des 19. Jahrhunderts terminologisch unbekannt gewesen sei und das Polizeirecht als sachlicher Vorläufer gedient habe. Das Polizeirecht hatte wiederum mit der „guten Policey" seinen vormodernen Vorläufer, welcher sogar Eingriffe in die Moralität der Untertanen legitimierte und wegen der Aufgabenausweitung zu einer Herausforderung der Verwaltungsdefinition führte. Im Ergebnis erschien die Policey nicht mehr zeitgemäß und den rechtlichen Elementen Norm, Gesetz und Verfassung kam fortan eine gesteigerte Bedeutung zu. Die Herleitung zeigte, dass mit terminologischen Diskontinuitäten stets auch Wahrnehmungsverschiebungen des Verwaltungsrechts einhergingen. Schließlich endete *Vec* mit einem aktuellen Befund, wonach die Trennung von Verwaltungs- und Verfassungsrecht weiter aufgeweicht worden sei.

Ein wichtiges Feld der Verwaltung, das immer wieder Anlass gab und gibt, die Konfliktlinie zwischen Gemeinwohl- und Partikularinteressen neu zu verhandeln, ist die Verwaltung von Infrastrukturen, der sich eine zweite Forschungslinie des Zentrums widmen wird. Nach *Sabine Mecking* (Marburg) sind in Infrastrukturen verschiedene Zeitlichkeiten angelegt: Sie repräsentierten vergangene Prestigeprojekte, konstruierten Pfadabhängigkeiten für die Gegenwart und würden immer auch in die Zukunft geplant und verwaltet. Die Verwaltung von Infrastruktur sei eine zentrale politische Aufgabe des modernen Staates (nach Jellinek ein zentraler „Staatszweck"), der zugleich für das Gemeinwohl als auch für die Wahrung der individuellen Rechte von Bürgerinnen und Bürgern zu sorgen habe. Wie *Mecking* veranschaulichte, sei dabei in der Vergangenheit keineswegs klar gewesen, welche Aufgaben der Infrastrukturverwaltung der öffentlichen Hand zufielen. In der Entfaltung eines Bogens, angefangen von den dienstleistungsorientierten und planungseuphorischen 1960er Jahren über die Privatisierungswelle seit den 1980er Jahren bis hin zur erneuten Kritik am Prinzip der Gewährleistungsverwaltung, zeigte sie auf, wie Infrastrukturen mit Modernitätsdenken und der Frage nach Verantwortlichkeit für das Gemeinwohl und dessen Gestaltung verknüpft sind.

Eine dieser Perspektiven ist die Rechtspraxis, die von *Andreas Korbmacher* (Leipzig) beleuchtet wurde. Das Spannungsverhältnis von Gemeinwohl- und Partikularinteressen erläuterte er am Beispiel von konkreten Infrastrukturprojekten. Der Konflikt drehe sich vor allem um die klassische Frage nach Grundeigentum und Gemeinwohlzweck von anlagenbezogener Sachinfrastruktur. Infrastrukturvorhaben sollen nach Art. 14 Abs. 2 GG dem Gemeinwohl dienen, betreffen aber auch verfassungsrechtlich geschütztes Grundeigentum. Der Verwaltung steht dabei zur Durchsetzung des Gemeinwohlinteresses die Enteignung zu, wobei Grundeigentümer durch den Vollüberprüfungsanspruch abgesichert seien. Trotzdem bestehe bei der Frage der Verhältnismäßigkeit von Enteignungen ein weiter Spielraum, was auch mit der fehlenden gesetzlichen Konkretisierung von Gemeinwohlorientierung zusammenhänge. So könnten auch private Vorhaben mittelbar dem Gemeinwohl dienen, bedürften aber in besonderem Maße rechtlicher Prüfung und Rechtfertigung.

Zuletzt wurden auf dem Symposion die Entstehungsbedingungen von Verwaltungsentscheidungen und die Frage nach der Rolle der Verwaltung und des Verwaltungspersonals im Ensemble staatlicher Wirkkräfte als eigenständiger Akteur diskutiert. *Stephan Grohs* (Speyer) erläuterte den Umgang von Vollzugsbeamten mit Normen und daraus entstehende Umsetzungsprobleme. Da beim Vollzug von Recht häufig Verständnisprobleme auftauchten, sei es notwendig, eine Strategie zum Umgang mit der Ohnmacht der Verwaltung zu finden. Verwaltungsentscheidungen entstünden unter kognitiver Unsicherheit, weil ein ständiges Einarbeiten in stetig aktualisierte Thematiken bei der Aufgabenfülle nicht machbar sei. *Grohs* schilderte den Eindruck, dass sich übergeordnete Behörden bei der Norminterpretation eher zurückzögen und Umsetzungsbehörden allein ließen. Probleme in der Rechtsetzung führten daher zu Problemen bei der Rechts-

umsetzung: Fehlende Präzisierung, politische Kompromisse sowie mangelnde „Feldkenntnis" würden zu Rechtunsicherheit in der Vollzugsverwaltung führen, die größtenteils nicht über juristische Fachkenntnis verfüge. Als Lösungsansatz schlug *Grohs* vor, klare Vollzugsimperative zu implementieren, eine häufigere Aktivität der Fachaufsichtsbehörden sowie die Inanspruchnahme von Wissensmanagement, Vollzugsmonitoring und Kontrollplänen.

In Anlehnung an Niklas Luhmanns zuletzt pothum veröffentlichtes Buch „Die Grenzen der Verwaltung" skizzierte auch *Stefan Fisch* (Speyer) die Komplexität des Verwaltungshandelns. Anhand historischer Beispiele verdeutlichte er, dass Verwaltungshandeln nur möglich sei, wenn Regeln und Entscheidungsmechanismen erinnert werden und ein institutionelles Gedächtnis entstehe. Erst aufgrund dieser Kenntnisse könne die Verwaltung das zu erwartende Verhalten der umgebenden Umwelten in sich hineinspiegeln und Entscheidungsprogramme entsprechend zweckgemäß beeinflussen. Abschließend illustrierte *Ulrike Bick* (Leipzig) die Mittel und Wege des Verwaltens am praktischen Beispiel der jüngsten Reform der Bundesfernstraßenverwaltung. Dieses biete sich als Anschauungsbeispiel ganz besonders an, da wegen mangelnder Übergangsregelungen besondere Herausforderungen des Verwaltens zutage getreten seien. Ziel der Reform sei es nämlich gerade, durch eine Verwaltungsumgestaltung eine schnellere, bessere, zentrale und einheitliche Planung von Bundesfernstraßen zu ermöglichen. Dafür agiere das Fernstraßenbundesamt mit Sitz in Leipzig als neue Anhörungs- und Planfeststellungsbehörde, welche zukünftig ebenso die Fachaufsicht über die Autobahn GmbH ausüben wird. Demnach seien hier mehrere Rollen unter einem Dach vereint. Für den zukünftigen Blick auf die Methoden und Ressourcen der Verwaltung sei es daher spannend zu beobachten, ob die angestrebten Verwaltungsziele mit einem solchen Konzept umgesetzt werden können.

Das Symposion sammelte Impulse für die zukünftige Forschung des Georg-Jellinek-Zentrums für Staatswissenschaften und moderne Verwaltung und formulierte neue Fragestellungen. So hat der Klimaschutz-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts themenübergreifend für anregende Diskussionen gesorgt: Führt eine Entgrenzung von subjektiven Rechten zu einer unüberwindbaren Asymmetrie von Rechten und Pflichten? Welche Auswirkung hat der Klimaschutz auf die Infrastrukturverwaltung? Gibt es ein Recht auf Klimaverträglichkeit? Auch die Frage nach der Individualisierung rechtlicher Positionen tauchte immer wieder auf: Wie wirkt sich eine solche auf das Verwaltungshandeln und die Vorstellung von Gemeinwohl aus? Welcher rechtlichen Rahmung bedürfen Konflikte zwischen Gemeinwohl- und Privatinteressen in der Zukunft? Oder auch: Wie nachhaltig und effizient ist die Einbindung von Privatwirtschaft in die öffentliche Verwaltung?

Das Symposion zeigte, dass zur Debatte dieser Fragen sprachliche Verständnisbarrieren und methodische Grenzen zwischen den Disziplinen überwunden werden müssen, um eine fruchtbare Zusammenarbeit und integrierte Perspektiven im Sinne Georg Jellineks zu ermöglichen. Ein erster Grundstein hierfür wurde mit dem Symposion gelegt.

Charlott Resske und **Maxi Weibel**, Universität Leipzig

Glosse

Oh my god!

Der Falschmeldung, dass Spinat sehr viel Eisen enthalte, verdanken wir nicht nur die Erfindung von Popeye, dem vielleicht liebenswürdigsten „Schlägertypen" der (Comic-)Welt, sondern auch den bis heute von manchen Eltern forcierten Verzehr von Spinat durch ihre Kinder. Dabei hatte man seinerzeit bei der Veröffentlichung nur ein Komma falsch gesetzt: Statt 35 Milligramm Eisen enthalten 100 Gramm Spinat in Wahrheit nur 3,5 Milligramm. Über solche populären Irrtümer wurden zuletzt dicke Bücher geschrieben. Doch auch die Rechtswissenschaft ist vor Mythen nicht gefeit, wie ihr Umgang mit einem Urteil des Reichsgerichts zur Freiheitsberaubung zeigt.

So hat der Autor dieses Beitrags, seit er § 239 StGB in seiner Vorlesung behandelt, regelmäßig behauptet, dass das Reichsgericht eine Freiheitsberaubung durch Einsperren angenommen habe, wenn dieses die „Dauer eines Vaterunsers" überschreite. In seinem Vorlesungsskript hat er dazu auf die Entscheidung *RGSt 7*, 259 verwiesen. Er hat dazu, kurz vor der Vorlesung zu § 239 StGB, selbst im Gedanken das Gebet vollzogen und kam auf eine Dauer von etwa 30 bis 40 Sekunden. Diese Zahl hat er im Anschluss daran im Hörsaal erwähnt, mit der Bemerkung, dass man im Osten der Republik, in Thüringen etwa mit seinen fast 70 % Konfessionslosen, nicht mehr davon ausgehen könne, dass jeder wisse, wie lange ein „Vaterunser" dauert (dieser Kommentar war im Hörsaal entweder Anlass zu Gelächter oder zu entschiedenem Widerspruch oder beidem). Er sah sich auch einmal dazu genötigt, die Ausführungen eines Bearbeiters einer Klausur im thüringischen Staatsexamen zu kritisieren, wonach die Freiheitsberaubung die Dauer eines „Ave Maria" erreichen müsse. Denn von diesem katholischen Gebet ist in dem Urteil des Reichsgerichts an keiner Stelle die Rede, ganz abgesehen davon, dass das „Ave Maria" kürzer ist als ein „Vaterunser" und mit einer „Katholisierung" des Tatbestands eine Verschärfung des Anwendungsbereichs verbunden gewesen wäre, wenngleich nur um wenige Wimpernschläge.

Vor 140 Jahren hatte das Reichsgericht in der besagten Entscheidung *RGSt 7*, 259 über einen Fall zu entscheiden, in dem ein Ehepaar eine Wohnung auf einem Mühlengrundstück zu räumen hatte, nachdem ihr Leibgedingrecht erloschen war. Dies missfiel der Ehefrau, und sie ließ sich in einem Stall, der zum Grundstück gehörte, nieder. Da sie sich trotz der Aufforderung des Eigentümers weigerte, den Stall zu räumen, nagelte dieser ein Brettstück an die Türe des Stalls und verschloss ihn derart, „daß die um Befreiung und Rettung schreiende M. sich vergebens bemühte, dieselbe zu öffnen". Das Tatgericht hatte ein Einsperren verneint, weil die Einsperrung „nur etwa ein ‚Vaterunser lang' gedauert" habe und ein so kurzer Zeitraum nicht genüge, um die Annahme eines Einsperrens zu rechtfertigen. Das Reichsgericht hielt diese Auslegung aber für rechtsirrig: Bei der Variante des Einsperrens sei auch bei nur kurzzeitigem Erfolg die Vollendung anzunehmen. Die Freiheitsberaubung sei nicht erst dann vollendet – das Gericht spricht von einer „perfekten" Freiheitsberaubung –, wenn das Einsperren die Dauer eines „Vaterunsers" überschreite, sondern bereits zuvor, nämlich mit dem Akt des Einsperrens als solchen: „Mit derjenigen Thätigkeit, welche diesen Erfolg herbeiführt, erscheint daher das Delikt aus § 239 StGB vollendet, und es kann weder darauf ankommen, wie lange der Zustand der Unfreiheit,

JuristenZeitung 77, 614–615 DOI: 10.1628/jz-2022-0101
ISSN 0022-6882 © Mohr Siebeck 2022

umsetzung: Fehlende Präzisierung, politische Kompromisse sowie mangelnde „Feldkenntnis" würden zu Rechtunsicherheit in der Vollzugsverwaltung führen, die größtenteils nicht über juristische Fachkenntnis verfüge. Als Lösungsansatz schlug *Grohs* vor, klare Vollzugsimperative zu implementieren, eine häufigere Aktivität der Fachaufsichtsbehörden sowie die Inanspruchnahme von Wissensmanagement, Vollzugsmonitoring und Kontrollplänen.

In Anlehnung an Niklas Luhmanns zuletzt pothum veröffentlichtes Buch „Die Grenzen der Verwaltung" skizzierte auch *Stefan Fisch* (Speyer) die Komplexität des Verwaltungshandelns. Anhand historischer Beispiele verdeutlichte er, dass Verwaltungshandeln nur möglich sei, wenn Regeln und Entscheidungsmechanismen erinnert werden und ein institutionelles Gedächtnis entstehe. Erst aufgrund dieser Kenntnisse könne die Verwaltung das zu erwartende Verhalten der umgebenden Umwelten in sich hineinspiegeln und Entscheidungsprogramme entsprechend zweckgemäß beeinflussen. Abschließend illustrierte *Ulrike Bick* (Leipzig) die Mittel und Wege des Verwaltens am praktischen Beispiel der jüngsten Reform der Bundesfernstraßenverwaltung. Dieses biete sich als Anschauungsbeispiel ganz besonders an, da wegen mangelnder Übergangsregelungen besondere Herausforderungen des Verwaltens zutage getreten seien. Ziel der Reform sei es nämlich gerade, durch eine Verwaltungsumgestaltung eine schnellere, bessere, zentrale und einheitliche Planung von Bundesfernstraßen zu ermöglichen. Dafür agiere das Fernstraßenbundesamt mit Sitz in Leipzig als neue Anhörungs- und Planfeststellungsbehörde, welche zukünftig ebenso die Fachaufsicht über die Autobahn GmbH ausüben wird. Demnach seien hier mehrere Rollen unter einem Dach vereint. Für den zukünftigen Blick auf die Methoden und Ressourcen der Verwaltung sei es daher spannend zu beobachten, ob die angestrebten Verwaltungsziele mit einem solchen Konzept umgesetzt werden können.

Das Symposion sammelte Impulse für die zukünftige Forschung des Georg-Jellinek-Zentrums für Staatswissenschaften und moderne Verwaltung und formulierte neue Fragestellungen. So hat der Klimaschutz-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts themenübergreifend für anregende Diskussionen gesorgt: Führt eine Entgrenzung von subjektiven Rechten zu einer unüberwindbaren Asymmetrie von Rechten und Pflichten? Welche Auswirkung hat der Klimaschutz auf die Infrastrukturverwaltung? Gibt es ein Recht auf Klimaverträglichkeit? Auch die Frage nach der Individualisierung rechtlicher Positionen tauchte immer wieder auf: Wie wirkt sich eine solche auf das Verwaltungshandeln und die Vorstellung von Gemeinwohl aus? Welcher rechtlichen Rahmung bedürfen Konflikte zwischen Gemeinwohl- und Privatinteressen in der Zukunft? Oder auch: Wie nachhaltig und effizient ist die Einbindung von Privatwirtschaft in die öffentliche Verwaltung?

Das Symposion zeigte, dass zur Debatte dieser Fragen sprachliche Verständnisbarrieren und methodische Grenzen zwischen den Disziplinen überwunden werden müssen, um eine fruchtbare Zusammenarbeit und integrierte Perspektiven im Sinne Georg Jellineks zu ermöglichen. Ein erster Grundstein hierfür wurde mit dem Symposion gelegt.

Charlott Resske und **Maxi Weibel**, Universität Leipzig

Glosse

Oh my god!

Der Falschmeldung, dass Spinat sehr viel Eisen enthalte, verdanken wir nicht nur die Erfindung von Popeye, dem vielleicht liebenswürdigsten „Schlägertypen" der (Comic-)Welt, sondern auch den bis heute von manchen Eltern forcierten Verzehr von Spinat durch ihre Kinder. Dabei hatte man seinerzeit bei der Veröffentlichung nur ein Komma falsch gesetzt: Statt 35 Milligramm Eisen enthalten 100 Gramm Spinat in Wahrheit nur 3,5 Milligramm. Über solche populären Irrtümer wurden zuletzt dicke Bücher geschrieben. Doch auch die Rechtswissenschaft ist vor Mythen nicht gefeit, wie ihr Umgang mit einem Urteil des Reichsgerichts zur Freiheitsberaubung zeigt.

So hat der Autor dieses Beitrags, seit er § 239 StGB in seiner Vorlesung behandelt, regelmäßig behauptet, dass das Reichsgericht eine Freiheitsberaubung durch Einsperren angenommen habe, wenn dieses die „Dauer eines Vaterunsers" überschreite. In seinem Vorlesungsskript hat er dazu auf die Entscheidung *RGSt 7*, 259 verwiesen. Er hat dazu, kurz vor der Vorlesung zu § 239 StGB, selbst im Gedanken das Gebet vollzogen und kam auf eine Dauer von etwa 30 bis 40 Sekunden. Diese Zahl hat er im Anschluss daran im Hörsaal erwähnt, mit der Bemerkung, dass man im Osten der Republik, in Thüringen etwa mit seinen fast 70 % Konfessionslosen, nicht mehr davon ausgehen könne, dass jeder wisse, wie lange ein „Vaterunser" dauert (dieser Kommentar war im Hörsaal entweder Anlass zu Gelächter oder zu entschiedenem Widerspruch oder beidem). Er sah sich auch einmal dazu genötigt, die Ausführungen eines Bearbeiters einer Klausur im thüringischen Staatsexamen zu kritisieren, wonach die Freiheitsberaubung die Dauer eines „Ave Maria" erreichen müsse. Denn von diesem katholischen Gebet ist in dem Urteil des Reichsgerichts an keiner Stelle die Rede, ganz abgesehen davon, dass das „Ave Maria" kürzer ist als ein „Vaterunser" und mit einer „Katholisierung" des Tatbestands eine Verschärfung des Anwendungsbereichs verbunden gewesen wäre, wenngleich nur um wenige Wimpernschläge.

Vor 140 Jahren hatte das Reichsgericht in der besagten Entscheidung *RGSt 7*, 259 über einen Fall zu entscheiden, in dem ein Ehepaar eine Wohnung auf einem Mühlengrundstück zu räumen hatte, nachdem ihr Leibgedingrecht erloschen war. Dies missfiel der Ehefrau, und sie ließ sich in einem Stall, der zum Grundstück gehörte, nieder. Da sie sich trotz der Aufforderung des Eigentümers weigerte, den Stall zu räumen, nagelte dieser ein Brettstück an die Türe des Stalls und verschloss ihn derart, „daß die um Befreiung und Rettung schreiende M. sich vergebens bemühte, dieselbe zu öffnen". Das Tatgericht hatte ein Einsperren verneint, weil die Einsperrung „nur etwa ein ‚Vaterunser lang' gedauert" habe und ein so kurzer Zeitraum nicht genüge, um die Annahme eines Einsperrens zu rechtfertigen. Das Reichsgericht hielt diese Auslegung aber für rechtsirrig: Bei der Variante des Einsperrens sei auch bei nur kurzzeitigem Erfolg die Vollendung anzunehmen. Die Freiheitsberaubung sei nicht erst dann vollendet – das Gericht spricht von einer „perfekten" Freiheitsberaubung –, wenn das Einsperren die Dauer eines „Vaterunsers" überschreite, sondern bereits zuvor, nämlich mit dem Akt des Einsperrens als solchen: „Mit derjenigen Thätigkeit, welche diesen Erfolg herbeiführt, erscheint daher das Delikt aus § 239 StGB vollendet, und es kann weder darauf ankommen, wie lange der Zustand der Unfreiheit,

JuristenZeitung 77, 614–615 DOI: 10.1628/jz-2022-0101
ISSN 0022-6882 © Mohr Siebeck 2022

des Eingesperrtseins, gedauert hat, noch ob der Eingesperrte sich der dadurch herbeigeführten Freiheitsbeschränkung überhaupt bewußt geworden ist" (*RGSt* 7, 259, 260).

Nun zeigt der Autor dieser Zeilen nicht mit dem Finger auf die Handvoll Kommentatorinnen und Kommentatoren, die behaupten, das Reichsgericht habe genau das Gegenteil gesagt, stellt sie nicht an den Pranger und verzichtet an dieser Stelle auf die Nennung von Namen: Wer im Glashaus sitzt, sollte nicht mit Steinen werfen, sondern vielmehr Buße tun und seinen Herrgott um Vergebung seiner wissenschaftlichen Schuld bitten. Viele Jahre hat auch er den Studierenden dieses Märchen von der „Dauer eins Vaterunsers" erzählt, bis sich im vergangenen Wintersemester ein aufmerksamer, durch seinen katholischen Glauben für das Thema besonders sensibilisierter Student nach der Vorlesung zu den Freiheitsdelikten bei ihm gemeldet und ihn zu seiner größten Verblüffung darüber aufgeklärt hat, dass das Reichsgericht genau das Gegenteil sage. Die Überprüfung hat, wie eben ausgeführt, dies bestätigt: Der Student Markus Bauseler, so sein Name, hat Recht. Bravo! So lehrt uns diese kleine Episode nicht nur, wie leichtfertig Juristen zuweilen rechtlichen Behauptungen in zugegebenermaßen renommiertesten Publikationen glauben, sondern auch, wie lange sich solche Irrtümer in den Büchern und Köpfen festsetzen. Doch beschleicht einen zugleich das traurige Gefühl, dass man als Dozent diese wunderbare und einprägsame Auslegungsanekdote des Reichsgerichts nicht mehr „im Hörsaal bringen", sondern dass sie allenfalls als Beweis für oberflächliche Recherchen dienen kann. Schwerer wiegt aber beim Verfasser dieser Zeilen die Freude darüber, dass ein Student im dritten Semester die von einem Professor aufgestellte Behauptung überprüft, indem er in die Bibliothek geht, den alten Reichsgerichtsband aufschlägt, sehr genau die Entscheidung liest, sich verwundert die Augen reibt und am Ende zur wissenschaftlichen Wahrheitsfindung beiträgt. Zeigt sich in diesem Vorgang nicht in einem doppelten Sinne – Wahrheit? Im Talmud heißt es einmal: „Rabbi Nachmann, Jizchaks Sohn, sagte: Warum werden die Worte der Weisung mit Holz verglichen, wie es heißt: Ein Holz des Lebens ist sie denen, die sie ergreifen? Das besagt dir: Wie ein kleines Stück Holz ein großes in Brand setzt, so schärfen die kleinen Gelehrten die großen. Das ist es, was Rabbi Chanina sagte: Viel habe ich von meinen Lehrern gelernt, von meinen Kollegen mehr als von meinen Lehrern, und von meinen Schülern mehr als von ihnen allen."

Professor Dr. **Edward Schramm**,
Friedrich-Schiller-Universität Jena

Literatur

Felix Ruppert: Die Sozialadäquanz im Strafrecht. – Berlin: Duncker & Humblot, 2020. (Strafrechtliche Abhandlungen. Neue Folge; Bd. 291.) 330 S.; brosch.: 79.90 €. ISBN 978-3-428-15844-7.

1. Dem Rezensenten ist es in seiner langjährigen Beschäftigung mit dem Strafrecht immer wieder passiert, dass er auf die Frage nach der Strafbarkeit eines bestimmten Verhaltens mit „Nein" antwortete, ihm zur Begründung aber nichts Besseres einfiel als die Behauptung: „Das ist sozialadäquat". Warum habe ich nicht einfach dargelegt, dass die Handlung die in den einschlägigen Strafvorschriften aufgestellten gesetzlichen Strafbarkeitsvoraussetzungen nicht erfüllt? Das wäre ein Begründungsmodus, der befriedigen würde, weil er richtig ist. Es ist unbefriedigend, die Überzeugung davon, dass eine Tat keine „Straftat" ist, nicht auf die Nichterfüllung eines Tatbestandsmerkmals, auf das Eingreifen eines Rechtfertigungsgrunds oder auf einen die Schuld ausschließenden Umstand stützen zu können. Sozialadäquanz ist eine floskelhafte scheinargumentative Notlösung, mit der das durch „schulmäßige" Prüfung am Maßstab des geltenden Strafrechts gefundene – vorläufige – Ergebnis der Strafbarkeit korrigiert wird. Für das Unbehagen an diesem Ergebnis bzw. der schwachen Begründung seiner Negation ist entweder der Rezensent selbst oder der Gesetzgeber verantwortlich. Der Rezensent, weil er entweder die Strafrechtsanwendung nicht beherrscht und deswegen das richtige Ergebnis – Straflosigkeit – mit den zur Verfügung stehenden methodischen Instrumenten (z. B. Auslegung des Gesetzestextes) nicht aus dem Strafgesetz abzuleiten vermag, oder weil seine Strafrechtsprüfung zwar korrekt, aber seine rechtliche Intuition – Straflosigkeit – falsch ist, die Tat nämlich sehr wohl alle Strafbarkeitsvoraussetzungen erfüllt und eine Straftat ist (dazu sogleich bezüglich Sportverletzungen). Es könnte aber auch dem Gesetzgeber vorzuwerfen sein, dass er die für die Strafrechtsanwendung benötigten Gesetzestexte nicht im wünschenswerten Maße exakt konturiert hat und es daher möglich ist, dass das Gesetz eine Tat als Straftat abbildet, die im Lichte eines übergeordneten Wertungsmaßstabs keine Straftat sein soll (S. 195–208). Bevor jedoch das, was der Gesetzgeber geschaffen hat, mit „Sozialadäquanz" unterlaufen wird, sollte reflektiert werden, dass die Wertung des Strafgesetzes richtig und die eigene falsch sein könnte.

Dargestellt am Beispiel einer Schädigung der körperlichen Gesundheit durch Fremdeinwirkung im Rahmen eines Sportwettkampfes (S. 41, 255): Angesichts des typischen Verlaufs eines beliebigen 90-minütiges Spiels der Fußballbundesliga muss man sich eigentlich wundern, wieso trotz der zahlreichen Fouls, die Ermahnungen und das Zeigen gelber, gelb-roter oder roter Karten durch den Schiedsrichter nach sich ziehen und nicht selten den gefoulten Spieler für längere Zeit verletzungsbedingt außer Gefecht setzen, keine Strafverfahren wegen vorsätzlicher oder wenigstens fahrlässiger Körperverletzung stattfinden. Ist das so, weil alle diese robusten Aktionen in der Hitze des Gefechts „sozialadäquat" sind (S. 258)? Vielleicht, aber auch Selbstgefährdung, einverständliche Fremdgefährdung, rechtfertigende Einwilligung, erlaubtes Risiko sind dogmatische Ansätze, die in manchem Einzelfall – wenngleich nicht immer – das unerwünschte (?) Ergebnis der Strafbarkeit abwenden. Geht es indessen allein darum, *Bestrafung* des foulenden Sportlers zu vermeiden, ist die Negierung der materiellrechtlichen Strafbarkeitsvoraussetzungen nicht der einzige, also kein alternativloser Lösungsweg. Auch gravierende Verletzungen, an deren Tatbestandsmäßigkeit nicht zu zweifeln ist, verstricken den Verursacher in der Regel nicht in ein Strafverfahren. Da der Fußballplatz kein rechtsfreier Raum ist, dürfte das daran liegen, dass der Verletzte den gemäß § 230 StGB erforderlichen Strafantrag nicht stellt und die Staatsanwaltschaft ein „besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung" nicht erkennt oder ein Einschreiten von Amts wegen nicht „für geboten hält". Vereinzelt – bei Körperverletzungen allerdings nur gemäß § 46a StGB – ermöglicht auf der Ebene des Sanktionenrechts die den Strafverfolgungsorganen (der Staatsanwaltschaft gemäß § 153b StPO) erteilte Ermächtigung zum Absehen von Bestrafung eine praktische Entpönalisierung trotz materiellstrafrechtlich begründeter Strafbarkeit. Generell gestattet § 153 StPO bei geringfügigen Vergehen eine sanktionslose Lösung des strafrechtlichen Konflikts in Bezug auf Taten, an deren strafrechtlicher Qualität kein Zweifel besteht, da ansonsten § 170 Abs. 2 StPO der richtige Weg aus dem Verfahren wäre. Ausschluss der Strafbarkeit qua „Sozialadäquanz" ist also mitunter nicht unbedingt notwendig, um einer unangemessenen, unverhältnismäßigen *Sanktionierung mit Strafe* zu entgehen. Zu erwähnen ist schließlich das Sonderrechtsgebiet Jugendstrafrecht, wo die Qualifizierung der Taten als Straftaten keinen anderen Regeln folgt als in der Welt der Erwachsenendelinquenz (§ 2 Abs. 2 JGG) und dennoch die Bestrafung im eigentlichen Sinn eine recht seltene Ausnahme ist, §§ 5, 17 Abs. 2 JGG. Trotz mangelnder Strafwürdigkeit kann eine erzieherische Reaktion auf jugendliches Fehlverhalten sinnvoll und angemessen sein. Diese würde jedoch durch eine mit „Sozialadäquanz" begründete Aussonderung von Taten aus dem Prozess strafrechtlicher Sozialkontrolle auf der Tatbestandsebene verhindert. Die Zurückdrängung des Strafrechts ginge hier also zu weit. Abschließend sei noch daran erinnert, dass eine Verhaltensbewertung, die das Schwert des Strafrechts als zu scharf erachtet und deshalb eine Herausnahme des Verhaltensmusters aus dem Straftatbestand für geboten hält, keine Grundlage dafür ist, der Gesetzgebung jegliche präventive oder repressive Behandlung zu verbieten. Strafrecht als „ultima ratio" kommt gerade dann zur Geltung, wenn dem Unrecht

DOI: 10.1628/jz-2022-0195
ISSN 0022-6882
© Mohr Siebeck 2022

des Eingesperrtseins, gedauert hat, noch ob der Eingesperrte sich der dadurch herbeigeführten Freiheitsbeschränkung überhaupt bewußt geworden ist" (*RGSt* 7, 259, 260).

Nun zeigt der Autor dieser Zeilen nicht mit dem Finger auf die Handvoll Kommentatorinnen und Kommentatoren, die behaupten, das Reichsgericht habe genau das Gegenteil gesagt, stellt sie nicht an den Pranger und verzichtet an dieser Stelle auf die Nennung von Namen: Wer im Glashaus sitzt, sollte nicht mit Steinen werfen, sondern vielmehr Buße tun und seinen Herrgott um Vergebung seiner wissenschaftlichen Schuld bitten. Viele Jahre hat auch er den Studierenden dieses Märchen von der „Dauer eins Vaterunsers" erzählt, bis sich im vergangenen Wintersemester ein aufmerksamer, durch seinen katholischen Glauben für das Thema besonders sensibilisierter Student nach der Vorlesung zu den Freiheitsdelikten bei ihm gemeldet und ihn zu seiner größten Verblüffung darüber aufgeklärt hat, dass das Reichsgericht genau das Gegenteil sage. Die Überprüfung hat, wie eben ausgeführt, dies bestätigt: Der Student Markus Bauseler, so sein Name, hat Recht. Bravo! So lehrt uns diese kleine Episode nicht nur, wie leichtfertig Juristen zuweilen rechtlichen Behauptungen in zugegebenermaßen renommiertesten Publikationen glauben, sondern auch, wie lange sich solche Irrtümer in den Büchern und Köpfen festsetzen. Doch beschleicht einen zugleich das traurige Gefühl, dass man als Dozent diese wunderbare und einprägsame Auslegungsanekdote des Reichsgerichts nicht mehr „im Hörsaal bringen", sondern dass sie allenfalls als Beweis für oberflächliche Recherchen dienen kann. Schwerer wiegt aber beim Verfasser dieser Zeilen die Freude darüber, dass ein Student im dritten Semester die von einem Professor aufgestellte Behauptung überprüft, indem er in die Bibliothek geht, den alten Reichsgerichtsband aufschlägt, sehr genau die Entscheidung liest, sich verwundert die Augen reibt und am Ende zur wissenschaftlichen Wahrheitsfindung beiträgt. Zeigt sich in diesem Vorgang nicht in einem doppelten Sinne – Wahrheit? Im Talmud heißt es einmal: „Rabbi Nachmann, Jizchaks Sohn, sagte: Warum werden die Worte der Weisung mit Holz verglichen, wie es heißt: Ein Holz des Lebens ist sie denen, die sie ergreifen? Das besagt dir: Wie ein kleines Stück Holz ein großes in Brand setzt, so schärfen die kleinen Gelehrten die großen. Das ist es, was Rabbi Chanina sagte: Viel habe ich von meinen Lehrern gelernt, von meinen Kollegen mehr als von meinen Lehrern, und von meinen Schülern mehr als von ihnen allen."

Professor Dr. **Edward Schramm**,
Friedrich-Schiller-Universität Jena

Literatur

Felix Ruppert: Die Sozialadäquanz im Strafrecht. – Berlin: Duncker & Humblot, 2020. (Strafrechtliche Abhandlungen. Neue Folge; Bd. 291.) 330 S.; brosch.: 79.90 €. ISBN 978-3-428-15844-7.

1. Dem Rezensenten ist es in seiner langjährigen Beschäftigung mit dem Strafrecht immer wieder passiert, dass er auf die Frage nach der Strafbarkeit eines bestimmten Verhaltens mit „Nein" antwortete, ihm zur Begründung aber nichts Besseres einfiel als die Behauptung: „Das ist sozialadäquat". Warum habe ich nicht einfach dargelegt, dass die Handlung die in den einschlägigen Strafvorschriften aufgestellten gesetzlichen Strafbarkeitsvoraussetzungen nicht erfüllt? Das wäre ein Begründungsmodus, der befriedigen würde, weil er richtig ist. Es ist unbefriedigend, die Überzeugung davon, dass eine Tat keine „Straftat" ist, nicht auf die Nichterfüllung eines Tatbestandsmerkmals, auf das Eingreifen eines Rechtfertigungsgrunds oder auf einen die Schuld ausschließenden Umstand stützen zu können. Sozialadäquanz ist eine floskelhafte scheinargumentative Notlösung, mit der das durch „schulmäßige" Prüfung am Maßstab des geltenden Strafrechts gefundene – vorläufige – Ergebnis der Strafbarkeit korrigiert wird. Für das Unbehagen an diesem Ergebnis bzw. der schwachen Begründung seiner Negation ist entweder der Rezensent selbst oder der Gesetzgeber verantwortlich. Der Rezensent, weil er entweder die Strafrechtsanwendung nicht beherrscht und deswegen das richtige Ergebnis – Straflosigkeit – mit den zur Verfügung stehenden methodischen Instrumenten (z. B. Auslegung des Gesetzestextes) nicht aus dem Strafgesetz abzuleiten vermag, oder weil seine Strafrechtsprüfung zwar korrekt, aber seine rechtliche Intuition – Straflosigkeit – falsch ist, die Tat nämlich sehr wohl alle Strafbarkeitsvoraussetzungen erfüllt und eine Straftat ist (dazu sogleich bezüglich Sportverletzungen). Es könnte aber auch dem Gesetzgeber vorzuwerfen sein, dass er die für die Strafrechtsanwendung benötigten Gesetzestexte nicht im wünschenswerten Maße exakt konturiert hat und es daher möglich ist, dass das Gesetz eine Tat als Straftat abbildet, die im Lichte eines übergeordneten Wertungsmaßstabs keine Straftat sein soll (S. 195–208). Bevor jedoch das, was der Gesetzgeber geschaffen hat, mit „Sozialadäquanz" unterlaufen wird, sollte reflektiert werden, dass die Wertung des Strafgesetzes richtig und die eigene falsch sein könnte.

Dargestellt am Beispiel einer Schädigung der körperlichen Gesundheit durch Fremdeinwirkung im Rahmen eines Sportwettkampfes (S. 41, 255): Angesichts des typischen Verlaufs eines beliebigen 90-minütiges Spiels der Fußballbundesliga muss man sich eigentlich wundern, wieso trotz der zahlreichen Fouls, die Ermahnungen und das Zeigen gelber, gelb-roter oder roter Karten durch den Schiedsrichter nach sich ziehen und nicht selten den gefoulten Spieler für längere Zeit verletzungsbedingt außer Gefecht setzen, keine Strafverfahren wegen vorsätzlicher oder wenigstens fahrlässiger Körperverletzung stattfinden. Ist das so, weil alle diese robusten Aktionen in der Hitze des Gefechts „sozialadäquat" sind (S. 258)? Vielleicht, aber auch Selbstgefährdung, einverständliche Fremdgefährdung, rechtfertigende Einwilligung, erlaubtes Risiko sind dogmatische Ansätze, die in manchem Einzelfall – wenngleich nicht immer – das unerwünschte (?) Ergebnis der Strafbarkeit abwenden. Geht es indessen allein darum, *Bestrafung* des foulenden Sportlers zu vermeiden, ist die Negierung der materiellrechtlichen Strafbarkeitsvoraussetzungen nicht der einzige, also kein alternativloser Lösungsweg. Auch gravierende Verletzungen, an deren Tatbestandsmäßigkeit nicht zu zweifeln ist, verstricken den Verursacher in der Regel nicht in ein Strafverfahren. Da der Fußballplatz kein rechtsfreier Raum ist, dürfte das daran liegen, dass der Verletzte den gemäß § 230 StGB erforderlichen Strafantrag nicht stellt und die Staatsanwaltschaft ein „besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung" nicht erkennt oder ein Einschreiten von Amts wegen nicht „für geboten hält". Vereinzelt – bei Körperverletzungen allerdings nur gemäß § 46a StGB – ermöglicht auf der Ebene des Sanktionenrechts die den Strafverfolgungsorganen (der Staatsanwaltschaft gemäß § 153b StPO) erteilte Ermächtigung zum Absehen von Bestrafung eine praktische Entpönalisierung trotz materiellstrafrechtlich begründeter Strafbarkeit. Generell gestattet § 153 StPO bei geringfügigen Vergehen eine sanktionslose Lösung des strafrechtlichen Konflikts in Bezug auf Taten, an deren strafrechtlicher Qualität kein Zweifel besteht, da ansonsten § 170 Abs. 2 StPO der richtige Weg aus dem Verfahren wäre. Ausschluss der Strafbarkeit qua „Sozialadäquanz" ist also mitunter nicht unbedingt notwendig, um einer unangemessenen, unverhältnismäßigen *Sanktionierung mit Strafe* zu entgehen. Zu erwähnen ist schließlich das Sonderrechtsgebiet Jugendstrafrecht, wo die Qualifizierung der Taten als Straftaten keinen anderen Regeln folgt als in der Welt der Erwachsenendelinquenz (§ 2 Abs. 2 JGG) und dennoch die Bestrafung im eigentlichen Sinn eine recht seltene Ausnahme ist, §§ 5, 17 Abs. 2 JGG. Trotz mangelnder Strafwürdigkeit kann eine erzieherische Reaktion auf jugendliches Fehlverhalten sinnvoll und angemessen sein. Diese würde jedoch durch eine mit „Sozialadäquanz" begründete Aussonderung von Taten aus dem Prozess strafrechtlicher Sozialkontrolle auf der Tatbestandsebene verhindert. Die Zurückdrängung des Strafrechts ginge hier also zu weit. Abschließend sei noch daran erinnert, dass eine Verhaltensbewertung, die das Schwert des Strafrechts als zu scharf erachtet und deshalb eine Herausnahme des Verhaltensmusters aus dem Straftatbestand für geboten hält, keine Grundlage dafür ist, der Gesetzgebung jegliche präventive oder repressive Behandlung zu verbieten. Strafrecht als „ultima ratio" kommt gerade dann zur Geltung, wenn dem Unrecht

DOI: 10.1628/jz-2022-0195
ISSN 0022-6882
© Mohr Siebeck 2022

mit weniger gravierenden rechtlichen Mitteln begegnet werden kann. Die hektische und laute Welt des Straßenverkehrs ist eine Fundgrube von Behinderungen und Belästigungen, die „hart an der Grenze" von § 185 StGB, § 223 StGB, § 239 StGB oder § 240 StGB liegen mögen (Rempeln, Drängeln, Hupen, Schimpfen …), aber das erforderliche Maß an Strafwürdigkeit nicht aufweisen und deshalb *nicht strafbar* sind. Dies hält aber den Gesetz- und Verordnungsgeber zu Recht nicht von einem gemilderten bußgeldrechtlichen Unwerturteil und einer korrespondierenden geringen Sanktionsdrohung mit Geldbuße ab, § 24 StVG, §§ 1 Abs. 2, 49 Abs. 1 Nr. 1 StVO.

2. Nach Auffassung des *Verf.* existiert ein großer Bereich von Tatmustern, die sich infolge Subsumtion als straftatbestandsmäßige Verhaltensweisen präsentieren, aber keinen dem Tatbestand entsprechenden Unrechtsgehalt haben, weil sie als „sozialadäquat" zu bewerten sind. Obwohl der *Verf.* auf die oben erwähnten rechtlichen Instrumente wie Strafantragserfordernis usw. nicht eingeht, hält er sie offenbar nicht für geeignet zur Vermeidung unangemessener Sanktionierung sozialadäquater Handlungen, die wegen des Mangels an Verhaltensunwert schon nicht vom Tatbestand erfasst werden dürften. Eine Tat, die nicht bestraft wird, weil Staatsanwaltschaft und/oder Gericht von § 153 StPO Gebrauch machen, ist nicht sozialadäquat. Mit dieser Ansicht steht der *Verf.* nicht allein, wie die Bestandsaufnahme auf den Seiten 27 bis 101 eindrucksvoll belegt. Dem stimme ich – von der Sportwettkampfverletzung abgesehen – zu. Sozialadäquaten Handlungen fehlt nicht nur der spezifisch strafwürdigkeitsbegründende Unrechtsgehalt, sie sind überhaupt kein materielles Unrecht. Daher wäre auch ihre Normierung als Ordnungswidrigkeiten verfehlt, wäre die Zuerkennung von Notwehr gegen sie eine Umkehrung des Satzes „Das Recht hat dem Unrecht nicht zu weichen", wäre polizeiliches Einschreiten ein Fehlgebrauch hoheitlicher Gewalt und wären zivilrechtliche Ansprüche auf Unterlassung (§ 1004 BGB) oder Schadensersatz (§ 823 BGB) nicht zu begründen. Auf diese Handlungen sollten sich die Tatbestände der Strafgesetze nicht beziehen. Jedoch ist dem Gesetzgeber eine dies gewährleistende restriktive Gestaltung der Strafnormen nicht gelungen (S. 205). Das naheliegende Rezept, durch eine einschränkende Auslegung dafür geeigneter Merkmale formelle Tatbestandsmäßigkeit und materielle Strafwürdigkeit miteinander in Einklang zu bringen, verwirft der *Verf.* Teilweise hat er damit wohl Recht. Auslegung ist nur innerhalb der Wortlautgrenze möglich (secundum legem). Ein Ergebnis, das sich gegen den Wortlaut stellt (praeter, contra legem), ist nicht Auslegung, sondern Reduktion der Norm (S. 139). Manche wegen Sozialadäquanz dem Tatbestand entzogene Handlungen erfüllen den Tatbestand, wie der von seinem Gegner schmerzhaft gefoulte Fußballspieler bestätigen wird (S. 255). Entgegen dem *Verf.* führt hier aber keine „metateleologische Reduktion" (dazu sogleich) auf Tatbestandsebene aus der Strafbarkeit (S. 259). Der tatsächlichen Interessenlage der sportlichen Kontrahenten am nächsten kommt eine quasikontraktuelle Konstruktion, wonach die Akteure zwar nicht in die individuell erlittenen Blessuren einwilligen, aber im gegenseitigen Einvernehmen den Wettkampf als Ganzen mit seinen immanenten Risiken annehmen und auf die Herbeiführung strafrechtlicher Folgen konkludent verzichten. Denn dies kommt jedem Beteiligten zugute, jeder kann Täter und Opfer sein.

Als Schlüssel zur Lösung aller Probleme der Sozialadäquanz – gleich einem Passepartout – präsentiert der *Verf.* die „metateleologische Reduktion" (S. 222). Ich hatte zugegebenermaßen dieses Wort zuvor noch nie gelesen oder gehört. Während die allseits bekannte „teleologische Reduktion" an dem einzelnen Tatbestand ansetzt, nach dessen Zweckbestimmung (Schutz eines bestimmten Rechtsgutes) fahndet und sodann die Konkordanz von Zweck und Tatbestand durch Verengung des tatbestandlichen Anwendungsbereichs herstellt (S. 223), geht die „metateleologische" Reduktion vom übergeordneten – „über dem Straftatbestand schwebenden" (S. 245) – Zweck der Strafe und dem Strafrecht als Ganzem aus (S. 224). Verfehle eine Strafbarkeit diesen universalen Zweck, müsse der Tatbestand, dem dieses zweckfremde Ergebnis entspringt, eingeschränkt werden. Das sei die dogmatische Funktion der Sozialadäquanz (S. 218). Was den Zweck der Strafe und des sie begründenden Strafrechts anbelangt, folgt der *Verf.* der herrschenden Auffassung von der Vereinigung mehrerer, verschiedener Strafzwecke, was sich auch in der Gestaltung des StGB explizit niederschlage (S. 217). Wo die Anwendung des Strafrechts auf den konkreten Fall diese Zwecke verfehle, sei der Straftatbestand zu weit gefasst. Diese Fälle müssten dem Tatbestand entzogen werden. Erreicht werde dies mit der Rechtsfigur Sozialadäquanz (S. 218). Zweckverfehlung erkenne man daran, dass die Strafe keine positiv-generalpräventive Wirkung entfalten könne, weil das Verhalten von der Gesellschaft nicht negativ bewertet, sondern akzeptiert werde (S. 219). „Gesellschaftliche Akzeptanz" ist das Zauberwort, das dem Leser auf den letzten ca. 50 Seiten des Buches ständig begegnet. Insbesondere in dem Kapitel „Ausgewählte Anwendungsfälle der Sozialadäquanz" (S. 251–285) taucht es gefühlt auf jeder Seite durchschnittlich fünf Mal auf. Verhaltensweisen, die von der Gesellschaft gebilligt würden, seien sozialadäquat und folglich – auf Grund der metateleologischen Tatbestandsbeschränkung – nicht tatbestandsmäßig (S. 230). Allgemeingültige Kriterien der Sozialadäquanz ließen sich jedoch nicht festlegen. Denn die „Triebfedern gesellschaftlicher Akzeptanz" seien vielfältig (S. 239). Es komme immer auf den konkreten Einzelfall an (S. 241, 250, 284). Insbesondere habe das Rechtsgut keinen Einfluss auf das Adäquanzurteil. Als einziges generelles Negativkriterium zur Verneinung von Sozialadäquanz erkennt der *Verf.* die „Pervertierung" gesellschaftlich akzeptierter Verhaltensmuster an. Verfolge der Täter unter dem Deckmantel der Sozialadäquanz verwerfliche Ziele, die von der Gesellschaft nicht gebilligt werden, erfahre auch das zielgerichtete Verhalten keine gesellschaftliche Anerkennung (S. 247, 254, 260).

3. Dieses Buch, das ich – anders als Kollege *Rosenau* (ZIS 2021, 472 [474]) – als sprachlich unangenehm empfunden habe, vermag mich inhaltlich nicht zu überzeugen. Es bestätigt leider eine Beobachtung, über die ich mich in ZIS 2020, 522 ausgelassen hatte. Die ersten ca. 170 Seiten (S. 21–194) bringen ohnehin nichts Neues. Der originell erscheinende eigene Ansatz des *Verf.* hat für mich zu wenig Substanz. Hinter dem gebetsmühlenhaften Beschwören der „gesellschaftlichen Akzeptanz" ist das Fehlen sachlicher Kriterien zur Strafrechtseinschränkung nicht zu verbergen. Gesellschaftliche Akzeptanz ist entgegen dem *Verf.* kein „maßgebliches" (S. 250) Kriterium, wenn nicht die normativ relevanten Gründe dieser Akzeptanz aufgedeckt sind. Da es um Verhaltensweisen geht, die formal von einem Straftatbestand erfasst werden, liegt es nahe, die materiellen Erwägungen auszuschöpfen, denen die jeweilige Strafvorschrift ihre legitime Existenz verdankt. Wieso also braucht man einen „über den Straftatbeständen schwebenden" Zweck des Strafrechts („Telos des Gesamtsystems", S. 224), wenn es darum geht, den legislatorisch zu weit geratenen Anwendungsbereich *einzelner Straftatbestände* auf das rechte Maß zurückzustutzen? Dafür eignet sich, sofern es nicht schon durch Auslegung zu erreichen ist, die tatbestandsbezogene teleologische Reduktion mindestens ebenso gut. Vor allem stehen dabei mit dem Grundgesetz (Verhältnismäßigkeit), dem Rechtsgut und seiner Beeinträchtigung (abstrakte, konkrete Gefährdung, Verletzung) Anknüpfungspunkte zur Verfügung, die als Maßstab für die normativ begründete Trennung strafwürdiger von nicht strafwürdigen Taten geeignet sind. Das wird vom *Verf.* anerkannt („Klaviatur der Strafbarkeitsrestriktionen", S. 239). Warum gleichwohl das Rechtsgut keine „Auswirkungen auf die Sozialadäquanz" entfalte (S. 239), erschließt sich mir nicht. Mein Haupteinwand gegen diese Arbeit aber ist: Unklar bleibt, wer eigentlich die „Gesellschaft" ist, deren Akzeptanzurteil im Konzept des *Verf.* eine derart überragende Bedeutung zukommt. Demoskopische Erhebungen der Stimmungen in der Bevölkerung als forensisch relevantes Instrumentarium zur Gewährleistung richtiger Strafrechtsanwendung können ja nicht gemeint sein. Die rein tatsächlich von einer Mehrheit beanstandungslos geübte Praxis (Delinquenz als „Volkssport") ist kein verlässliches Indiz, da ansonsten die stillschweigend geduldeten massenhaften Regelverstöße im Straßenverkehr eine Umwertung erführen, die sie nicht verdienen. Auch der *Verf.* betont wiederholt zu Recht, dass faktische Üblichkeit nicht mit normativer Akzeptanz gleichzusetzen sei (S. 238). Sozialadäquat können von der Gesellschaft akzeptierte Taten nur sein, wenn die Gesellschaft sie akzeptieren *darf*. Das zu beurteilen, ist ein komplexer Wertungs- und Abwägungsprozess, an dem in einem demokratischen Gemeinwesen gewiss auch die Bürger mitwirken. Für die Aufstellung der verbindlichen Regeln sind aber letztlich die dazu verfassungsrechtlich berufenen gesetz- und verordnungsgebenden Organe zuständig. Dass deren Entscheidungen bzw. ihre Auslegung durch Rechtswissenschaft und praktische Umsetzung durch Rechtspflege nicht immer im Einklang stehen mit den Wertvorstellungen in der Bevölkerung, konnte vor einigen Jahren eindrucksvoll durch eine „Dresdner Notwehrstudie" belegt werden. Sollte jemals eine Forderung nach „Todesstrafe für Kinderschänder" hohe Zustimmungswerte im Volk erzielen, stünden immer noch Art. 102 GG und Art. 79 Abs. 2 GG als Bollwerk populistischen Verirrungen der Strafrechtsentwicklung entgegen. In Wahrheit korreliert die Sozialadäquanz nicht mit der Akzeptanz der Gesellschaft, sondern mit dem Urteil darüber, was für die Gesellschaft nach geltendem Recht akzeptabel ist. Das bestimmen nicht quivis ex populo, sondern Rechtskundige, die dafür ausgebildet sind, Berufserfahrung und geschultes Urteilsvermögen haben. Die „Angleichung von Recht und Telos" ist „seitens des Richters zwingend zu prüfen", stellt der *Verf.* fest (S. 250). Das ist richtig. Auf eine „metateleologische Reduktion" wird sich der Richter bei Erfüllung dieser Aufgabe jedoch vermutlich nicht stützen.

Professor Dr. **Wolfgang Mitsch**, Potsdam

Bürgerliches Recht. Datenschutzrecht

Der BGH hat zum wiederholten Mal über Klagen von Ärztinnen und Ärzten gegen die Betreiberin eines Internet-Bewertungsportals entschieden. Im Zentrum standen datenschutzrechtliche Unterlassungsansprüche. Boris Paal stimmt dem VI. Zivilsenat hinsichtlich der Ablehnung des sogenannten Medienprivilegs zu Gunsten der Portalbetreiberin sowie im Wesentlichen auch der Interessenabwägung im Rahmen der Rechtmäßigkeitsprüfung der Datenverarbeitung durch die Portalbetreiberin am Maßstab des Art. 6 DS-GVO zu. Insbesondere stehe der unterschiedlichen Behandlung von zahlenden und nicht zahlenden Ärzten kein strenges Gleichbehandlungsgebot entgegen, vielmehr sei auch insoweit eine Einzelfallprüfung der Interessen von Ärztinnen, Portalbetreiberin und Portalnutzern geboten.

DS-GVO Art. 6 Abs. 1 Satz 1 f, Art. 17 Abs. 1, Art. 21 Abs. 1, Art. 85 Abs. 2; EUGrundrechtecharta Art. 11 Abs. 1; BayDSG Art. 38 Abs. 1.+

a) Der Betreiber eines Ärztebewertungsportals unterliegt keinem strengen Gleichbehandlungsgebot in dem Sinne, dass eine Ungleichbehandlung von Ärzten, die keine (zahlenden) Kunden des Portalbetreibers sind, einerseits und Ärzten, die für ihr Profil bezahlen, andererseits stets zur Unzulässigkeit der Verarbeitung der personenbezogenen Daten von nichtzahlenden Ärzten führt, die der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten im Portalbetrieb widersprochen haben. Maßgeblich ist vielmehr, welche konkreten Vorteile der Portalbetreiber zahlenden gegenüber nichtzahlenden Ärzten gewährt und ob die sich daraus ergebende Ungleichbehandlung in einer Gesamtschau mit allen anderen Umständen des konkreten Einzelfalls dazu führt, dass die Interessen des gegen seinen Willen in das Portal aufgenommenen Arztes die berechtigten Interessen des Portalbetreibers und vor allem der Portalnutzer überwiegen (Fortführung Senatsurteil v. 20. 2. 2018 – VI ZR 30/17 = BGHZ 217, 340 Rn. 18 – Ärztebewertung III).

b) Zum sogenannten „Medienprivileg" im Sinne des Art. 38 Abs. 1 BayDSG in Verbindung mit Art. 85 Abs. 2 DS-GVO.

BGH, Urteil v. 12. 10. 2021 – VI ZR 489/19 (OLG Köln).

[Die Leitsätze des Urteils vom selben Tag in der Sache VI ZR 488/19 sind identisch.]

DS-GVO Art. 6 Abs. 1 f., Art. 17 Abs. 1, Art. 85 Abs. 2; BayDSG Art. 38 Abs. 1.

a) Zu den Voraussetzungen eines Anspruchs auf Löschung von personenbezogenen Daten in einem Arztsuche- und -bewertungsportal im Internet (www.jameda.de).

b) Zum sogenannten „Medienprivileg" im Sinne des Art. 38 Abs. 1 BayDSG in Verbindung mit Art. 85 Abs. 2 DS-GVO.

BGH, Urteil v. 15. 2. 2022 – VI ZR 692/20 (OLG Frankfurt a. M.).

Anmerkung

Professor Dr. **Boris P. Paal**, M.Jur. (Oxford), Leipzig*

BGH – Ärztebewertung IV–VI: Interessenabwägung, Neutralitätspflichten und Gleichbehandlungsgebot

Die im Zentrum dieses Beitrags stehenden *BGH*-Urteile „Ärztebewertung IV"[1] und „Ärztebewertung V"[2] vom Oktober 2021 behandeln einmal mehr[3] die praxisrelevante Frage, ob und inwieweit Ärzte es ohne Einwilligung hinnehmen müssen, auf Online-Bewertungsportalen geführt zu werden. Charakteristisch für solche Bewertungsportal-Sachverhalte sind multipolare Interessenlagen betreffend die bewerteten Ärzte, die bewertenden Portalnutzer, die Bewertungsportalbetreiber und die durch die passiven Portalnutzer repräsentierte Öffentlichkeit. Mit den hierdurch eröffneten Konfliktlagen hatte sich der VI. Zivilsenat des *BGH* im Rahmen von Löschungs- und Unterlassungsbegehren klagender Ärzte in zwei Verfahren (vor allem) auf der Grundlage und am Maßstab des Datenschutzrechts auseinanderzusetzen. Zu klären war hier insbesondere, ob und unter welchen Umständen eine Portalbetreiberin zahlenden Ärzten eine vorteilhaft(er)e Präsenz auf dem jeweiligen Bewertungsportal einräumen darf. Damit war für das Gericht in den Entscheidungen „Ärztebewertung IV und V" die Gelegenheit eröffnet, seine im Februar 2018 in der Entscheidung „Ärztebewertung III" entwickelten Maßstäbe in Ansehung der nunmehr geltenden DSGVO zu überprüfen und bezüglich der streitbefangenen Konstellationen zu konkretisieren. Entscheidend war dabei die grundrechtsgebundene Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO in Ansehung von Neutralitätspflichten und Gleichbehandlungsgebot. Darüber hinaus wird auf die Entscheidung „Ärztebewertung VI"[4] vom Februar 2022 einzugehen sein, in der der *BGH* in einem vergleichbar gelagerten Sachverhalt die vorbenannte Aktualisierung und Konkretisierung der Maßstäbe zur Interessenabwägung bestätigte sowie sich zudem mit weiteren Argumenten einer die Löschung ihres Profils begehrenden Ärztin auseinandersetzte.[5]

I. Sachverhalt

Die Bekl. betreibt ein Internetportal, auf dem Nutzer persönliche Bewertungen zu von ihnen konsultierten Ärzten auf deren öffentlich einsehbaren Profilen abgeben können. Hierzu veröffentlicht sie ohne Einholung einer (datenschutzrechtlichen) Einwilligung der betroffenen Ärzte jeweils Profile mit deren Stammdaten (das heißt Name, akademischer Grad, berufsbezogene Informationen) und den von aktiven Nutzern abgegebenen Bewertungen. Zudem können Ärzte bei der Bekl. sogenannte Premium-Pakete erwerben, um durch eine kostenpflichtige Mitgliedschaft verschiedene Vorteile und Leistungen zu erhalten, so insbesondere mit Blick auf die Auffindbarkeit und Attraktivität ihrer Pro-

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Informationsrecht, Daten- und Medienrecht sowie Direktor des Instituts für Medien- und Datenrecht sowie Digitalisierung an der Juristenfakultät der Universität Leipzig.

1 *BGH*, Urteil v. 12. 10. 2021 – VI ZR 488/19 – Ärztebewertung IV.
2 *BGH*, Urteil v. 12. 10. 2021 – VI ZR 489/19 – Ärztebewertung V.
3 Zur bisherigen Rechtsprechung: *BGH*, Urteil v. 1. 7. 2014 – VI ZR 345/13 = NJW 2014, 2651 – Ärztebewertung I; *BGH,* Urteil v. 23. 9. 2014 – VI ZR 358/13 – Ärztebewertung II; *BGH*, Urteil v. 20. 2. 2018 – VI ZR 30/17 = GRUR 2018, 636 = MMR 2016, 418 (mit Anm. *Paal*) – Ärztebewertung III.
4 *BGH*, Urteil v. 15. 2. 2022 – VI ZR 692/20 – Ärztebewertung VI.
5 Hierzu gesondert unten III. 2. e.

JuristenZeitung 77, 617–623 DOI: 10.1628/jz-2022-0203
ISSN 0022-6882 © Mohr Siebeck 2022

Bürgerliches Recht. Datenschutzrecht

Der BGH hat zum wiederholten Mal über Klagen von Ärztinnen und Ärzten gegen die Betreiberin eines Internet-Bewertungsportals entschieden. Im Zentrum standen datenschutzrechtliche Unterlassungsansprüche. Boris Paal stimmt dem VI. Zivilsenat hinsichtlich der Ablehnung des sogenannten Medienprivilegs zu Gunsten der Portalbetreiberin sowie im Wesentlichen auch der Interessenabwägung im Rahmen der Rechtmäßigkeitsprüfung der Datenverarbeitung durch die Portalbetreiberin am Maßstab des Art. 6 DS-GVO zu. Insbesondere stehe der unterschiedlichen Behandlung von zahlenden und nicht zahlenden Ärzten kein strenges Gleichbehandlungsgebot entgegen, vielmehr sei auch insoweit eine Einzelfallprüfung der Interessen von Ärztinnen, Portalbetreiberin und Portalnutzern geboten.

DS-GVO Art. 6 Abs. 1 Satz 1 f, Art. 17 Abs. 1, Art. 21 Abs. 1, Art. 85 Abs. 2; EUGrundrechtecharta Art. 11 Abs. 1; BayDSG Art. 38 Abs. 1.+

a) Der Betreiber eines Ärztebewertungsportals unterliegt keinem strengen Gleichbehandlungsgebot in dem Sinne, dass eine Ungleichbehandlung von Ärzten, die keine (zahlenden) Kunden des Portalbetreibers sind, einerseits und Ärzten, die für ihr Profil bezahlen, andererseits stets zur Unzulässigkeit der Verarbeitung der personenbezogenen Daten von nichtzahlenden Ärzten führt, die der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten im Portalbetrieb widersprochen haben. Maßgeblich ist vielmehr, welche konkreten Vorteile der Portalbetreiber zahlenden gegenüber nichtzahlenden Ärzten gewährt und ob die sich daraus ergebende Ungleichbehandlung in einer Gesamtschau mit allen anderen Umständen des konkreten Einzelfalls dazu führt, dass die Interessen des gegen seinen Willen in das Portal aufgenommenen Arztes die berechtigten Interessen des Portalbetreibers und vor allem der Portalnutzer überwiegen (Fortführung Senatsurteil v. 20. 2. 2018 – VI ZR 30/17 = BGHZ 217, 340 Rn. 18 – Ärztebewertung III).

b) Zum sogenannten „Medienprivileg" im Sinne des Art. 38 Abs. 1 BayDSG in Verbindung mit Art. 85 Abs. 2 DS-GVO.

BGH, Urteil v. 12. 10. 2021 – VI ZR 489/19 (OLG Köln).

[Die Leitsätze des Urteils vom selben Tag in der Sache VI ZR 488/19 sind identisch.]

DS-GVO Art. 6 Abs. 1 f., Art. 17 Abs. 1, Art. 85 Abs. 2; BayDSG Art. 38 Abs. 1.

a) Zu den Voraussetzungen eines Anspruchs auf Löschung von personenbezogenen Daten in einem Arztsuche- und -bewertungsportal im Internet (www.jameda.de).

b) Zum sogenannten „Medienprivileg" im Sinne des Art. 38 Abs. 1 BayDSG in Verbindung mit Art. 85 Abs. 2 DS-GVO.

BGH, Urteil v. 15. 2. 2022 – VI ZR 692/20 (OLG Frankfurt a. M.).

Anmerkung

Professor Dr. **Boris P. Paal**, M.Jur. (Oxford), Leipzig*

BGH – Ärztebewertung IV–VI: Interessenabwägung, Neutralitätspflichten und Gleichbehandlungsgebot

Die im Zentrum dieses Beitrags stehenden *BGH*-Urteile „Ärztebewertung IV"[1] und „Ärztebewertung V"[2] vom Oktober 2021 behandeln einmal mehr[3] die praxisrelevante Frage, ob und inwieweit Ärzte es ohne Einwilligung hinnehmen müssen, auf Online-Bewertungsportalen geführt zu werden. Charakteristisch für solche Bewertungsportal-Sachverhalte sind multipolare Interessenlagen betreffend die bewerteten Ärzte, die bewertenden Portalnutzer, die Bewertungsportalbetreiber und die durch die passiven Portalnutzer repräsentierte Öffentlichkeit. Mit den hierdurch eröffneten Konfliktlagen hatte sich der VI. Zivilsenat des *BGH* im Rahmen von Löschungs- und Unterlassungsbegehren klagender Ärzte in zwei Verfahren (vor allem) auf der Grundlage und am Maßstab des Datenschutzrechts auseinanderzusetzen. Zu klären war hier insbesondere, ob und unter welchen Umständen eine Portalbetreiberin zahlenden Ärzten eine vorteilhaft(er)e Präsenz auf dem jeweiligen Bewertungsportal einräumen darf. Damit war für das Gericht in den Entscheidungen „Ärztebewertung IV und V" die Gelegenheit eröffnet, seine im Februar 2018 in der Entscheidung „Ärztebewertung III" entwickelten Maßstäbe in Ansehung der nunmehr geltenden DSGVO zu überprüfen und bezüglich der streitbefangenen Konstellationen zu konkretisieren. Entscheidend war dabei die grundrechtsgebundene Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO in Ansehung von Neutralitätspflichten und Gleichbehandlungsgebot. Darüber hinaus wird auf die Entscheidung „Ärztebewertung VI"[4] vom Februar 2022 einzugehen sein, in der der *BGH* in einem vergleichbar gelagerten Sachverhalt die vorbenannte Aktualisierung und Konkretisierung der Maßstäbe zur Interessenabwägung bestätigte sowie sich zudem mit weiteren Argumenten einer die Löschung ihres Profils begehrenden Ärztin auseinandersetzte.[5]

I. Sachverhalt

Die Bekl. betreibt ein Internetportal, auf dem Nutzer persönliche Bewertungen zu von ihnen konsultierten Ärzten auf deren öffentlich einsehbaren Profilen abgeben können. Hierzu veröffentlicht sie ohne Einholung einer (datenschutzrechtlichen) Einwilligung der betroffenen Ärzte jeweils Profile mit deren Stammdaten (das heißt Name, akademischer Grad, berufsbezogene Informationen) und den von aktiven Nutzern abgegebenen Bewertungen. Zudem können Ärzte bei der Bekl. sogenannte Premium-Pakete erwerben, um durch eine kostenpflichtige Mitgliedschaft verschiedene Vorteile und Leistungen zu erhalten, so insbesondere mit Blick auf die Auffindbarkeit und Attraktivität ihrer Pro-

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Informationsrecht, Daten- und Medienrecht sowie Direktor des Instituts für Medien- und Datenrecht sowie Digitalisierung an der Juristenfakultät der Universität Leipzig.

1 *BGH*, Urteil v. 12. 10. 2021 – VI ZR 488/19 – Ärztebewertung IV.
2 *BGH*, Urteil v. 12. 10. 2021 – VI ZR 489/19 – Ärztebewertung V.
3 Zur bisherigen Rechtsprechung: *BGH*, Urteil v. 1. 7. 2014 – VI ZR 345/13 = NJW 2014, 2651 – Ärztebewertung I; *BGH,* Urteil v. 23. 9. 2014 – VI ZR 358/13 – Ärztebewertung II; *BGH*, Urteil v. 20. 2. 2018 – VI ZR 30/17 = GRUR 2018, 636 = MMR 2016, 418 (mit Anm. *Paal*) – Ärztebewertung III.
4 *BGH*, Urteil v. 15. 2. 2022 – VI ZR 692/20 – Ärztebewertung VI.
5 Hierzu gesondert unten III. 2. e.

JuristenZeitung 77, 617–623 DOI: 10.1628/jz-2022-0203
ISSN 0022-6882 © Mohr Siebeck 2022

file. Auf dem Bewertungsportal finden sich sowohl die Basis-Profile der nichtzahlenden als auch die Premium-Profile der zahlenden Ärzte.

Die Kl. sind nichtzahlende Ärzte, die sich aufgrund verschiedener Darstellungsformen auf dem Portal den zahlenden Ärzten gegenüber unzumutbar benachteiligt sahen. Daher begehrten die Kl. die Löschung der sie betreffenden Profile sowie Unterlassung der Wiederveröffentlichung, wenn und soweit das Portal die in den Anträgen näher beschriebenen Merkmale aufweist. Vor den Berufungsgerichten, die nur wenige der angegriffenen Verhaltensweisen der Beklagten für unzulässig erachteten, waren die Kl. nur teilweise erfolgreich:[6] In der Revision vor dem *BGH* verfolgten sie ihr ursprüngliches Unterlassungsbegehren weiter, soweit dieses in der Berufungsinstanz erfolglos geblieben war.

II. Inhalt der Entscheidungen

Der VI. Zivilsenat stützte den Unterlassungsanspruch auf Art. 17 DSGVO („Recht auf Vergessenwerden"), ohne allerdings auf das breit diversifizierte Meinungsspektrum zu Bestehen und Verortung eines solchen Anspruchs einzugehen, wobei durch Gerichte und im Schrifttum hier alternativ vor allem auch auf § 823 Abs. 2, § 1004 BGB (analog) rekurriert wird.[7] Zentral für einen Unterlassungsanspruch im datenschutzrechtlichen Kontext ist jedenfalls die Frage der Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung, womit der Blick vornehmlich auf Art. 6 DSGVO zu richten war.

1. Datenschutzrecht als Prüfungsmaßstab

Aufbau und Inhalt der besprochenen Urteile sind durch die Prüfung eines Unterlassungsanspruchs aus Art. 17 Abs. 1 DSGVO geprägt. Als Rechtsgrundlage für eine Unterlassung kam es in casu im Ausgangspunkt vor allem auf Art. 17 Abs. 1 lit. d DSGVO an, wonach zu prüfen war, ob es sich bei der Aufnahme der Kl. in das Bewertungsportal in der beanstandeten Weise um eine unrechtmäßige Verarbeitung personenbezogener Daten handelte. Das Gericht stellte hierzu fest, dass die in dem Portal geführten Angaben über die Kl. mit Blick auf deren akademischen Grad, Name, Fachrichtung und Praxisanschrift sowie die über sie veröffentlichten Bewertungen jeweils personenbezogene Daten i. S. v. Art. 4 Nr. 1 DSGVO darstellen. Die personenbezogenen Daten werden von der Bekl. im Rahmen ihres Portalbetriebs erhoben, erfasst, geordnet, gespeichert sowie offengelegt und damit i. S. v. Art. 4 Nr. 2 DSGVO verarbeitet. Somit war die Rechtmäßigkeit der betreffenden Datenverarbeitung(en) am Maßstab von Art. 6 Abs. 1 DSGVO zu überprüfen, wobei als Rechtfertigungstatbestand letztlich nur Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO in Betracht kam, da weder eine (datenschutzrechtliche) Einwilligung (lit. a) der Kl. noch ein Vertragsverhältnis (lit. b) zwischen Kl. und Bekl. vorlag.

Konkret war darauf abzustellen, ob die Verarbeitung der personenbezogenen Daten der Kl. durch das Bewertungsportal gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO den berechtigten Interessen der Portalbetreiberin oder Dritten dient und ob nicht die schutzwürdigen Interessen der betroffenen Ärzte überwiegen. Die Beantwortung dieser Fragen, welche eine Erfassung und Abwägung der verschiedenen betroffenen Interessen im Mehrpersonenverhältnis unter Berücksichtigung der konkreten Umstände erfordert, bildete den inhaltlichen Schwerpunkt der Entscheidung und prägt auch die nachfolgenden Überlegungen.

Bevor das Gericht zur Prüfung der dargestellten tatbestandlichen Voraussetzungen des Unterlassungsanspruchs aus Art. 17 Abs. 1 DSGVO gelangte, war allerdings die (Vor-)Frage zu adressieren, ob die Anwendung von Art. 17 DSGVO nicht bereits von vornherein durch das sogenannte Medienprivileg nach Art. 38 Abs. 1 BayDSG i. V. m. Art. 85 Abs. 2 DSGVO ausgeschlossen ist sein könnte.

2. Medienprivileg

Nach Art. 38 Abs. 1 BayDSG i. V. m. Art. 85 Abs. 2 DSGVO könnte (unter anderem) der Anspruch auf Löschung und Unterlassung aus Art. 17 DSGVO ausgeschlossen sein, falls die in Bayern sitzende Portalbetreiberin die in Rede stehenden personenbezogenen Daten der betroffenen Ärzte zu journalistischen Zwecken verarbeitet. Die Eröffnung dieses Medienprivilegs durch die festgestellte Verarbeitung der von Nutzern erstellten Ärztebewertungen durch die Portalbetreiberin verneinte der erkennende Senat, da es vorliegend an einer hinreichenden journalistischen Qualität fehle.[8]

Hierbei erkannte das Gericht zunächst an, dass die das Medienprivileg ausformenden Vorschriften seit der „Ärztebewertung III"-Entscheidung aus dem Jahr 2018 „sowohl auf unionsrechtlicher als auch auf nationaler Ebene im Zuge der Einführung der Datenschutz-Grundverordnung eine Änderung zumindest im Wortlaut"[9] erfuhren. Der VI. Zivilsenat ging gleichwohl davon aus, dass die vor Inkrafttreten der DSGVO im Rahmen früherer Entscheidungen[10] entwickelten Maßstäbe zum Medienprivileg fortgelten. Konkret könne aus dem Verzicht auf das Ausschließlichkeitskriterium im Normtext nicht darauf geschlossen werden, dass der Gesetzgeber das bisherige Medienprivileg „ausweiten und vom Erfordernis eines Mindestmaßes an inhaltlicher Bearbeitung lösen wollte".[11] Insgesamt erfülle „die technische Erfassung von bewertenden Drittbeiträgen, die automatisierte, wenn auch strukturierte, Zusammenstellung von Bewertungen Dritter und das Errechnen von Durchschnitts- und Gesamtnoten"[12] durch die Portalbetreiberin noch nicht das erforderliche Maß an inhaltlicher Bearbeitung, um als eine journalistische Tätigkeit i. S. d. Art. 38 BayDSG qualifiziert werden zu können.

Ein journalistischer Charakter sei überdies auch nicht mit Blick auf die von der Portalbetreiberin implementierten bloßen Missbrauchskontrollen der eingestellten Beiträge anzuerkennen. Insoweit beschränkte sich der erkennende Senat auf die Feststellung, dass es an berücksichtigungsfähigen Sachverhaltsfeststellungen bezüglich einer eigenen meinungsbildenden Tätigkeit der Bekl. fehle. Zuletzt sprach der *BGH* auch den Bewertungen der Nutzer auf dem Bewertungsportal keine hinreichende journalistische Qualität i. S. d. Art. 38 BayDSG i. V. m. Art. 85 Abs. 2 DSGVO zu, weshalb die Verbreitung der Nutzerbewertungen durch die Portalbetreiberin zu keiner abweichenden Bewertung der Datenverarbeitung führe.[13]

3. Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung

Für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO prüfte der VI. Zivilsenat das im Gesetz angelegte dreischrittige Prüfungsprogramm: (1) berechtigte Interessen des Verantwortlichen, (2) Erforderlichkeit der Datenverarbeitung, (3) kein Überwiegen der Interessen der betroffenen Personen. Im ersten Schritt identifizierte das Gericht die berechtigten Interessen, die durch den Betrieb des Bewertungsportals wahrgenommen werden. Es bestehe aufgrund des Informationsgehalts mit Blick auf ärztliche Leistungen ein erhebliches Interesse der Öffentlichkeit an dem Betrieb des Portals.[14] Darüber hinaus nehme die Bekl. die Meinungsfreiheit der aktiven Nutzer wahr, indem sie den Nutzerbewertungen eine Plattform biete. Schließlich verfolge die Portalbetreiberin durch die Verbreitung fremder Meinungen nicht nur schützenswerte gewerbliche Interessen im Sinne ihres Geschäftsmodells, son-

6 Vgl. *OLG Köln*, Urteil v. 14. 11. 2019 – 15 U 89/19 = BeckRS 2019, 28 520; *OLG Köln*, Urteil v. 14. 11. 2019 – 15 U 126/19 = MMR 2020, 186 (mit Anm. *Zipfel*).

7 Siehe hierzu *Paal*, in: *Paal/Pauly* (Hrsg.), DS-GVO BDSG, 3. Aufl., 2021, Art. 17 Rn. 30 m. w. N.; eine hilfreiche Übersicht findet sich bei *Leibold/Laoutoumai* ZD-Aktuell 2021, 05583.

8 *BGH* (Fn. 1), Rn. 14; *BGH* (Fn. 2), Rn. 14.

9 *BGH* (Fn. 1), Rn. 15; *BGH* (Fn. 2), Rn. 15.

10 *BGH*, Urteil v. 23. 6. 2009 – VI ZR 196/08 = JZ 2009, 961 – spick-mich.de; *BGH* v. 20. 2. 2018 (Fn. 3), Rn. 13.

11 *BGH* (Fn. 1), Rn. 18; *BGH* (Fn. 2), Rn. 18.

12 *BGH* (Fn. 1), Rn. 20; *BGH* (Fn. 2), Rn. 20.

13 *BGH* (Fn. 1), Rn. 21; *BGH* (Fn. 2), Rn. 21.

14 *BGH* (Fn. 1), Rn. 24; *BGH* (Fn. 2), Rn. 24.

dern übe darüber hinaus auch ihre grundrechtlich verbürgte Meinungsfreiheit aus.[15]

Der zweite Prüfungsschritt führte zu dem Ergebnis, dass der Umfang der verarbeiteten personenbezogenen Daten zur Verwirklichung der in Rede stehenden Interessen auch erforderlich sei, welche sodann im dritten Schritt mit den Interessen der Kl. in Abwägung zu bringen waren.

In Vorbereitung dieser Interessenabwägung rekurrierte das Gericht auf seine Rechtsprechungslinie aus den Urteilen „Ärztebewertung II" sowie „III" und stellte dar, dass die darin entwickelten Maßstäbe sowie die auf dieser Grundlage getroffenen Wertungen auch unter Geltung der DSGVO relevant und auf die hier zu entscheidenden Fälle übertragbar seien: Danach sollen Ärzte grundsätzlich solche Nachteile hinzunehmen haben, die sich für ihr Ansehen und ihre berufliche Betätigung daraus zu ergeben drohen, dass sie von Nutzern eines Bewertungsportals öffentlich bewertet werden. Die mit der Bewertung einhergehende Beeinträchtigung der Sozialsphäre der Ärzte werde durch das erhebliche Interesse der Öffentlichkeit an Informationen über ärztliche Dienstleistungen überwogen. Hierbei könne die Portalbetreiberin sich solange auf dieses Interesse der Öffentlichkeit berufen, wie sie die Nutzerbewertungen in ihrer Rolle als neutrale Informationsmittlerin speichert, ordnet und veröffentlicht. Je weiter die Portalbetreiberin sich jedoch von dieser neutralen Stellung zugunsten ihrer eigenen finanziellen Interessen entferne, desto weniger könne auf die Kommunikationsfreiheiten und das gesellschaftliche Informationsinteresse rekurriert werden.

In diesem Sinne übertrug der *BGH* die in der Entscheidung „Ärztebewertung III" angestellten Erwägungen auf die vorliegend zu beurteilenden Sachverhaltskonstellationen und warf im Rahmen der Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO die Frage auf, ob und inwieweit es nichtzahlenden Ärzten zumutbar ist, in das Bewertungsportal aufgenommen zu werden, falls die sie betreffenden Basis-Profile eine gegenüber den Premium-Profilen zahlender Ärzte nachteilige Darstellung erfahren. Für die Beantwortung dieser Frage stellte das Gericht fest, dass ein strenges Gleichbehandlungsgebot nicht bestehe und somit gerade nicht jede Ungleichbehandlung zu einer Unzulässigkeit der Datenverarbeitung führe. Vielmehr sei im Rahmen einer Einzelfallbetrachtung zu ermitteln, ob die konkrete Ungleichbehandlung die nichtzahlenden Ärzte unzumutbar belastet.

Unter Anwendung dieses Maßstabs gelangte der Senat zu dem Ergebnis, dass sämtliche der im Rahmen der Revision angegriffenen Darstellungsmodalitäten des Bewertungsportals zulässig und somit von den betroffenen Ärzten hinzunehmen seien.[16] Zwar ergäben sich aus den verschiedenen Funktionalitäten durchaus Nachteile für die Kl. Der Senat sieht diese Nachteile aber als so geringfügig an, dass sie den betroffenen Ärzten in Ansehung einer Abwägung der widerstreitenden Interessen zumutbar seien. Zur Begründung führte das Gericht unter anderem aus, dass die jeweilige ansprechende Gestaltung der Premium-Profile entweder per se (Befreiung von Drittwerbung[17], Porträt-Bild[18], Verlinkung der Praxishomepage[19]) oder jedenfalls unter Hinweis darauf, dass sie eine kostenpflichtige Leistung der Portalbetreiberin darstellt (Auflistung der angebotenen Leistungen[20], individuelle Inhalte und Bilder[21]), keine Rückschlüsse auf die Qualität der ärztlichen Leistungen biete und daher ungeeignet sei, Patienten umzuleiten.

III. Bewertung

1. Medienprivileg

Die Entscheidung des VI. Zivilsenats, der beklagten Portalbetreiberin die Berufung auf das Medienprivileg nach Art. 38 BayDSG i. V. m. Art. 85 Abs. 2 DSGVO zu versagen, stellt eine konsequente Fortsetzung der etablierten Rechtsprechungslinie dar. Diese Auslegung ist zudem auch von der Judikatur des *EuGH* gedeckt, wonach nicht „jegliche im Internet veröffentlichte Information, die sich auf personenbezogene Daten bezieht, unter den Begriff der journalistischen Tätigkeit" fällt.[22] Eine generelle Unanwendbarkeit des Medienprivilegs folgt hieraus allerdings nicht, weshalb stets eine einzelfallbezogene Betrachtung vorzunehmen ist.

Zugleich ließ der Senat offen, ob und inwieweit der gesetzgeberische Verzicht auf das Ausschließlichkeitskriterium im Rahmen von Art. 85 Abs. 2 DSGVO gegenüber dem vormaligen Art. 9 Datenschutz-RiL auf die Möglichkeit einer Ausweitung des Medienprivilegs für (auch) journalistische Tätigkeiten schließen lässt. Eine nähere Befassung mit dieser höchst praxisrelevanten Frage wäre jedoch auch und gerade mit Blick auf die journalistische Qualität etwaiger Missbrauchskontrollen der Portalbetreiberin[23] wünschenswert gewesen. Zuzustimmen ist dem erkennenden Senat jedenfalls darin, dass die Portalbetreiberin nicht notwendigerweise bereits dadurch in journalistischer Weise tätig wird, dass sie die von der Rechtsprechung geforderten Schutzmechanismen[24] umsetzt, indem sie im Falle einer Beanstandung zwischen Bewerteten und Bewertenden moderiert.[25] Falls die Portalbetreiber ihre bloßen Missbrauchskontrollen aber hin zu einer Authentizitätsprüfung mit stärkerer Qualitätssicherung ausweiten, dürfte sich belastbar zugunsten der Einstufung ihrer Tätigkeit als „journalistisch" argumentieren lassen.[26] Darüber hinaus verdient perspektivisch das Zusammenspiel von Medienprivileg einerseits und Haftungsprivilegierung nach §§ 7–10 TMG andererseits eine hervorgehobene Beachtung.[27]

2. Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung

Im Zentrum der zu besprechenden Entscheidungen lag die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung auf der Grundlage und am Maßstab von Art. 6 DSGVO. Zutreffend kommt der Senat – auch und gerade in Ansehung des Nichtvorliegens einer datenschutzrechtlichen Einwilligung (Art. 4 Nr. 11 DSGVO) durch die Kl. – zu dem Ergebnis, dass keine der in Art. 6 Abs. 1 lit. a–e DSGVO genannten Voraussetzungen erfüllt ist, weshalb das für personenbezogene Datenverarbeitungen bestehende präventive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt im Zuge der Rechtmäßigkeitsprüfung aus Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO heranzuziehen war. An diesem Vorgehen war das Gericht auch nicht durch ein etwaiges Rangverhältnis der verschiedenen Erlaubnistatbestände des Art. 6 Abs. 1 DSGVO gehindert. Insoweit verwies der Senat zutreffend auf den Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 DSGVO, wonach für die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung ausreichend ist, „wenn mindestens eine der nachstehenden Bedingungen

15 *BGH* (Fn. 1), Rn. 28; *BGH* (Fn. 2), Rn. 28.
16 *BGH* (Fn. 1), Rn. 29; *BGH* (Fn. 2), Rn. 29.
17 *BGH* (Fn. 1), Rn. 24; *BGH* (Fn. 2), Rn. 24.
18 *BGH* (Fn. 1), Rn. 46; *BGH* (Fn. 2), Rn. 46; *BGH* (Fn. 4), Rn. 29.
19 *BGH* (Fn. 1), Rn. 53; *BGH* (Fn. 2), Rn. 53.
20 *BGH* (Fn. 1), Rn. 47 ff.; *BGH* (Fn. 2), Rn. 47 ff.
21 *BGH* (Fn. 1), Rn. 56; *BGH* (Fn. 2), Rn. 56.

22 *EuGH*, Urteil v. 14. 2. 2019 – C-345/17, Sergejs Buivids, Rn. 48 ff., insbesondere Rn. 58 = NJW 2019, 2451.
23 Siehe https://www.jameda.de/qualitaetssicherung/echte-bewertungen/ (zuletzt abgerufen am 18. 5. 2022).
24 Vgl. *BGH* v. 20. 2. 2018 (Fn. 3).
25 Vgl. *Michel* ZUM 2018, 836, 840.
26 Vgl. *Michel* ZUM 2018, 836, 840.
27 Hierauf zutreffend hinweisend *Schaub* GRUR 2022, 465, 465. So auch bereits *BGH*, Urteil v. 19. 3. 2015 – I ZR 94/13 = JZ 2016, 681 (mit Anm. *Paal*).

erfüllt ist", womit rechtsdogmatisch von einem Gleichordnungsverhältnis der Erlaubnistatbestände auszugehen ist.[28]

a) Identifikation der berechtigten Interessen

Die Prüfung der Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO erfordert im ersten Schritt eine Identifizierung der durch den Betrieb des Portals wahrgenommenen berechtigten Interessen. Hier weisen die Entscheidungsgründe zutreffend darauf hin, dass die vorliegenden Sachverhalte durch multipolare Interessenlagen[29] geprägt sind, wobei die Bekl. durch das Betreiben des Bewertungsportals und die damit verbundene Verarbeitung personenbezogener Daten sowohl eigene als auch fremde berechtigte Interessen wahrnimmt. Diese Betrachtung ist bereits im Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO angelegt, wonach die Verarbeitung der Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten dienen kann. Bei der Ermittlung der berechtigten Interessen stellte der Senat überzeugend in Rechnung, dass die Plattform den aktiven und passiven Nutzern die jeweils von Art. 11 Abs. 1 GRCh geschützte Möglichkeit zur Verbreitung bzw. Kenntnisnahme von Meinungen verschafft; ebenso vom Schutzbereich des Art. 11 Abs. 1 GRCh erfasst sei das Interesse der Portalbetreiberin an der entsprechenden Verbreitung fremder Meinungen. Als Ausprägung ihres Geschäftsmodells gehöre der Portalbetrieb ferner zur von Art. 16 GRCh geschützten gewerblichen Tätigkeit der Bekl., die auch und gerade wegen des Informationsgehalts betreffend ärztliche Leistungen eine von der Rechtsordnung grundsätzlich gebilligte und gesellschaftlich gewünschte Funktion erfülle.[30]

Zustimmungswürdig stellte der Senat nicht nur die Interessen der Portalbetreiberin, sondern darüber hinaus auch die Interessen der aktiven sowie passiven Nutzer des Bewertungsportals in die Interessenabwägung mit ein. Dabei legte das Gericht zu Recht ein weites Verständnis des berechtigten Interesses zu Grunde, welches anerkanntermaßen nicht nur rechtliche, sondern darüber hinaus auch tatsächliche, ideelle und wirtschaftliche Interessen umfasst.[31] Insbesondere wurde berücksichtigt, dass die Portalbetreiberin, indem sie nichtzahlenden Ärzten eine gegenüber zahlenden Ärzten nachteilige Darstellung auf dem Bewertungsportal einräumt und damit Ärzte zur Erstellung eines kostenpflichtigen Premium-Kontos zu incentivieren sucht, ihrer von Art. 16 GRCh geschützten gewerblichen Tätigkeit im Sinne ihres Geschäftsmodells nachgeht. Hierbei legte das Gericht keine qualifizierten normativen Ansprüche an das Kriterium der Berechtigung des Interesses an und ließ es vielmehr genügen, dass der Betrieb eines Bewertungsportals eine von der Rechtsordnung grundsätzlich gebilligte sowie gesellschaftlich erwünschte Funktion erfülle. Diese Vorgehensweise überzeugt, da Erwägungen, ob und inwiefern das von der Portalbetreiberin verfolgte Geschäftsmodell den betroffenen Ärzten zumutbar ist, dogmatisch erst auf der Abwägungsebene zu adressieren sind. Demgegenüber sind im ersten Prüfungsschritt lediglich eindeutig rechtswidrige Interessen von der Berücksichtigungsfähigkeit auszunehmen. Durch ein solches weites Verständnis des berechtigten Interesses wird sowohl dem unionsrechtlich gebotenen Schutz der Interessen der Portalbetreiberin, insbesondere mit Blick auf Art. 16 GRCh, ausreichend Rechnung getragen, als auch die im Mittelpunkt von Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO stehende Interessenabwägung nicht unbillig vorweggenommen.

b) Erforderlichkeit der Datenverarbeitung unter Berücksichtigung von Art. 16 GRCh

Eine angemessene Berücksichtigung der durch Art. 16 GRCh geschützten unternehmerischen Freiheit der Portalbetreiberin findet sich – wenn auch nicht ausdrücklich – in der vom Senat vorgenommenen Prüfung der Erforderlichkeit nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO. Der Prüfung ist im Ergebnis zuzustimmen, dass die Art der verarbeiteten ärztebezogenen Daten für den sinnvollen Betrieb des Bewertungsportals in der Funktion als Informationsquelle und Meinungsmittler unabdingbar ist. Offen bleibt hingegen, ob und inwieweit die Verarbeitung der konkreten personenbezogenen Daten auch für die Wahrung der berechtigten unternehmerischen Interessen der Portalbetreiberin „absolut notwendig" im Sinne der Rechtsprechung des *EuGH* ist.[32] Denn die Portalbetreiberin wird sich als Verantwortliche schwerlich darauf berufen können, eine Verarbeitung sei bereits deshalb ohne Weiteres erforderlich, weil sie die effizienteste oder wirtschaftlich sinnvollste Handlungsoption darstelle.[33]

Die Beantwortung der Frage, ob dem Verantwortlichen eine zur Interessenwahrung gleich effektive, aber mildere Alternative zugemutet werden kann, bedarf einer wertenden Einzelfallbetrachtung. Im Rahmen dieser Betrachtung kann der konkreten Ausgestaltung des Geschäftsmodells aufgrund des grundrechtlichen Schutzes der unternehmerischen Freiheit wiederum eine bedeutende Rolle zukommen.

Für das vom *BGH* gefundene Ergebnis der Erforderlichkeit ist zudem auch und gerade die unter Abwägung der Risiken getroffene unternehmerische Entscheidung der Portalbetreiberin zu berücksichtigen, personenbezogene Ärztedaten im Rahmen ihres Geschäftsmodells teilweise zur Werbung für andere Konkurrenten zu nutzen, statt sich zur Finanzierung auf klassische Werbeangebote ohne Personenbezug zu den bewerteten Ärzten zu beschränken.[34]

c) Maßstab der Interessenabwägung

Bei der Vornahme der Interessenabwägung handelt es sich um das zentrale Element des Erlaubnistatbestandes aus Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO, wobei ein angemessener Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen gefunden werden soll. Aus der charakteristischen Flexibilität der Norm erwachsen erhebliche Prognoserisiken betreffend die Bestimmung und Vorhersehbarkeit des Abwägungsergebnisses, woraus sich für die Praxis eine beträchtliche Rechtsunsicherheit ableitet. Wegen der hohen praktischen Relevanz des Erlaubnistatbestandes der Interessenabwägung ist es daher zu begrüßen, dass die Rechtsprechung die Abwägungskriterien verstetigt sowie Maßstäbe herausarbeitet, an denen sich (auch) die Bewertungsportalbetreiber orientieren können.

28 *Albers/Veit*, in: *Wolff/Brink* (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht, 39. Ed., Stand: 1. 11. 2021, Art. 6 Rn. 24; *Buchner/Petri*, in: *Kühling/Buchner* (Hrsg.), DSGVO/BDSG, 3. Aufl., 2020, Art. 6 Rn. 22; *Frenzel*, in: *Paal/Pauly* (Fn. 7), Art. 6 Rn. 7.

29 Vgl. hierzu *Paal* NJW 2016, 2081.

30 Kritisch hierzu nachfolgend unter III. 2. e.

31 *Buchner/Petri*, in: *Kühling/Buchner* (Fn. 28), Art. 6 Rn. 146a; *Frenzel*, in: *Paal/Pauly* (Fn. 7), Art. 6 Rn. 7; *Schwartmann/Klein*, in: *Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann* (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 6 Rn. 145.

32 Vgl. *EuGH*, Urteil v. 4. 5. 2017 – C-13/16, Rigas satiksme, Rn. 30 m. w. N. = BeckRS 2017, 108 615.

33 Siehe hierzu *Buchner/Petri*, in: *Kühling/Buchner* (Fn. 28), Art. 6 Rn. 147a; *Schantz*, in: *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann* (Hrsg.), Datenschutzrecht, 2019, Art. 6 Abs. 1 Rn. 100.

34 *Müller* MMR 2022, 202, 210 f., die hiermit verbundene Entscheidung der Portalbetreiber mit Blick auf den Schutz der wirtschaftlichen Grundlagen der Meinungsvermittlungstätigkeit auch von Art. 11 Abs. 1 GRCh geschützt ansehend.

In den vorliegenden Entscheidungen urteilte der VI. Zivilsenat, dass die im Rahmen von „Ärztebewertung III" angestellten Erwägungen zur Rolle der Portalbetreiberin als „neutrale Informationsmittlerin" auch nach Inkrafttreten der DSGVO aktuell bleiben sollen. Das Gericht gab damit zu erkennen, dass dieser Argumentationstopos nunmehr auch die datenschutzrechtliche Betrachtung der Bewertungsportale beeinflussen wird.[35] Die vorbenannte (drohende) Rechtsunsicherheit wurde dabei durch eine Klarstellung reduziert: Die Portalbetreiberin verlasse ihre Rolle als „neutrale Informationsmittlerin" jedenfalls dann in einer das Abwägungsergebnis ändernden Weise, wenn sie die Basis-Profile der nichtzahlenden Ärzte als Werbefläche für konkurrierende zahlende Ärzte gleichsam als „Köder" missbrauche, um die nichtzahlenden Ärzte zum Abschluss eines Premium-Pakets zu bewegen. Ob und unter welchen Umständen eine Ungleichbehandlung der jeweiligen Ärztegruppen unterhalb dieser Schwelle als unzulässig anzusehen ist, wird künftig näher zu konkretisieren sein.

Für die Konkretisierung des Abwägungsmaßstabs beschränkte sich der erkennende Senat zunächst darauf, dass „ein strenges Gleichbehandlungsgebot mit der Folge, dass eine Ungleichbehandlung von nichtzahlenden und zahlenden Ärzten stets zur Unzulässigkeit der Datenverarbeitung im Rahmen des Portalbetriebs führt", nicht bestehe und verwies zur Begründung auf die nach der Rechtsprechung des *EuGH* gebotene „Abwägung unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des jeweiligen Einzelfalls".[36] Der *BGH* erklärte es hierbei für maßgeblich,

> „welche konkreten Vorteile die Bekl. zahlenden gegenüber nichtzahlenden Ärzten gewährt und ob die sich daraus ergebende Ungleichbehandlung in einer Gesamtschau mit allen anderen Umständen des konkreten Einzelfalls dazu führt, dass die Interessen des gegen seinen Willen in das Portal aufgenommenen Arztes die berechtigten Interessen der beklagten Portalbetreiberin und vor allem der Portalnutzer überwiegen. Dies ist etwa dann der Fall, wenn die Bekl. als Betreiberin des Portals nur die Basis-Profile nichtzahlender Ärzte als Werbeplattform für unmittelbar konkurrierende zahlende Ärzte nutzt, um Patienten von den nichtzahlenden zu den zahlenden Ärzten zu lenken und dadurch die nur mit ihren Basisdaten aufgenommenen Ärzte gezielt dazu zu bewegen, sich der Gruppe der zahlenden Ärzte anzuschließen."[37]

Demgegenüber sei die Datenverarbeitung im Grundsatz zulässig,

> „wenn der Arzt durch seine Aufnahme in das Bewertungsportal – von dem mit der Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten stets verbundenen Eingriff in seine Rechte aus Art. 7 GRCh und den mit der Bewertungsmöglichkeit einhergehenden Beeinträchtigungen abgesehen – nicht entscheidend schlechter steht, als er ohne seine Aufnahme in das Portal stünde".[38]

Dieser Bewertung ist zuzustimmen, da sie der gesetzlichen Konzeption der Interessenabwägung i. S. d. Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO entspricht, wonach die zur Wahrung der berechtigten Interessen erforderliche Datenverarbeitung nur dann unzulässig ist, wenn die Interessen, Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person überwiegen. Wo also die Interessenabwägung zu dem Ergebnis kommt, dass die widerstreitenden Interessen (jedenfalls) gleich zu gewichten sind, bleibt die Datenverarbeitung nach Systematik und Schutzzweck der Vorschrift rechtmäßig. Das Ziel der Interessenabwägung besteht mithin nicht darin, sämtliche potenziellen und tatsächlichen nachteiligen Folgen der Datenverarbeitung für die betroffenen Personen, hier die Ärzte, abzuwenden; vielmehr sind stattdessen nur solche Folgen abzuwenden, die die Rechte der betroffenen Person besonders stark beeinträchtigen.[39] Dieser Gesichtspunkt wird auch in der einschlägigen Stellungnahme (WP 217) der Artikel-29-Datenschutzgruppe besonders hervorgehoben[40] und bei der hier zu besprechenden Konkretisierung des Abwägungsmaßstabs durch den Senat begrüßenswert berücksichtigt.[41]

d) Konkrete Anwendung des Maßstabs auf die vorliegenden Fälle

Den zutreffenden, wiewohl näher geschärfter Kriterien bedürfenden Abwägungsmaßstab wendete das Gericht schließlich auf die Bewertung der von den Kl. in der Revision (noch) angegriffenen Darstellungsformen sowie Funktionalitäten des Portals an und gelangte zu dem Ergebnis, dass diese Funktionalitäten die nichtzahlenden Ärzte nicht unverhältnismäßig belasteten.[42] Der erkennende Senat beurteilte hierzu mit Blick auf jede einzelne Funktionalität, wie schwer die damit verbundenen drohenden Nachteile für die nichtzahlenden Ärzte wiegen; in diesem Kontext wurde insbesondere darauf abgestellt, ob und inwiefern die jeweilige Funktionalität dazu geeignet ist, Patienten eines nichtzahlenden Arztes bei dem Besuch des betreffenden Basis-Profils zu einem zahlenden Arzt mit Premium-Profil umzuleiten. Zur Veranschaulichung sind nachfolgend zentrale Erwägungen des Gerichts herauszustellen, die – vorbehaltlich einer Einzelfallbetrachtung unter Berücksichtigung aller konkreten Umstände – in künftigen Konstellationen relevant sein sowie für die Zumutbarkeit einer etwaigen Ungleichbehandlung von zahlenden und nichtzahlenden Ärzten streiten könnten.

Zum einen soll eine hervorgehobene Darstellung von Premium-Profilen dem nichtzahlenden Arzt tendenziell eher zuzumuten sein, wenn die hervorgehobenen Ärzte nicht in dessen unmittelbarer örtlicher Nähe praktizieren und daher nicht in einem unmittelbaren Konkurrenzverhältnis zu ihm stehen.[43] Des Weiteren solle eine Ungleichbehandlung auch dann geringer wiegen, falls sich die unterschiedliche Qualität der Premium- gegenüber den Basis-Profilen erst durch das Öffnen und Vergleichen beider Profile manifestiert.[44] Ferner sollen Premium-Funktionen und -Inhalte eine geringere Gefahr der Umleitung von Patienten begründen, sofern sie keinen Rückschluss auf die Qualifikation des betreffenden Arztes zulassen.[45] Der verbleibenden Gefahr, dass das Basis- gegenüber dem Premium-Profil in Ermangelung von Premium-Inhalten als vernachlässigt und der repräsentierte Arzt folglich als weniger bemüht oder technisch versiert erscheine, könne durch eine entsprechende Kennzeichnung des Premium-Profils vorgebeugt werden, aus der hervorgeht, dass es sich um zahlungspflichtige Leistungen der Portalbetreiberin handelt.[46] Schließlich sah es das Gericht als berücksichtigungsfähig an, wenn Inhaber eines Basis-Profils die Möglichkeit ungenutzt lassen, zusätzliche Funktionen (mit ge-

35 So *Berberich* ZUM-RD 2021, 354, 356.
36 Vgl. *EuGH*, Urteil v. 17. 6. 2021 – C-597/19, Mircom/Telenet, Rn. 111= MMR 2022, 30.
37 *BGH* (Fn. 1), Rn. 39; *BGH* (Fn. 2), Rn. 39.
38 *BGH* (Fn. 1), Rn. 40; *BGH* (Fn. 2), Rn. 40.
39 Vgl. *Schulz*, in: *Gola* (Hrsg.), DS-GVO, 2. Aufl., 2018, Art. 6 Rn. 59; *Reimer*, in: *Sydow* (Hrsg.), Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 63.
40 Artikel-29-Datenschutzgruppe, WP 217, Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Artikel 7 der Richtlinie 95/46/EG, S. 52.
41 *BGH* (Fn. 1), 1. Leitsatz.
42 *BGH* (Fn. 1), Rn. 41; *BGH* (Fn. 2), Rn. 41.
43 *BGH* (Fn. 1), Rn. 45, 56; *BGH* (Fn. 2), Rn. 45, 56; auf die Schwierigkeiten einer hinreichend belastbaren Einschätzung der Konkurrenzverhältnisse hinweisend *Müller* MMR 2022, 202, 211.
44 *BGH* (Fn. 1), Rn. 54; *BGH* (Fn. 2), Rn. 54.
45 *BGH* (Fn. 1), Rn. 54; *BGH* (Fn. 2), Rn. 54; *BGH* (Fn. 4), Rn. 29.
46 *BGH* (Fn. 1), Rn. 45, 51; *BGH* (Fn. 2), Rn. 45, 51.

genüber Premium-Profilen geringerem Umfang) durch eine kostenlose Registrierung zu erwerben.[47]

Die vorbenannten Erwägungen waren im Rahmen der vom Senat vorgenommenen Interessenabwägungen zwar jeweils nicht allein ausschlaggebend, dürften aber jedenfalls wertvolle Orientierungspunkte für eine künftige rechtskonforme Ausgestaltung der Bewertungsportale bieten.

e) Konkrete Anwendung des Maßstabs in „Ärztebewertung VI"

Ebenfalls zu Gunsten der Portalbetreiberin entschied der *BGH* im Februar 2022 in „Ärztebewertung VI". Hier hatte die klagende Augenärztin zunächst ohne Erfolg die Löschung ihres Basis-Profils begehrt und auf verschiedene Nachteile verwiesen, die ihr aus der Auflistung in dem Bewertungsportal entstünden. Der VI. Zivilsenat des *BGH* setzte die Anwendung der vorstehend herausgearbeiteten Maßstäbe[48] fort und bewertete insbesondere solche Beeinträchtigungen als zumutbar, die für die Ärztin aus der Möglichkeit der öffentlichen Bewertung resultierten und dem System eines Bewertungsportals daher immanent seien. Dazu gehöre, dass der Bewerteten keine uneingeschränkte Macht darüber zukomme, wie sie im Internet dargestellt werde,[49] sie sich selbst um die (aufwändige) Löschung unberechtigter Kommentare bemühen müsse[50] und eine solche Löschung nicht umgehend erfolge, so dass eine zur Zeit der (späteren) Löschung bereits eingetretene Rufschädigung durch beleidigende oder verleumderische Kommentare zu verbleiben drohe.[51] Das Ergebnis der Interessenabwägung dürfte in diesem Zusammenhang nicht unerheblich durch die unveränderte Prämisse des Senats geprägt gewesen sein, dass den subjektiven Nutzerbewertungen ein belastbarer Informationsgehalt für die sich informierende Öffentlichkeit zukomme.[52]

3. Unterlassungsanspruch aus Art. 17 Abs. 1 lit. c DSGVO

Nur sehr knapp fiel die argumentative Abstützung der Ablehnung eines Unterlassungsgrundes aus Art. 17 Abs. 1 lit. c DSGVO aus, wonach dem erkennenden Senat zufolge die hier gebotene Gesamtabwägung „zu keinem anderen Ergebnis als die […] zu Art. 6 I 1 Buchst. f vorgenommene Abwägung"[53] führe. Der in Rede stehende Art. 17 Abs. 1 lit. c DSGVO erfasst den Widerspruch nach Art. 21 Abs. 1 DSGVO gegen die Verarbeitung personenbezogener Daten, die aufgrund von Art. 6 Abs. 1 lit. e oder f DSGVO erfolgt und den Widerspruch gegen die Verarbeitung zum Zwecke der Direktwerbung nach Art. 21 Abs. 2 DSGVO. Die komplexen Fragestellungen, die aus den unterschiedlichen tatbestandlichen Anforderungen für die Interessenabwägung betreffend Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO und Art. 21 Abs. 1 Satz 2 DSGVO einerseits sowie den unterschiedlichen Rechtsfolgen aus Art. 21 Abs. 2 DSGVO und Art. 17 Abs. 1 lit. c Halbsatz 2 DSGVO andererseits resultieren, werden hier durch das Gericht kaum ausgeleuchtet. Vor diesem Hintergrund bedarf die Befassung auch und gerade mit dem systematischen Vergleich der Ausgestaltung des Vorrangverhältnisses zwischen Verarbeitungs- und Privatheitsinteresse bei Rechtmäßigkeitsprüfung (Art. 6 DSGVO) und Widerspruchsrecht (Art. 21 DSGVO) einer weiteren Vertiefung in Wissenschaft und Praxis.

4. Ausnahmetatbestand aus Art. 17 Abs. 3 lit. a DSGVO

Da der *BGH* das Vorliegen eines Unterlassungsgrundes aus Art. 17 Abs. 1 DSGVO verneinte, kam er nicht (mehr) auf den Katalog der Ausnahmetatbestände aus Art. 17 Abs. 3 DSGVO zu sprechen. Für die Bewertungsportalkonstellationen ist hier auf Art. 17 Abs. 3 lit. a DSGVO hinzuweisen, wonach die Absätze 1 und 2 nicht gelten, „soweit die Verarbeitung erforderlich ist zur Ausübung des Rechts auf freie Meinungsäußerung und Information". Insoweit ist eines der zentralen Spannungsfelder von datenschutzrechtlichen (Löschungs- und) Unterlassungsansprüchen betroffen, bei denen die potenziell kollidierenden Güter, Positionen und Rechte möglichst schonend miteinander in Einklang zu bringen sind.[54] Für die Auslegung und Anwendung des Rechts müssen die zuständigen Gerichte „die betroffenen Grundrechte interpretationsleitend berücksichtigen, damit deren wertsetzender Gehalt auch auf der Rechtsanwendungsebene gewahrt bleibt".[55]

IV. Resümee und Ausblick

Der VI. Zivilsenat des *BGH* prüfte in den hier besprochenen Entscheidungen jeweils, ob und inwiefern die Kl. einen datenschutzrechtlichen Anspruch auf Unterlassung der Veröffentlichung ihrer personenbezogenen Daten aus Art. 17 Abs. 1 DSGVO haben. Prägend für die Entscheidung über die inzident zu prüfende datenschutzrechtliche Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung war die Interessenabwägung auf Grundlage und am Maßstab von Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO. Die Gewichtung der durch die Bekl. wahrgenommenen Interessen machte der erkennende Senat in Fortsetzung seiner bisherigen Rechtsprechungslinie vor allem (auch) davon abhängig, ob eine Portalbetreiberin als „neutrale Informationsmittlerin" auftritt. Für die damit verbundene Frage, ob und inwiefern die Portalbetreiberin zahlenden Ärzten als Premium-Kunden Vorteile gegenüber nichtzahlenden Ärzten gewähren darf, lehnte das Gericht ein strenges Gleichbehandlungsgebot ab und sah zutreffend eine Einzelfallbetrachtung unter Berücksichtigung aller konkreten Umstände als geboten an.

Unter Anwendung dieses Maßstabs entschied der VI. Zivilsenat, dass die in Rede stehenden Ungleichbehandlungen den Kl. zuzumuten seien. Dabei ließ das Gericht vor allem auch lauterkeitsrechtliche Erwägungen in die zentrale Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO einfließen. So stellte der Senat etwa den Umstand in Rechnung, dass die gegenüber Basis-Profilen vorteilhafte Hervorhebung zahlender Ärzte in den Listen des Bewertungsportals hinreichend deutlich als Resultat der kostenpflichtigen Premium-Mitgliedschaft gekennzeichnet sei und keine verdeckte Beeinflussung der sich informierenden Patienten darstelle.[56] Mit dieser Begründung machte das Gericht implizit lauterkeits-

47 *BGH* (Fn. 1), Rn. 50, 62; *BGH* (Fn. 2), Rn. 51, 62.
48 Siehe III. 2. c.
49 *BGH* (Fn. 4), Rn. 32.
50 *BGH* (Fn. 4), Rn. 35.
51 *BGH* (Fn. 4), Rn. 40 f.
52 *BGH* (Fn. 4), Rn. 19, 37; kritisch zu dieser Einschätzung *Franz* auf dem CR-online.de Blog, abrufbar unter https://www.cr-online.de/blog/2022/03/30/ein-halber-schritt-zur-seite/ (zuletzt abgerufen am 27. 5. 2022), der „Internetbewertungen eine Aussagekraft nahe Null beimisst; auf Defizite der Rechtsdurchsetzung bei der Ahnung nicht-authentischer Bewertungen hinweisend Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Nutzerbewertungen, S. 96; anekdotisch auf die Anzahl der durch die Klägerin erfolgreich beanstandeten Nutzerbewertungen im Zusammenhang von „Ärztebewertung III" verweisend *Buchner* NJW 2018, 1884, 1889.
53 *BGH* (Fn. 1), Rn. 68; *BGH* (Fn. 2), Rn. 71.
54 Siehe hierzu auch *Paal*, in: *Paal/Pauly* (Fn. 7), Art. 17 Rn. 41 m. w. N.
55 *BVerfG*, Beschluss v. 6. 11. 2019 – 1 BVR 16/13 = *BVerfGE* 152, 152 – Recht auf Vergessen I, Rn. 78 = JZ 2020, 189 (dazu *M. Mendel* JZ 2020, 157).
56 *BGH* (Fn. 1), Rn. 45; *BGH* (Fn. 2), Rn. 45.

rechtliche Wertungen aus § 5a Abs. 6 UWG a. F. (ab 28. 5. 2022: § 5a Abs. 4 UWG) fruchtbar, um den Erlaubnistatbestand aus Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO auszufüllen. Pointiert sind die betreffenden Bewertungsportal-Konstellationen daher auch bereits als „UWG-Fälle in datenschutzrechtlicher Einkleidung" charakterisiert worden.[57] Da Bewertungsportalbetreiber entsprechend ihrem Geschäftsmodell – voraussichtlich – weiterhin nach (Aus-)Wegen suchen werden, um zahlenden Premium-Kunden attraktive Leistungen anbieten und Informationen kommerzialisieren zu können, darf mit Spannung erwartet werden, ob lauterkeitsrechtliche (und persönlichkeitsrechtliche) Wertungen künftig noch konsequenter Eingang in die Abwägungsüberlegungen bei Bewertungsportal-Sachverhalten finden werden.[58] Abschließend ist hierbei auf bereits erfolgte Sektoruntersuchungen des Bundeskartellamts zu Vergleichsportalen im Internet und zu Nutzerbewertungen auf Online-Portalen hinzuweisen.[59]

57 *Berberich* ZUM-RD 202, 354, 356.
58 Dafür mit Blick auf „Ärztebewertung V" plädierend *Müller* MMR 2022, 202, 212. Die Notwendigkeit einer Abstimmung der Rechtsgebiete hervorhebend auch *Schaub* GRUR 2022, 465, 468 f.
59 BKartA, Sektoruntersuchung Vergleichsportale, April 2019; BKartA, Sektoruntersuchung Nutzerbewertungen, Oktober 2020.

Strafrecht. Verwaltungsrecht

Das BayObLG hat entschieden, dass sich Asylsuchende während des sogenannten Kirchenasyls nicht wegen unerlaubten Aufenthalts gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG strafbar machen. Dies folge aus der Vereinbarung zwischen dem Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) und Bevollmächtigten der evangelischen und katholischen Kirchen aus dem Jahr 2015, die ein (erneutes) Überprüfungsverfahren beinhaltet. Eine Strafbarkeit von Kirchenangehörigen wegen Beihilfe sei aber auch nach negativem Ausgang des Verfahrens regelmäßig zu verneinen, da der Vorwurf in einem Unterlassen der Beendigung des „Kirchenasyls" liege und eine Garantenstellung nicht gegeben sei. Maximilian Lenk hält dies in strafrechtlicher Hinsicht für richtig, sieht aber die Vereinbarung zwischen BAMF und Kirchen in einem säkularen Rechtsstaat als höchst problematisch an: Im Widerspruch zu vollziehbaren Bescheiden der Behörden wird so das Verstreichen der Überstellungsfrist des Art. 29 Dublin-III-VO bewirkt.

AufenthG § 95 Abs. 1 Nr. 2, § 60a Abs. 2; StGB § 13, § 27.

1. Der Umstand, dass die Ausländerbehörde in der Zeit eines offenen „Kirchenasyls" nicht einschreitet, begründet weder eine Ermessensduldung noch eine stillschweigende bzw. faktische Duldung.

2. Die Gewährung von „Kirchenasyl" entfaltet für sich genommen keine aufenthaltsrechtliche Wirkung, hindert also insbesondere nicht die Durchführung einer Abschiebung. Ein Sonderrecht der Kirchen, aufgrund dessen die Behörden bei Aufnahme einer Person in das „Kirchenasyl" gehindert wären, eine Überstellung durchzuführen und hierzu gegebenenfalls unmittelbaren Zwang anzuwenden, existiert nicht.

3. Allerdings besteht ein zur rechtlichen Unmöglichkeit der Abschiebung führendes Abschiebehindernis durch die Handlungsweise der Ausländerbehörden in Verbindung mit der Vereinbarung zwischen dem BAMF und den Bevollmächtigten der evangelischen und katholischen Kirche vom 24. 2. 2015 zur Kirchenasylgewährung in den sog. Dublin-Fällen, solange den Verfahrensbeteiligten das (negative) Ergebnis der Einzelfallprüfung durch das BAMF (sog. Dossierverfahren) nicht bekannt gegeben wurde. Für den Zeitraum der nochmaligen Überprüfung des Einzelfalls besteht daher ein die Strafbarkeit des Asylsuchenden gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG ausschließender Anspruch auf Erteilung einer Duldung nach § 60a Abs. 2 AufenthG.

4. In Fällen der bloßen Fortführung des „Kirchenasyls" durch weitere Beherbergung und Verpflegung im Anschluss an eine negative Einzelfallentscheidung im Dossierverfahren liegt der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit des Handelns von Kirchenangehörigen nach wertender Betrachtung nicht in einem aktiven Tun, sondern in einem Unterlassen.

5. Eine Strafbarkeit von Kirchenangehörigen im Zeitraum nach der negativen Entscheidung im Dossierverfahren wegen Beihilfe durch Unterlassen ist nicht gegeben, wenn diese – wovon in der Regel auszugehen ist – keine rechtliche Verpflichtung trifft, das Kirchenasyl aktiv zu beenden. Eine Garantenstellung i. S. d. § 13 StGB besteht insbesondere weder aufgrund eines pflichtwidrigen Vorverhaltens noch aus der Vereinbarung vom 24. 2. 2015 oder der Verantwortlichkeit für die kirchlichen Räumlichkeiten.

6. Sollte im Einzelfall im Zusammenhang mit der Gewährung von „Kirchenasyl" der Tatbestand der (psychischen) Beihilfe zur Straftat des Asylsuchenden gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG erfüllt sein, so neigt der Senat zu der Auffassung, dass ein Handeln des Kirchenangehörigen aus Gewissensnot nicht als entschuldigt anzusehen ist. Die Rechtsordnung kann die Geltung von Strafrechtsnormen nicht von der Billigung durch den Einzelnen abhängig machen und sich damit unter den Vorbehalt individueller Akzeptanz stellen. Das Grundrecht der Gewissensfreiheit wirkt sich aber gegebenenfalls im Strafverfahren bei der Strafzumessung als allgemeines „Wohlwollensgebot" aus.

BayObLG, Urteil v. 25. 2. 2022 – 201 StRR 95/21 (Leitsätze der Red.).

Anmerkung

Dr. **Maximilian Lenk**, Tübingen*

Strafrecht und Kirchenasyl

Dem Volksmund zufolge ist man vor Gericht und auf hoher See in Gottes Hand. Auf diese Weisheit wird vielleicht auch der ein oder andere Geistliche vertrauen, wenn er einem Flüchtling in den Räumlichkeiten seiner Kirche sogenanntes Kirchenasyl gewährt. Mag er damit auch dem alttestamentlichen Gebot der Nächstenliebe entsprechen, so dürfte ihm

* Der Autor ist Habilitand und akademischer Mitarbeiter am Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Strafrecht, Strafprozessrecht sowie Umwelt- und Wirtschaftsstrafrecht von Professor Dr. *Bernd Hecker* an der Universität Tübingen.

JuristenZeitung 77, 623–628 DOI: 10.1628/jz-2022-0207
ISSN 0022-6882 © Mohr Siebeck 2022

rechtliche Wertungen aus § 5a Abs. 6 UWG a. F. (ab 28. 5. 2022: § 5a Abs. 4 UWG) fruchtbar, um den Erlaubnistatbestand aus Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO auszufüllen. Pointiert sind die betreffenden Bewertungsportal-Konstellationen daher auch bereits als „UWG-Fälle in datenschutzrechtlicher Einkleidung" charakterisiert worden.[57] Da Bewertungsportalbetreiber entsprechend ihrem Geschäftsmodell – voraussichtlich – weiterhin nach (Aus-)Wegen suchen werden, um zahlenden Premium-Kunden attraktive Leistungen anbieten und Informationen kommerzialisieren zu können, darf mit Spannung erwartet werden, ob lauterkeitsrechtliche (und persönlichkeitsrechtliche) Wertungen künftig noch konsequenter Eingang in die Abwägungsüberlegungen bei Bewertungsportal-Sachverhalten finden werden.[58] Abschließend ist hierbei auf bereits erfolgte Sektoruntersuchungen des Bundeskartellamts zu Vergleichsportalen im Internet und zu Nutzerbewertungen auf Online-Portalen hinzuweisen.[59]

57 *Berberich* ZUM-RD 202, 354, 356.
58 Dafür mit Blick auf „Ärztebewertung V" plädierend *Müller* MMR 2022, 202, 212. Die Notwendigkeit einer Abstimmung der Rechtsgebiete hervorhebend auch *Schaub* GRUR 2022, 465, 468 f.
59 BKartA, Sektoruntersuchung Vergleichsportale, April 2019; BKartA, Sektoruntersuchung Nutzerbewertungen, Oktober 2020.

Strafrecht. Verwaltungsrecht

Das BayObLG hat entschieden, dass sich Asylsuchende während des sogenannten Kirchenasyls nicht wegen unerlaubten Aufenthalts gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG strafbar machen. Dies folge aus der Vereinbarung zwischen dem Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) und Bevollmächtigten der evangelischen und katholischen Kirchen aus dem Jahr 2015, die ein (erneutes) Überprüfungsverfahren beinhaltet. Eine Strafbarkeit von Kirchenangehörigen wegen Beihilfe sei aber auch nach negativem Ausgang des Verfahrens regelmäßig zu verneinen, da der Vorwurf in einem Unterlassen der Beendigung des „Kirchenasyls" liege und eine Garantenstellung nicht gegeben sei. Maximilian Lenk hält dies in strafrechtlicher Hinsicht für richtig, sieht aber die Vereinbarung zwischen BAMF und Kirchen in einem säkularen Rechtsstaat als höchst problematisch an: Im Widerspruch zu vollziehbaren Bescheiden der Behörden wird so das Verstreichen der Überstellungsfrist des Art. 29 Dublin-III-VO bewirkt.

AufenthG § 95 Abs. 1 Nr. 2, § 60a Abs. 2; StGB § 13, § 27.

1. Der Umstand, dass die Ausländerbehörde in der Zeit eines offenen „Kirchenasyls" nicht einschreitet, begründet weder eine Ermessensduldung noch eine stillschweigende bzw. faktische Duldung.

2. Die Gewährung von „Kirchenasyl" entfaltet für sich genommen keine aufenthaltsrechtliche Wirkung, hindert also insbesondere nicht die Durchführung einer Abschiebung. Ein Sonderrecht der Kirchen, aufgrund dessen die Behörden bei Aufnahme einer Person in das „Kirchenasyl" gehindert wären, eine Überstellung durchzuführen und hierzu gegebenenfalls unmittelbaren Zwang anzuwenden, existiert nicht.

3. Allerdings besteht ein zur rechtlichen Unmöglichkeit der Abschiebung führendes Abschiebehindernis durch die Handlungsweise der Ausländerbehörden in Verbindung mit der Vereinbarung zwischen dem BAMF und den Bevollmächtigten der evangelischen und katholischen Kirche vom 24. 2. 2015 zur Kirchenasylgewährung in den sog. Dublin-Fällen, solange den Verfahrensbeteiligten das (negative) Ergebnis der Einzelfallprüfung durch das BAMF (sog. Dossierverfahren) nicht bekannt gegeben wurde. Für den Zeitraum der nochmaligen Überprüfung des Einzelfalls besteht daher ein die Strafbarkeit des Asylsuchenden gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG ausschließender Anspruch auf Erteilung einer Duldung nach § 60a Abs. 2 AufenthG.

4. In Fällen der bloßen Fortführung des „Kirchenasyls" durch weitere Beherbergung und Verpflegung im Anschluss an eine negative Einzelfallentscheidung im Dossierverfahren liegt der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit des Handelns von Kirchenangehörigen nach wertender Betrachtung nicht in einem aktiven Tun, sondern in einem Unterlassen.

5. Eine Strafbarkeit von Kirchenangehörigen im Zeitraum nach der negativen Entscheidung im Dossierverfahren wegen Beihilfe durch Unterlassen ist nicht gegeben, wenn diese – wovon in der Regel auszugehen ist – keine rechtliche Verpflichtung trifft, das Kirchenasyl aktiv zu beenden. Eine Garantenstellung i. S. d. § 13 StGB besteht insbesondere weder aufgrund eines pflichtwidrigen Vorverhaltens noch aus der Vereinbarung vom 24. 2. 2015 oder der Verantwortlichkeit für die kirchlichen Räumlichkeiten.

6. Sollte im Einzelfall im Zusammenhang mit der Gewährung von „Kirchenasyl" der Tatbestand der (psychischen) Beihilfe zur Straftat des Asylsuchenden gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG erfüllt sein, so neigt der Senat zu der Auffassung, dass ein Handeln des Kirchenangehörigen aus Gewissensnot nicht als entschuldigt anzusehen ist. Die Rechtsordnung kann die Geltung von Strafrechtsnormen nicht von der Billigung durch den Einzelnen abhängig machen und sich damit unter den Vorbehalt individueller Akzeptanz stellen. Das Grundrecht der Gewissensfreiheit wirkt sich aber gegebenenfalls im Strafverfahren bei der Strafzumessung als allgemeines „Wohlwollensgebot" aus.

BayObLG, Urteil v. 25. 2. 2022 – 201 StRR 95/21 (Leitsätze der Red.).

Anmerkung

Dr. **Maximilian Lenk**, Tübingen*

Strafrecht und Kirchenasyl

Dem Volksmund zufolge ist man vor Gericht und auf hoher See in Gottes Hand. Auf diese Weisheit wird vielleicht auch der ein oder andere Geistliche vertrauen, wenn er einem Flüchtling in den Räumlichkeiten seiner Kirche sogenanntes Kirchenasyl gewährt. Mag er damit auch dem alttestamentlichen Gebot der Nächstenliebe entsprechen, so dürfte ihm

* Der Autor ist Habilitand und akademischer Mitarbeiter am Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Strafrecht, Strafprozessrecht sowie Umwelt- und Wirtschaftsstrafrecht von Professor Dr. *Bernd Hecker* an der Universität Tübingen.

JuristenZeitung 77, 623–628 DOI: 10.1628/jz-2022-0207
ISSN 0022-6882 © Mohr Siebeck 2022

rechtliche Wertungen aus § 5a Abs. 6 UWG a. F. (ab 28. 5. 2022: § 5a Abs. 4 UWG) fruchtbar, um den Erlaubnistatbestand aus Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO auszufüllen. Pointiert sind die betreffenden Bewertungsportal-Konstellationen daher auch bereits als „UWG-Fälle in datenschutzrechtlicher Einkleidung" charakterisiert worden.[57] Da Bewertungsportalbetreiber entsprechend ihrem Geschäftsmodell – voraussichtlich – weiterhin nach (Aus-)Wegen suchen werden, um zahlenden Premium-Kunden attraktive Leistungen anbieten und Informationen kommerzialisieren zu können, darf mit Spannung erwartet werden, ob lauterkeitsrechtliche (und persönlichkeitsrechtliche) Wertungen künftig noch konsequenter Eingang in die Abwägungsüberlegungen bei Bewertungsportal-Sachverhalten finden werden.[58] Abschließend ist hierbei auf bereits erfolgte Sektoruntersuchungen des Bundeskartellamts zu Vergleichsportalen im Internet und zu Nutzerbewertungen auf Online-Portalen hinzuweisen.[59]

57 *Berberich* ZUM-RD 202, 354, 356.
58 Dafür mit Blick auf „Ärztebewertung V" plädierend *Müller* MMR 2022, 202, 212. Die Notwendigkeit einer Abstimmung der Rechtsgebiete hervorhebend auch *Schaub* GRUR 2022, 465, 468 f.
59 BKartA, Sektoruntersuchung Vergleichsportale, April 2019; BKartA, Sektoruntersuchung Nutzerbewertungen, Oktober 2020.

Strafrecht. Verwaltungsrecht

Das BayObLG hat entschieden, dass sich Asylsuchende während des sogenannten Kirchenasyls nicht wegen unerlaubten Aufenthalts gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG strafbar machen. Dies folge aus der Vereinbarung zwischen dem Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) und Bevollmächtigten der evangelischen und katholischen Kirchen aus dem Jahr 2015, die ein (erneutes) Überprüfungsverfahren beinhaltet. Eine Strafbarkeit von Kirchenangehörigen wegen Beihilfe sei aber auch nach negativem Ausgang des Verfahrens regelmäßig zu verneinen, da der Vorwurf in einem Unterlassen der Beendigung des „Kirchenasyls" liege und eine Garantenstellung nicht gegeben sei. Maximilian Lenk hält dies in strafrechtlicher Hinsicht für richtig, sieht aber die Vereinbarung zwischen BAMF und Kirchen in einem säkularen Rechtsstaat als höchst problematisch an: Im Widerspruch zu vollziehbaren Bescheiden der Behörden wird so das Verstreichen der Überstellungsfrist des Art. 29 Dublin-III-VO bewirkt.

AufenthG § 95 Abs. 1 Nr. 2, § 60a Abs. 2; StGB § 13, § 27.

1. Der Umstand, dass die Ausländerbehörde in der Zeit eines offenen „Kirchenasyls" nicht einschreitet, begründet weder eine Ermessensduldung noch eine stillschweigende bzw. faktische Duldung.

2. Die Gewährung von „Kirchenasyl" entfaltet für sich genommen keine aufenthaltsrechtliche Wirkung, hindert also insbesondere nicht die Durchführung einer Abschiebung. Ein Sonderrecht der Kirchen, aufgrund dessen die Behörden bei Aufnahme einer Person in das „Kirchenasyl" gehindert wären, eine Überstellung durchzuführen und hierzu gegebenenfalls unmittelbaren Zwang anzuwenden, existiert nicht.

3. Allerdings besteht ein zur rechtlichen Unmöglichkeit der Abschiebung führendes Abschiebehindernis durch die Handlungsweise der Ausländerbehörden in Verbindung mit der Vereinbarung zwischen dem BAMF und den Bevollmächtigten der evangelischen und katholischen Kirche vom 24. 2. 2015 zur Kirchenasylgewährung in den sog. Dublin-Fällen, solange den Verfahrensbeteiligten das (negative) Ergebnis der Einzelfallprüfung durch das BAMF (sog. Dossierverfahren) nicht bekannt gegeben wurde. Für den Zeitraum der nochmaligen Überprüfung des Einzelfalls besteht daher ein die Strafbarkeit des Asylsuchenden gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG ausschließender Anspruch auf Erteilung einer Duldung nach § 60a Abs. 2 AufenthG.

4. In Fällen der bloßen Fortführung des „Kirchenasyls" durch weitere Beherbergung und Verpflegung im Anschluss an eine negative Einzelfallentscheidung im Dossierverfahren liegt der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit des Handelns von Kirchenangehörigen nach wertender Betrachtung nicht in einem aktiven Tun, sondern in einem Unterlassen.

5. Eine Strafbarkeit von Kirchenangehörigen im Zeitraum nach der negativen Entscheidung im Dossierverfahren wegen Beihilfe durch Unterlassen ist nicht gegeben, wenn diese – wovon in der Regel auszugehen ist – keine rechtliche Verpflichtung trifft, das Kirchenasyl aktiv zu beenden. Eine Garantenstellung i. S. d. § 13 StGB besteht insbesondere weder aufgrund eines pflichtwidrigen Vorverhaltens noch aus der Vereinbarung vom 24. 2. 2015 oder der Verantwortlichkeit für die kirchlichen Räumlichkeiten.

6. Sollte im Einzelfall im Zusammenhang mit der Gewährung von „Kirchenasyl" der Tatbestand der (psychischen) Beihilfe zur Straftat des Asylsuchenden gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG erfüllt sein, so neigt der Senat zu der Auffassung, dass ein Handeln des Kirchenangehörigen aus Gewissensnot nicht als entschuldigt anzusehen ist. Die Rechtsordnung kann die Geltung von Strafrechtsnormen nicht von der Billigung durch den Einzelnen abhängig machen und sich damit unter den Vorbehalt individueller Akzeptanz stellen. Das Grundrecht der Gewissensfreiheit wirkt sich aber gegebenenfalls im Strafverfahren bei der Strafzumessung als allgemeines „Wohlwollensgebot" aus.

BayObLG, Urteil v. 25. 2. 2022 – 201 StRR 95/21 (Leitsätze der Red.).

Anmerkung

Dr. **Maximilian Lenk**, Tübingen*

Strafrecht und Kirchenasyl

Dem Volksmund zufolge ist man vor Gericht und auf hoher See in Gottes Hand. Auf diese Weisheit wird vielleicht auch der ein oder andere Geistliche vertrauen, wenn er einem Flüchtling in den Räumlichkeiten seiner Kirche sogenanntes Kirchenasyl gewährt. Mag er damit auch dem alttestamentlichen Gebot der Nächstenliebe entsprechen, so dürfte ihm

* Der Autor ist Habilitand und akademischer Mitarbeiter am Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Strafrecht, Strafprozessrecht sowie Umwelt- und Wirtschaftsstrafrecht von Professor Dr. *Bernd Hecker* an der Universität Tübingen.

JuristenZeitung 77, 623–628 DOI: 10.1628/jz-2022-0207
ISSN 0022-6882 © Mohr Siebeck 2022

aufgrund zahlreicher öffentlichkeitswirksam diskutierter Fälle mittlerweile bekannt sein, dass (insbesondere) die bayerischen Strafverfolgungsbehörden darin keinen Dienst an Gottes Werk, sondern eine weltliche Verfehlung gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG, § 27 StGB – Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt – erkennen. In ihrem Gottvertrauen dürfen sich die Geistlichen nunmehr bestärkt fühlen. Denn die Richter des *BayObLG*[1] bestätigten den erstinstanzlich ergangenen Freispruch eines Ordensbruders durch das *AG Kitzingen*[2] zwar nicht hinsichtlich der Begründung, wohl aber im Ergebnis. Der Entscheidung lag nach den Feststellungen des *AG* folgender Sachverhalt zugrunde:

> Der Angeklagte gewährte dem A. in der Zeit vom 25. 8. 2020 bis Dezember 2020 im Einvernehmen mit den anderen Angehörigen der Abtei B. in den dortigen Räumlichkeiten „Kirchenasyl" in Form der Gewährung von Unterkunft und Verpflegung. A. war erstmalig am 13. 4. 2020 in das Bundesgebiet eingereist und hatte am 22. 4. 2020 Asylantrag gestellt. Dieser war mit Bescheid des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge vom 12. 5. 2020 im Hinblick auf die Dublin-III-VO abgelehnt worden, da er bereits zuvor in Rumänien als asylsuchend registriert worden war. Damit war er, wie der Angeklagte wusste, seit 23. 5. 2020 vollziehbar ausreisepflichtig. Den Eintritt des A. in das Kirchenasyl teilte der Angeklagte dem BAMF noch am 25. 8. 2020 über das katholische Büro Bayern mit. Das BAMF lehnte am 12. 10. 2020 die Ausübung des Selbsteintrittsrechts ab und setzte eine Frist zum Verlassen des Kirchenasyls bis zum 15. 10. 2020, was der Angeklagte noch am selben Tage erfuhr, zeitnah dem A. mitteilte und mit ihm die weiteren Handlungsmöglichkeiten erörterte. Dieser verblieb weiterhin im Kirchenasyl. Nach Ablauf der Überstellungsfrist, welche am 12. 11. 2020 endete, verließ A. im Dezember 2020 die Abtei und befindet sich seither im deutschen Asylverfahren.[3]

I. Bislang offene Fragen bezüglich der Strafbarkeit gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG, § 27 StGB

Mit der obergerichtlichen Entscheidung verband sich die Erwartung größerer Rechtssicherheit und -klarheit, weil zahlreiche Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Gewährung von Kirchenasyl immer noch ungeklärt und umstritten waren bzw. sind.[4] Im Streit steht bei der Gewährung des Kirchenasyls (maßgeblich) eine Strafbarkeit wegen der Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt (§ 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG,§ 27 StGB).[5] Dabei betreffen die ungeklärten Rechtsfragen die vorsätzliche rechtswidrige Haupttat und die Beihilfehandlung gleichermaßen.

1. Zur vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat

Bezüglich der vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG entschied bereits das *OLG München* im Jahr 2018 wegweisend, dass der strafbefreiende Anspruch auf Erteilung einer Duldung zwar nicht aus der behördlichen Tolerierung des Kirchenasyls allein, wohl aber aus der Vereinbarung zwischen dem Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) und den Bevollmächtigten der evangelischen und katholischen Kirchen vom 24. 2. 2015 (siehe näher unten II. 1.) abzuleiten sei, solange die Behörde nicht eindeutig gegenüber dem Angeklagten und der zuständigen Kirchenleitung zum Ausdruck gebracht habe, dass die in der Vereinbarung zugesagte nochmalige Einzelfallprüfung negativ für den Angeklagten entschieden worden ist.[6]

Ausgehend von der Strafnorm in § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG („ohne erforderlichen Aufenthaltstitel") wird der Kenner verwaltungsaktakzessorischer Strafvorschriften *prima vista* überrascht sein, wenn er in der Entscheidung des *OLG München*, der – soviel vorweg – nunmehr auch das *BayObLG* beigesprungen ist, liest, dass allein der Anspruch auf Erteilung einer Duldung die Strafbarkeit und damit die vorsätzliche rechtswidrige Haupttat entfallen lassen soll. Denn im Umweltstrafrecht, welches das verwaltungsaktakzessorische Strafrecht als kernstrafrechtliche Materie maßgeblich prägte und prägt, käme ein solcher Urteilsspruch einer Kehrtwende gleich. Unter einem streng verwaltungsaktakzessorischen Verständnis wird hier überwiegend noch nicht einmal dem Anspruch auf Genehmigungserteilung legalisierende Wirkung zugesprochen,[7] was dann auch (erst recht) für den Anspruch auf die Erteilung einer „bloßen" Duldung gelten müsste. Im Ausländerstrafrecht ist man von diesen Grundsätzen aber bereits vor knapp 20 Jahren abgerückt, weil das *BVerfG* mit guten, vorwiegend aus der Dogmatik des Ausländergesetzes (heute Aufenthaltsgesetz) abgeleiteten Gründen die Strafgerichte von Verfassungs wegen dazu anhielt, selbstständig zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Erteilung einer ausländerrechtlichen Duldung im Tatzeitraum vorgelegen haben und entschied, dass bejahendenfalls eine Strafbarkeit wegen unerlaubten Aufenthalts (§ 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG) entfällt.[8]

2. Zur Beihilfestrafbarkeit von Geistlichen wegen der Gewährung von Kirchenasyl

In Bezug auf die mit dem Kirchenasyl verbundenen Beihilfehandlungen, also die Beherbergung, Betreuung, Verpflegung, Bekleidung (etc.) des Asylsuchenden war und ist einiges unklar. Rekurrierte die Rechtsprechung bis Mitte der 2000er Jahre noch maßgeblich auf die Entschlossenheit des Haupttäters, ohnehin im Land bleiben zu wollen, weil sie davon ausging, dass der Teilnehmer durch entsprechende Beihilfehandlungen sodann die durch den Täter verwirklichte Rechtsgutsverletzung ohnehin nicht mehr konkret fördern könne,[9] wurde daran rechtsdogmatische Kritik laut. Und dies völlig zu Recht: Denn es war nicht einzusehen, dass eine Beihilfestrafbarkeit beim Dauerdelikt des unerlaubten Aufenthalts maßgeblich von der Entschlossenheit des Haupttäters abhängen sollte, wo doch im Übrigen die Möglichkeit der Beihilfe gegenüber dem *omnimodo facturus* außer Zweifel steht.[10] Der *BGH* schloss sich in der Folge dieser Kritik an, ließ dabei aber offen, ob eine Beihilfe zumindest dann ausscheidet, wenn sie allein aus humanitären Gründen erfolgt, etwa um dem Haupttäter eine Unterbringung in men-

1 *BayObLG*, Urteil v. 25. 2. 2022 – 201 StRR 95/21, abrufbar unter https://openjur.de/u/2388873.html; im Folgenden zitiert nach den dortigen Rn.

2 *AG Bad Kitzingen* StV 2021, 647.

3 *BayObLG* v. 25. 2. 2022 (Fn. 1), Rn. 11.

4 Vgl. nur die Meldung bei beck-link 2014166 zum geäußerten Wunsch der Evangelisch-Lutherischen Kirche nach einer grundsätzlichen rechtlichen Klärung (im Nachgang auf die Verfahrenseinstellung durch das *AG Sonthofen*).

5 Zu möglichen weiteren einschlägigen Strafnormen *Radtke/Radtke* ZevKR 1997, 23 (29 ff.).

6 *OLG München* NJW 2018, 3041 (3043).

7 Vgl. *BGHSt* 37, 21 (28 f.); *OLG Frankfurt* NJW 1987, 2753 (2755); *OLG Köln* wistra 1991, 74 (75); *Schall*, in: SK-StGB, 9. Aufl. 2016, Vor § 324 Rn. 90 m. w. N.; anders etwa *Saliger*, in: SSW-StGB, 5. Aufl. 2021, Vor § 324 Rn. 34, ebenfalls m. w. N.

8 *BVerfG* NStZ 2003, 488 (489) m. zust. Anm. *Mosbacher*.

9 Vgl. *BGH* NJW 1990, 2207 (2208); *BayObLG* NStZ 1999, 627 f.; NJW 2002, 1663 (1664); *OLG Düsseldorf* StV 2002, 312; *KG* NStZ 2006, 530 (531).

10 Instruktiv dazu der Beitrag von *König* NJW 2002, 1623, *passim*; darauf bezugnehmend dann (soweit ersichtlich) erstmals *OLG Frankfurt* NStZ-RR 2005, 184 (186); dies bedauert, aber wohl eher in einem politischen als rechtlichen Sinne, *Kretschmer* ZAR 2013, 278 (280 f.).

schenunwürdigen Verhältnissen zu ersparen.[11] Entsprechend dieser Grundsätze haben manche Amts- und Landgerichte auch in Fällen des Kirchenasyls entschieden, dass die im Zusammenhang mit dem Kirchenasyl stehenden Unterstützungsleistungen schon gar keine strafbaren Beihilfehandlungen darstellten. Vielmehr seien diese von neutraler Natur und schafften keine rechtlich missbilligte Gefahr, durch die dem Ausländer fördernd ermöglicht werde, im Land zu bleiben.[12] In einer Entscheidung aus dem Jahr 2010 verwahrt sich das *OLG Hamm* zwar gegen eine Generalisierung hinsichtlich jedweden Handelns mit einer humanitären Motivation, erkennt die Straflosigkeit entsprechender Unterstützungshandlungen aber immerhin insoweit an, als die Hilfeleistung der Behebung einer akuten Notsituation dient und ihr Umfang nicht über das Maß der im Einzelfall gebotenen – in der Regel kurzfristigen – Nothilfemaßnahmen hinausgeht.[13]

Andere Amtsgerichte gingen weniger zimperlich vor und erachteten die Verhaltensweisen für strafrechtlich relevant, wenngleich die Folgen stets überschaubar blieben: So stellte etwa das *AG Sonthofen* ein gegen einen Pfarrer geführtes Verfahren gegen Zahlung einer Geldauflage i. H. v. 3000 EUR ein.[14] Das *AG Würzburg* erkannte eine Ordensschwester, das *AG Bayreuth* einen Pfarrer der Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt für schuldig; beide sprachen jeweils Verwarnungen unter Strafvorbehalt aus (im ersten Fall: 30 Tagessätze zu je 20 EUR; im zweiten Fall: 15 Tagessätze zu je 100 EUR).[15] Sie verwiesen dabei auf die Gefahr, dass mit der Anerkennung eines durch Art. 4 GG statuierten Entschuldigungsgrunds Kirchenvertreter oder sonstige Interessengruppen Sonderrechte für sich oder eine Allgemeinverbindlichkeit für das in Anspruch nehmen könnten, was sie gerade für falsch oder richtig befinden; das hielt sie freilich nicht davon ab, die ehrenwerten Tatmotive strafmildernd zu berücksichtigen.

Entsprechende Bedenken teilte das *AG Kitzingen* als Vorinstanz des *BayObLG* offenbar nicht, als es das Verhalten des angeklagten Ordensbruders für entschuldigt befand, wobei es dahinstehen ließ, ob dieser Entschuldigungsgrund auf einer unmittelbaren Anwendung des Art. 4 Abs. 1 GG oder auf einer Rechtsfolgenanalogie zu § 35 StGB beruhen soll.[16] Wenngleich in der Literatur zunehmend Tendenzen erkennbar sind, grundrechtliche Wertungen grundsätzlich auf Rechtswidrigkeitsebene zu berücksichtigen,[17] wird die Gewissensfreiheit – auch im Zusammenhang mit der Gewährung von Kirchenasyl durch Geistliche – aufgrund ihres individuell-persönlichen Charakters überwiegend der Entschuldigungsebene[18] zugewiesen oder ein auf Art. 4 GG gründender Strafausschließungsgrund[19] erwogen. Folglich herrscht auch noch keine Gewissheit über die Geltungs- und Durchsetzungskraft der Gewissensfreiheit im Strafrecht, mithin darüber, wie das Strafrecht mit Tätern umgehen soll, die sich im 501. Jahr nach dem Wormser Reichstag noch ganz im *Luther*'schen Sinne zu ihrer „Tat" bekennen („Hier stehe ich und kann nicht anders!"[20]).Unter diesen Vorzeichen erging die mit Spannung erwartete Entscheidung des *BayObLG*.

II. Die Entscheidung des BayObLG

Salopp ausgedrückt ist die Entscheidung des *BayObLG* vor allem eines – typisch deutsch: Denn sie enthält weder ein mutiges Bekenntnis – sei es zur Straflosigkeit humanitär begründeter Beihilfehandlungen oder zu einem durch die Gewissensfreiheit begründeten Entschuldigungsgrund – noch einen staatlich-autoritären Fingerzeig an die Kirchen im Sinne eines „So geht es nicht!". Vielmehr beschreitet der Senat den bereits vom *OLG München* vorgezeichneten Weg der Verfahrensformalisierung. Auf diese Weise stellt das *BayObLG* den Kirchen und ihren Vertretern allerdings einen Persilschein für die Gewährung von Kirchenasyl aus: Halten sich die Geistlichen an die Vorgaben gemäß der zwischen den Kirchen und dem BAMF ausgehandelten Vereinbarung vom 24. 2. 2015, haben sie bis zum negativen Ausgang der erneuten Einzelfallprüfung durch das BAMF nichts zu befürchten, weil schon keine vorsätzliche rechtswidrige Haupttat vorliegt. Aber auch danach besteht für die Geistlichen kein Strafbarkeitsrisiko. Denn die fortgesetzte Beherbergung und Verpflegung von vollziehbar ausreisepflichtigen Asylsuchenden wertet das *BayObLG* nicht als aktives Tun, sondern als Unterlassen. Weil die vorangegangene (aktive) Aufnahme ins Kirchenasyl rechtmäßig – gemäß den Regeln der Verfahrensabsprache zwischen BAMF und Kirchen – erfolgte, sieht das *BayObLG* kein pflichtwidriges Vorverhalten, welches eine (Garanten-)Pflicht zur Beendigung des Kirchenasyls, das heißt zur Entfernung des Asylsuchenden aus den Räumlichkeiten der Kirche begründen könnte.

Im Ergebnis verdient dieser bürokratisch-formalisierte Weg Zustimmung. Doch wirft er einige rechtliche Fragen

11 Vgl. bereits *BGH* NJW 1990, 2207 (2208): „Diese Umstände lassen in ihrer Gesamtheit erkennen, daß der Angekl. die Thailänderinnen nicht nur aus humanitären Gründen beherbergt, sondern ihnen bewußt die Voraussetzungen dafür gewährt hat, daß sie in B. der Prostitution nachgingen"; darauf bezugnehmend *BGH* NStZ 2010, 171 (172): „Soweit der BGH eine Ausnahme für den Fall erwogen hat, dass der Gehilfe dem Haupttäter eine Unterbringung in menschenunwürdigen Verhältnissen ersparen will [...], ist vorliegend nicht ersichtlich, dass sich der Angekl. von derartigen Motiven hat leiten lassen." Befürwortend auch *Hartmann* ZStW 2004, 585 (602 ff.); *Kretschmer* ZAR 2013, 278, passim; *Mosbacher* NStZ 2010, 457 (458);

12 So *LG Bad Kreuznach* InfAuslR 2019, 362 (363 f.), wobei es um Durchsuchungsbeschlüsse im Zusammenhang mit einem Ermittlungsverfahren gegen fünf Pfarrerinnen und Pfarrer ging; zust. *AG Landau/Isar* StV 2020, 610; so wohl auch *LG Bielefeld*, Urteil v. 13. 7. 2009 – 5 Ns 46 Js 531/06 (29/09), nicht veröffentlicht (siehe aber die wiedergegebenen Gründe in der Revisionsentscheidung des *OLG Hamm*, Beschluss v. 1. 6. 2010 – III-3 RVs 310/09, juris, Rn. 17).

13 Zitiert nach *OLG Hamm*, Beschluss v. 1. 6. 2010 – III-3 RVs 310/09, juris, Rn. 36.

14 *AG Sonthofen*: Allgäuer Pfarrer muss für Gewährung von Kirchenasyl Geldauflage zahlen, becklink 2014166.

15 Vgl. zum Fall des *AG Würzburg* https://www.br.de/nachrichten/bayern/kirchenasyl-prozess-geldstrafe-fuer-wuerzburger-ordensfrau,SZBkM89; zum Fall des *AG Bayreuth*, Urteil v. 8. 11. 2021 – 3 Cs 241 Js 1888/21 (nicht veröffentlicht) siehe die Pressemitteilung des *LG Bayreuth* v. 30. 11. 2021 (abrufbar bei juris).

16 *AG Kitzingen* StV 2021, 647; dagegen eingehend *Enkert* ZAR 2021, 373 (375 ff.).

17 So dann auch für die Glaubens- und Gewissensfreiheit im Zusammenhang mit der Gewährung des Kirchenasyls *Huber* ZAR 1988, 153 (156 f.); wenngleich nur sehr restriktiv auch *Brand/Winter* JuS 2021, 113 (116 f.); allgemein *Schmidt*, Grundrechte als verfassungsunmittelbare Strafbefreiungsgründe – Zu Methode und Praxis der Verfassungseinwirkung auf das materielle Strafrecht, 2008, S. 188 ff., 201 ff. (explizit zum Kirchenasyl).

18 Explizit zum Kirchenasyl *Radtke/Radtke* ZevKR 1997, 23 (52 ff.); allgemein *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. Aufl. 2020, § 22 Rn. 122 ff.; im Zusammenhang mit den Wehrdienstverweigerer-Fällen plädiert *Höcker*, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und seine Auswirkungen im Strafrecht, 2000, S. 111, im Ergebnis für eine Berücksichtigung auf Schuld- oder Strafzumessungsebene.

19 Vgl. etwa *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 47 III.

20 Dass *Luther* diese Worte selbst nicht benutzte, sondern diese sich später nur in der Druckfassung wiederfanden, mag hier dahinstehen.

auf, weil mit der Verfahrensabsprache zwischen dem BAMF und den Kirchen vom 24. 2. 2015 ein informelles Verwaltungshandeln im Raum steht, über das keinerlei Klarheit besteht. Die Schuld dafür ist freilich nicht bei den Richtern des *BayObLG* zu suchen, die sich alle Mühe geben, das ein wenig kafkaesk anmutende Regelungsregime in geordnete (straf-)rechtliche Bahnen zu lenken. Verantwortlich für dieses Regelungsregime zeichnen vielmehr das BAMF und die Innenministerien auf Bundes- und Länderebene, deren „Politik des Kirchenasyls" sich in der Verfahrensabsprache und zahlreichen flankierenden Leitfäden, Erlassen und Weisungen (etc.) niedergeschrieben findet, die nicht nur tatsächlich sondern auch in ihrer rechtlichen Wirkung kaum mehr nachvollziehbar sind.[21] Wenn die Richter des *BayObLG* die Verfahrensabsprache wiederholt als rechtlich unverbindlich ausweisen, diese aber zugleich zum rechtlichen Dreh- und Angelpunkt ihrer aufenthalts- und sodann auch strafrechtlichen Bewertung machen, weil sie den Staat dadurch als gebunden ansehen,[22] erscheint dies doch zumindest zweifelhaft. Nun aber der Reihe nach:

1. Zur vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat

Zuzustimmen ist dem *BayObLG* im Ausgangspunkt darin, dass ein strafbefreiender Anspruch auf Duldungserteilung nicht durch den Eintritt in das Kirchenasyl allein begründet wird.[23] Zu Recht verweist es darauf, dass für die Kirchen insoweit kein Sonderrecht existiert, aufgrund dessen die Behörden daran gehindert sein könnten, eine Überstellung durchzuführen und hierfür gegebenenfalls unmittelbaren Zwang anzuwenden. Mithin steht unter der Geltung des Grundgesetzes weitgehend außer Streit, dass das sogenannte Kirchenasyl kein gegenüber staatlichen Institutionen geltendes Recht begründet.[24] Vielmehr wird es von Geistlichen nur in der Erwartung vollzogen, dass die staatlichen Stellen den sakralen Charakter der Räumlichkeiten achten und es nicht wagen, diesen durch Vollzugsmaßnahmen zu entweihen. Glaubt man Berichten, kommen die Behörden dieser Erwartungshaltung in der Praxis wohl auch häufig nach, obgleich dahingehende Pflichten nicht bestehen.[25]

Wenn feststeht, dass ein solches Sonderrecht der Kirchen nicht existiert, muss es verwundern, wie und warum das BAMF in Absprache mit den Kirchen *de facto* ein ebensolches Sonderrecht begründen kann. Denn den Anspruch auf Erteilung einer Duldung leitet das *BayObLG* (wie schon zuvor das *OLG München*) maßgeblich aus der Verfahrensabsprache zwischen dem BAMF und den Kirchen her, welche aus einem Spitzengespräch des BAMF-Präsidenten mit Bevollmächtigten der evangelischen und katholischen Kirche am 24. 2. 2015 hervorging.[26] Misslich ist schon die formale Intransparenz dieser Verfahrensabsprache. Entsprechend muss das Gericht auf einen „[…] soweit ersichtlich – nicht öffentlich verfügbar[en]" Vermerk verweisen, dessen Inhalt sich die Richter mittels verschiedener Bundestags-Drucksachen (parlamentarische Anfragen rund um Fragen des Kirchenasyls) regelrecht zusammensuchen müssen.[27] Erst hiernach ergibt sich für den Senat das folgende Bild: Die Kirchen informieren das BAMF über den Eintritt in das Kirchenasyl und legen ihm im Anschluss aussagekräftige Dossiers zu dem jeweils Asylsuchenden vor, aus denen sich eine begründete, humanitäre Härte im Einzelfall ergibt. Im Gegenzug sind die Außenstellen beim BAMF dazu angehalten, nach Eingang des Dossiers keine weiteren Schritte einzuleiten und bis zur abschließenden Entscheidung über ein mögliches Selbsteintrittsrecht aufgrund besonderer Härte gemäß Art. 17 Abs. 1 Dublin-III-VO von einer Dublin-Rücküberstellung in einen anderen Mitgliedstaat abzusehen.[28] Insbesondere aus Letzterem leitet das *BayObLG* ein faktisch bestehendes Vollzugshindernis aufgrund einer politischen Entscheidung her, welches einen Anspruch auf Duldungserteilung begründet und sodann die Strafbarkeit gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG entfallen lässt (dazu oben I. 1.).[29]

Im Ergebnis ist dem zuzustimmen. Zunächst jedoch bereitet nicht nur die rechtliche Einordnung der Verfahrensabsprache erhebliche Schwierigkeiten,[30] vielmehr erscheinen auch Zweifel an der Zulässigkeit einer solchen Verfahrensabsprache angebracht.[31] Denn in der Konsequenz führt sie zu einer abstrakt-generellen Begründung eines Duldungsanspruchs, weil für eine unbestimmte Anzahl von Fällen und Personen ein Duldungsanspruch schon allein dadurch begründet wird, dass das BAMF über den Eintritt in das Kirchenasyl informiert wird. Damit aber werden die Schranken des Rechtsformvorbehalts gesprengt,[32] weil die Prüfung des Selbsteintrittsrechts gemäß Art. 17 Abs. 1 Dublin-III-VO oder die Prüfung von Abschiebehindernissen gemäß

21 Allein die Darstellung der administrativen Maßnahmen zum Kirchenasyl nach Inhalt und Form nimmt in der monographischen Aufarbeitung von *Bohm*, Kirchenasyl unter der BAMF-Kirchen-Vereinbarung – Zur Verrechtlichung des Kirchenasyls in Folge der Flüchtlingskrise, 2021, fast 50 Seiten ein (S. 25–72).

22 Vgl. *BayObLG* v. 25. 2. 2022 (Fn. 1), Rn. 28.

23 Hierzu und zum Folgenden lehrreich und eingehend *BayObLG* v. 25. 2. 2022 (Fn. 1), Rn. 23; anders wohl das *AG Freising* in seinem Urteil, über dessen Revision das *OLG München* (NJW 2018, 3041) entschied (dieses Urteil findet sich nirgends abgedruckt, vgl. aber die Wiedergabe der Gründe bei *Preuß* BayVBl. 2018, 787 f.).

24 So auch schon *OLG München* NJW 2018, 3041 (3042 f.); eingehend dazu auch *Bohm* (Fn. 21), S. 76 ff.;

25 *Radtke/Radtke* ZevKR 1997, 23 (25, 32); ferner *Larsen*, in: *Gornig/Horn* (Hrsg.), Migration, Asyl, Flüchtlinge und Fremdenrecht: Deutschland und seine Nachbarn in Europa vor neuen Herausforderungen, 2017, S. 148 (168 f.): „Die Hintergründe entziehen sich freilich nahezu gänzlich juristischer Fassbarkeit." Die politische Tragweite entsprechender Vorgehensweisen veranschaulicht *v. Münch* NJW 1995, 2271.

26 *BayObLG* v. 25. 2. 2022 (Fn. 1), Rn. 24 ff.; zu der BAMF-Kirchen-Vereinbarung eingehend *Bohm* (Fn. 21), S. 31 ff.

27 Vgl. *BayObLG* v. 25. 2. 2022 (Fn. 1), Rn. 25, unter Verweis auf BT-Drs. 18/9894, S. 2; BT-Drs. 19/3526, S. 3; BT-Drs. 19/2349, S. 1. Mehr Klarheit bringt nun die monographische Ausarbeitung von *Bohm* (Fn. 21), S. 31 f., wonach offenbar auch das Ergebnis der Gespräche im Rahmen einer Pressemitteilung des Bundesamtes mit einem Zusatz des damaligen Bundesinnenministers veröffentlicht wurde.

28 Nur am Rande sei hier darauf hingewiesen, dass erst im Dublin-Leitfaden des BAMF vom März 2019 erstmals der Satz auftauchte, dass das BAMF von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen während der Dossierprüfung absieht, vgl. *Bohm* (Fn. 21), S. 31 (dazu, dass davon im ursprünglichen Vermerk keine Rede war), 59 f. (über die Ergänzung im Dublin-Leitfaden vom März 2019). Aus dem vom BAMF öffentlich zugänglich gemachten „Merkmal Kirchenasyl im Kontext von Dublin-Verfahren" (https://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/AsylFluechtlingsschutz/merkblatt-kirchenasyl.pdf?__blob=publicationFile&v=7; zuletzt abgerufen: 26. 4. 2022) ist von einer irgendwie gearteten Selbstbindung des BAMF, während der Prüfphase keine weiteren Schritte einzuleiten bzw. von einer Rücküberstellung abzusehen, keine Rede.

29 *BayObLG* v. 25. 2. 2022 (Fn. 1), Rn. 27.

30 Zum Rechtscharakter der Verfahrensabsprache eingehend *Bohm* (Fn. 21), S. 34, der sie selbst als informale Absprache einordnet.

31 Ebenfalls kritisch im Hinblick auf die Gesetzesbindung und den Gleichheitsgrundsatz *Larsen*, in: *Gornig/Horn* (Fn. 25), S. 148 (169 ff.); anders aber *Bohm* (Fn. 21), S. 43 ff.

32 Zum Rechtsformvorbehalt und der Rechtsformmanipulation als „Grundproblem informellen Verwaltungshandelns" (im Allgemeinen) *Burmeister* VVDStRL 52 (1993), S. 190 (232 f.); relativierend *Schulte*, Schlichtes Verwaltungshandeln – Verfassungs- und verwaltungsrechtsdogmatische Strukturüberlegungen am Beispiel des Umweltrechts, 1995, S. 124 f.

§ 34a AsylG – das sind jene Rechtsnormen, die als Ermächtigungsgrundlage (sofern eine solche überhaupt für notwendig befunden wird) für die Verfahrensabsprache angeführt werden[33] – doch immer nur eine Entscheidung im konkreten Einzelfall tragen.

Selbst wenn man die Verfahrensabsprache als rechtliches *Nullum* ansieht, ändert das an dem Anspruch auf Duldungserteilung jedoch nichts, weil die Innenministerien der Länder (mittlerweile wohl flächendeckend) darauf aufbauende Verwaltungsvorschriften erlassen haben, wonach während des „Dossierverfahrens" keine Abschiebungen von Kirchenasyl-Flüchtlingen durchgeführt werden sollen.[34] Jedenfalls die daraus entstandene Verwaltungspraxis begründet in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG eine Selbstbindung der Verwaltung, aus welcher der „Kirchenasylant" einen Anspruch gegen den Staat darauf herleiten kann, dass während des Dossierverfahrens auf aufenthaltsbeendende Maßnahmen verzichtet wird.[35] Mithin scheidet eine Beihilfestrafbarkeit der Kirchenasyl gewährenden Geistlichen gemäß § 92 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG, § 27 StGB mangels einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat bis zum Abschluss des Dossierverfahrens aus.

2. Zur Beihilfestrafbarkeit nach Abschluss des Dossierverfahrens

Folgerichtig verneint das *BayObLG* dann auch eine Beihilfestrafbarkeit für die Gewährung des Kirchenasyls nach (negativem) Ausgang des Dossierverfahrens. Die maßgebliche Weiche stellt das Gericht dadurch, dass es in der Fortgewährung des Kirchenasyls kein aktives Tun, sondern ein Unterlassen erkennt. Dagegen lässt sich zwar der alte Vorwurf erheben, wonach die Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen häufig ergebnisorientiert erfolgt.[36] Der vorliegende Fall zeigt aber auch, wie schwierig – gerade bei einem Dauerdelikt wie der Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt – die Abgrenzung sein kann, wenn sich die Hilfeleistung nicht in einer einzigen Handlung erschöpft, sondern durch ein ganzes Bündel von Handlungen erfolgt. Wenn das *BayObLG* insoweit feststellt, dass durch die anfängliche Aufnahme in das Kirchenasyl eine Unterbringungssituation geschaffen wurde, die nur durch aktives Tun wieder hätte aufgelöst werden können und diesbezüglich nur der Vorwurf im Raum stehe, dass der Angeklagte den aufgenommenen Asylsuchenden nicht des Hauses verwiesen und seinen Weggang aus der Abtei gegebenenfalls zwangsweise durchgesetzt, mithin also etwas unterlassen hat, überzeugt das.[37] Zumal das Gericht nicht darüber hinweggeht, dass sich die Beihilfe des Angeklagten zum unerlaubten Aufenthalt nicht in der bloßen (Fort-)Gewährung der Herberge erschöpft, sondern er überdies auch (aktiv) Mahlzeiten zur Verfügung gestellt hat. Ob diese aktiven Beiträge (in Form der Verpflegung) überhaupt strafbare Beihilfehandlungen darstellen oder als humanitäre Leistungen nicht lediglich der Verhinderung menschenunwürdiger Existenz dienen (und nicht der Vertiefung des unerlaubten Aufenthalts), lässt das *BayObLG* ausdrücklich dahinstehen, weil es den Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit in einem Unterlassen, namentlich der Nichtbeendigung des Kirchenasyls, verortet. Diese Gesamtbetrachtung und die Präferenz des *BayObLG* für das Unterlassen überzeugen.[38] Die denkbare Alternative („Logis ohne Kost") den Geistlichen abzuverlangen, erschiene doch einigermaßen wirklichkeitsfremd.

Weil das Gericht in den Feststellungen des *AG* auch keine Hinweise auf eine (aktive) psychische Beihilfe sieht, setzt es sich im Folgenden ausführlich und überzeugend mit allen nur denkbaren Begründungansätzen für eine Garantenpflicht auseinander, wie sie für die Unterlassungsstrafbarkeit gemäß § 92 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG, § 27 StGB i. V. m. § 13 StGB konstitutive Voraussetzung ist.[39] Am naheliegendsten ist sicherlich die Garantenpflicht aus Ingerenz, weil der Geistliche durch die Aufnahme ins Kirchenasyl immerhin die Möglichkeit dafür geschaffen hat, dass der Asylsuchende nach negativem Ausgang des Dossierverfahrens in den kirchlichen Räumen verbleibt.[40] Mangels deren Pflichtwidrigkeit – die Aufnahme in das Kirchenasyl war (wie oben dargestellt) rechtmäßig und entsprach der Verfahrensabsprache zwischen dem BAMF und den Kirchen – verneint das *BayObLG* zutreffend eine daraus erwachsene Pflicht des Ordensbruders, das Kirchenasyl zu beenden.

3. Handeln aus Gewissensnot

In einem *obiter dictum* nimmt das *BayObLG* letztlich noch dazu Stellung, wie es ein Handeln aus Gewissensnot strafrechtlich eingeordnet wissen will.[41] Auf der Linie bisheriger Judikate neigt auch der Senat dazu, ein Handeln aus ernster Gewissensnot nicht als entschuldigt anzusehen, weil die Geltung der Rechtsordnung nicht von der Billigung durch den Einzelnen abhängig gemacht werden und sich damit unter den Vorbehalt individueller Akzeptanz stellen könne.[42] Durchaus instruktiv ist die weitere dogmatische Begründung. Dabei führt das *BayObLG* die (positivierten) Entschuldigungsgründe auf die beiden Aspekte der objektiven Unrechtsminderung und den zugrundeliegenden Motivationsdruck zurück und leitet daraus ab, dass die durch die Gewissensnot begründete psychische Zwangslage allein keinen Entschuldigungsgrund statuieren könne.[43]

III. Fazit und rechtspolitische Forderung

Die ausführlich begründete Entscheidung des *BayObLG* verdient im Ergebnis Zustimmung. Gleichzeitig führt sie dem Leser das noch immer problematische Verhältnis des Staates zu den „großen" Kirchen vor Augen. Häufig sind es dieselben Politiker, die einerseits auf die Durchsetzung des

33 Die Bundesregierung der 19. Legislaturperiode (vgl. BT-Drs.19/2349, S. 1) und der Wissenschaftliche Dienst des deutschen Bundestags (Ausarbeitung: Fragen zum Kirchenasyl – WD 3 – 3000 – 284/18, S. 12) erachten eine Rechtsgrundlage aufgrund des rechtsunverbindlichen Charakters nicht für notwendig; Letzterer verweist in diesem Zusammenhang immerhin auf diese beiden Normen.

34 Vgl. *Bohm* (Fn. 21), S. 53 ff. (zum Kirchenasyl-Erlass in NRW), S. 60 (zu weiteren Weisungen auf Landesebene).

35 Überzeugend *Bohm* (Fn. 21), S. 70 f.

36 Vgl. nur *Eisele*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Aufl. 2019, Vor § 13 Rn. 158.

37 Hierzu und zum Folgenden *BayObLG* v. 25. 2. 2022 (Fn. 1), Rn. 33.

38 Und sieht sich auch nicht dadurch infrage gestellt, dass die Begründung des Kirchenasyls selbst durch aktives Tun erfolgt ist – diese „Tat" wurde ja bereits oben für straflos befunden; mithin erscheinen die Ausführungen in *BayObLG* v. 25. 2. 2022 (Fn. 1), Rn. 36 (auch zu den Grundsätzen der sogenannten neutralen Beihilfe) überflüssig.

39 *BayObLG* v. 25. 2. 2022 (Fn. 1), Rn. 38 ff.

40 Dazu *BayObLG* v. 25. 2. 2022 (Fn. 1), Rn. 39 ff.

41 *BayObLG* v. 25. 2. 2022 (Fn. 1), Rn. 52 ff.

42 *BayObLG* v. 25. 2. 2022 (Fn. 1), Rn. 55, unter Bezugnahme auf *BGHSt* 2, 194 (208: „Die Schuld des Überzeugungstäters liegt darin, daß er bewusst an die Stelle der Wertordnung der Gemeinschaft seine eigene setzt und von dieser her im Einzelfalle falsch wertet"); *BGHSt* 4, 1 (3); 8, 162 (163 ff.) – zum Überzeugungstäter.

43 *BayObLG* v. 25. 2. 2022 (Fn. 1), Rn. 55, unter Bezugnahme auf *Radtke* GA 2000, 19 (35).

Rechts pochen, andererseits demonstrativ den christlichen Glauben – etwa in Gestalt des Kreuzes – in die Amtsstuben tragen wollen. Das Urteil demonstriert, auf welche Irrwege derlei Verquickungen führen: Das BAMF stellt durch die Verfahrensabsprache mit den Kirchen die Legitimität seiner eigenen Bescheide in Abrede und sabotiert auf diese Weise sein eigenes Handeln.[44] Denn mittels der Gewährung des Kirchenasyls können die Kirchen staatlich vollziehbare, mitunter gerichtlich überprüfte Bescheide faktisch wertlos machen, indem sie die in Art. 29 Abs. 1 und Abs. 2 Dublin-III-VO geregelte Überstellungsfrist überbrücken und auf diese Weise die Zuständigkeit des BAMF für die Durchführung des Asylverfahrens begründen.[45]

Dem säkularen Rechtsstaat steht das nicht gut zu Gesicht. Im Rechtsstaat können nur der Gesetzgeber, der den unerlaubten Aufenthalt bei vollziehbarer Ausreisepflicht unter Strafe gestellt hat, und die dazu berufenen staatlichen Organe darüber entscheiden, wer auf welche Weise Schutz durch das Asylrecht erfährt beziehungsweise wer das Land wieder verlassen muss.[46] Wem wahrhaftig an der Durchsetzung rechtsstaatlicher Verfahren gelegen ist, der kann aus der Entscheidung daher nur eine rechtspolitische Forderung ableiten:[47] Das BAMF muss die Verfahrensabsprache mit den Kirchen schnellstmöglich auf Eis legen, die Innenministerien ihre entsprechende Verwaltungspraxis einstellen.

44 Böser Wille soll dem BAMF hier insoweit nicht unterstellt werden. Hat die Behörde die Vereinbarung ursprünglich getroffen, um Kirchenasyl zu verhindern, so muss sie nun aber feststellen, dass aus dem Wunsch organisatorischer Bündelung der Verfahren das Gegenteil erwachsen ist; vgl. zu dem Wandel gegenüber früheren Absprachen *Bohm* (Fn. 20), S. 32 f.

45 Das ist der eigentliche Zweck des Kirchenasyls, denn nach Ablauf der Überstellungsfrist wird das Kirchenasyl in der Regel beendet; vgl. *Preuß* BayVBl. 2018, 787.

46 Dazu nur *v. Münch* NJW 1995, 2271.

47 Ähnlich bereits *Schwemer* ZRP 2017, 125 (126): „Problematisch an der derzeitigen Praxis des Kirchenasyls ist, dass das BAMF im Falle des Kirchenasyls den zivilen Ungehorsam gegen sich selbst anerkennt und faktisch legitimiert. Dadurch kratzt der Staat an seinem eigenen Fundament. Denn ein Rechtsstaat fußt auf der Loyalität zum positiven Recht und seiner Durchsetzung. Deshalb hätte es jedenfalls nicht zum Abschluss dieser Vereinbarung zwischen dem BAMF und den christlichen Kirchen über die Anerkennung des Kirchenasyls kommen dürfen.“ Auf die Widersprüchlichkeiten, die daraus erwachsen, dass der Staat die Abschiebung trotz rechtlicher und tatsächlicher Möglichkeit nicht vollstreckt, gleichzeitig aber gegen den Ausländer den strafrechtlichen Vorwurf erhebt, sich illegal im Land aufzuhalten, weist wiederholt und zu Recht *Wu* InfAuslR 2018, 249 (251, 253) hin.

Aktuelles aus der Rechtsprechung

BVerfG zur Abhängigkeit sozialrechtlichen Verwertungsschutzes für selbst bewohntes Wohneigentum von der aktuellen Bewohnerzahl

Die Klägerin des Ausgangsverfahrens lebte mit ihrem Ehemann in einem von ihnen erbauten und im Eigentum des Ehemannes stehenden Haus mit einer Wohnfläche von 143,69m². Die Eheleute zogen 1997 mit ihren sechs Kindern dort ein. Das letzte Kind zog im April 2013 aus. Seitdem bewohnten die Eheleute das Haus allein. Das Jobcenter lehnte den Antrag der Klägerin auf zuschussweise Leistungsgewährung ab, weil der Ehemann der Klägerin Eigentümer eines Hauses sei und damit Vermögen besitze, das den für die Klägerin und ihn maßgeblichen Freibetrag übersteige. Das Hausgrundstück sei auch verwertbar, da es mangels angemessener Größe kein Schonvermögen i. S. des § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 SGB II sei. Nach ständiger Rechtsprechung des *BSG* ist die angemessene Größe eines Hausgrundstücks mit Blick auf die Gesamtwohnfläche, differenziert nach der Anzahl der dort lebenden Personen zu bestimmen. Angemessen seien bei einem Zwei-Personen-Haushalt 90m².

Das *SG* setzte das sich anschließende Verfahren aus. Nach seiner Auffassung erzeugen § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 und Satz 2 SGB II in ihrem Zusammenwirken eine die Familie diskriminierende Wirkung, indem sie das Wohneigentum von Eltern in ihrer aktuellen Lebenssituation nur deshalb nicht schützen, weil sie in einer vorangegangenen Lebensphase Kinder betreut hätten, für die sie größeren Wohnraum hätten vorhalten müssen.

Der Erste Senat des *BVerfG* hat entschieden, dass die vorgelegte Norm ist mit dem Grundgesetz vereinbar. Art. 3 Abs. 1 GG gebietet, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln. Hieraus folgt das Gebot, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Damit ist dem Gesetzgeber allerdings nicht jede Differenzierung untersagt. Ebenso wenig ist er gehalten, Ungleiches unter allen Umständen ungleich zu behandeln. Der Gesetzgeber hat bei der Gewährung von Sozialleistungen, die an die Bedürftigkeit des Empfängers anknüpfen, grundsätzlich einen weiten Spielraum, wenn er Regelungen darüber trifft, ob und in welchem Umfang das Vermögen des Empfängers auf den individuellen Bedarf angerechnet wird. Das *BVerfG* kann insbesondere nicht prüfen, ob der Gesetzgeber im Einzelnen die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung gefunden hat.

Danach verstößt es nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG, dass § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 i. V. mit Satz 2 SGB II allen Betroffenen gleichermaßen die Verwertung von aktuell unangemessen großem Wohneigentum abverlangt, ohne danach zu unterschieden, ob es sich um schon immer in diesem Sinne unangemessen großes Wohneigentum handelt oder ob es früher mit Kindern bewohnt wurde und vor deren Auszug angemessen i. S. von § 12 Abs. 3 Nr. 4 SGB II war. Nicht zu berücksichtigen, ob in dem aktuell zu groß bemessenen Wohneigentum einst Kinder erzogen wurden, für die entsprechend größerer Wohnraum vorgehalten werden musste, entspricht dem allgemeinen System der Grundsicherung, staatliche Leistungen nachrangig zu gewähren. Den gegenwärtigen Bedarf als Bezugspunkt staatlicher Transferleistungen zu wählen, verfolgt einen verfassungsrechtlich legitimen Zweck; das Grundgesetz verwehrt dem Gesetzgeber nicht, soziale Leistungen zur Sicherung der menschenwürdigen Existenz nur dann zur Verfügung zu stellen, wenn Menschen ihre Existenz nicht vorrangig selbst sichern können. Für die Frage der angemessenen Größe von Wohnraum auf die aktuelle Bewohnerzahl abzustellen, ist zur Realisierung des Bedarfsdeckungsprinzips auch im verfassungsrechtlichen Sinne geeignet und erforderlich und die daraus für Eltern ausgezogener Kinder resultierende Ungleichheit steht zu dem Regelungszweck nicht außer Verhältnis. Denn auch der soziale Rechtsstaat ist darauf angewiesen, dass Mittel der Allgemeinheit, die zur Hilfe für deren bedürftige Mitglieder bestimmt sind, nur in Fällen in Anspruch genommen werden, in denen aktuell Bedürftigkeit vorliegt. Auf der anderen Seite werden den Betroffenen hier nicht Leistungen verwehrt, die sie zur Existenzsicherung benötigten. Denn sie verfügen über Wohneigentum, das sie einsetzen und damit ihren Bedarf selbst sichern können.

(BVerfG, Beschluss v. 28. 4. 2022 – 1 BvL 12/20.)

BVerfG zur Ablehnung von Beratungshilfe im sozialrechtlichen Widerspruchsverfahren

Der Beschwerdeführer bezog Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II. Mit Bescheiden aus dem April 2021 wurde die Leistungsbewilligung des Beschwerdeführers für den Zeitraum Juli bis Dezember 2020 endgültig festgesetzt und daneben eine Erstattungsforderung geltend gemacht. Grund für die Erstattungsforderung war unter anderem eine vom Jobcenter festgestellte Überzahlung aufgrund eines Betriebskostenguthabens aus dem Jahr 2019, welches vom Jobcenter in dem Zeitraum Juni bis November 2020 anteilig leistungsmindernd berücksichtigt wurde.

Der Beschwerdeführer beantragte beim *AG* die Bewilligung von Beratungshilfe. Er zweifelte an der Richtigkeit der Bescheide und wollte für die Gestaltung des Widerspruchs anwaltliche Hilfe in Anspruch nehmen. Er nannte der Rechtspflegerin einige Punkte, aufgrund derer die Bescheide nicht richtig sein könnten; unter anderem die leistungsmindernde Verrechnung des Betriebskostenguthabens über einen Zeitraum von sechs Monaten. Die Rechtspflegerin wies den Antrag wegen Mutwilligkeit zurück. Ein eventueller Widerspruch sei ohne anwaltliche Hilfe zu fertigen. Es lägen keine Anzeichen für eine konkrete Rechtsbeeinträchtigung vor.

Der Beschwerdeführer legte Erinnerung ein. Die Anrechnung der Betriebskosten und die Errechnung des Erstattungsbetrags seien komplexe Sachverhalte. Die Rechtspflegerin des *AG* half der Erinnerung nicht ab. Die Erinnerung wurde mit richterlichem Beschluss wegen Mutwilligkeit abgewiesen. Der Beschwerdeführer wünsche Beratungshilfe, um Leistungsbescheide des Jobcenters pauschal auf ihre Richtigkeit überprüfen zu lassen. Er könne nicht konkret darlegen, welche Fehler in den Bescheiden vorlägen. Auch habe er nicht vorgetragen, dass er sich selbst schriftlich oder durch Vorsprache beim Jobcenter um eine Aufklärung des Sachverhalts bemüht habe. Die von dem Beschwerdeführer erhobene Anhörungsrüge blieb ohne Erfolg. Mit seiner Verfassungsbeschwerde rügt er eine Verletzung der Rechtswahrnehmungsgleichheit (Art. 3 Abs. 1 i. V. mit Art. 20 Abs. 1 und 3 GG).

Die 1. Kammer des Ersten Senats des *BVerfG* hat entschieden, dass die zulässige Verfassungsbeschwerde offensichtlich begründet ist. Die angegriffenen Beschlüsse des *AG* verletzen den Beschwerdeführer in seinem Anspruch auf Rechtswahrnehmungsgleichheit.

Das Grundgesetz verbürgt in Art. 3 Abs. 1 i. V. mit Art. 20 Abs. 1 und 3 GG die Rechtswahrnehmungsgleichheit von Bemittelten und Unbemittelten bei der Durchsetzung ihrer Rechte auch im außergerichtlichen Bereich, somit auch im Hinblick auf die Beratungshilfe nach dem Beratungshilfegesetz. Unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten stellt die Versagung von Beratungshilfe keinen Verstoß gegen das Gebot der Rechtswahrnehmungsgleichheit dar, wenn Bemittelte wegen ausreichender Selbsthilfemöglichkeiten die Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe vernünftigerweise nicht in Betracht ziehen würden. Dabei kommt es darauf an, ob der dem Beratungsanliegen zugrundeliegende Sachverhalt schwierige Tatsachen- oder Rechtsfragen aufwirft und ob Rechtsuchende selbst über ausreichende Rechtskenntnisse verfügen. Keine zumutbare Selbsthilfemöglichkeit ist jedoch die pauschale Verweisung auf die Beratungspflicht der den Bescheid erlassenden Behörde.

Indem das *AG* das Beratungshilfebegehren des Beschwerdeführers nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 Beratungshilfegesetz als mutwillig erachtet hat, hat es Bedeutung und Reichweite der Rechtswahrnehmungsgleichheit verkannt. Der Beschwerdeführer hatte keine besonderen Rechtskenntnisse, und der zugrunde liegende Sachverhalt warf schwierige Tatsachen- und Rechtsfragen auf. Das gilt jedenfalls für die vom Beschwerdeführer angezweifelte Anrechnung des Betriebskostenguthabens auf den Leistungsanspruch und dessen Aufteilung auf einen Zeitraum von sechs Monaten. Zur Klärung dieser Frage durfte der Beschwerdeführer auch nicht an das Jobcenter verwiesen werden, weil dieses den angegriffenen Bescheid selbst erlassen hatte.

Die Einschätzung des *AG*, die vom Beschwerdeführer verfolgte Rechtsverfolgung sei mutwillig, ist nicht nachvollziehbar. Der Beschwerdeführer hatte nicht pauschal die Überprüfung eines Leistungsbescheids begehrt, sondern bereits konkret aufgezeigt, auf welche Punkte sich seine Zweifel an der Richtigkeit der Bescheide bezogen. Insbesondere hat er die Richtigkeit der – mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung tatsächlich nicht vereinbaren – Anrechnung eines Betriebskostenguthabens über sechs Monate hinweg angezweifelt. Nähere Erläuterungen zu der nicht einfach gelagerten Frage, ob diese Aufteilung zulässig ist oder nicht, konnten von ihm bei der Beantragung von Beratungshilfe schlechterdings nicht erwartet werden.

(BVerfG, Kammerbeschluss v. 4. 4. 2022 – 1 BvR 1370/21.)

Aus dem Inhalt der nächsten Hefte

Marietta Auer: Claus-Wilhelm Canaris – Eine Erinnerung in fünf Bildern. – **Luca Kochendörfer, Richard Rachlitz** und **Johannes Gansmeier:** Mangelbegriff und Beschaffenheitsvereinbarung. – Souveränitätsverlagerung durch supranationale Rechtsprechung. – **Sebastian Omlor:** Demokratische Blockchain-Algorithmen: von „Code is Law“ zu „Law is Code“?.

JuristenZeitung 77, 353* DOI: 10.1628/jz-2022-0216
ISSN 0022-6882
© Mohr Siebeck 2022

Gesetzgebung*

Bundesrepublik Deutschland

a) Gesetze

Gesetz vom 20. 5. 2022 zur Änderung des **Energiesicherungsgesetzes 1975** und anderer energiewirtschaftlicher Vorschriften (BGBl. I S. 730). Das Gesetz trat im Wesentlichen am 22. 5. 2022 in Kraft.

Gesetz vom 23. 5. 2022 zur **Absenkung der Kostenbelastungen durch die EEG-Umlage** und zur Weitergabe dieser Absenkung an die Letztverbraucher (BGBl. I S. 747). Das Gesetz trat am 28. 5. 2022 in Kraft.

Steuerentlastungsgesetz 2022 vom 23. 5. 2022 (BGBl. I S. 749). Das Gesetz trat im Wesentlichen am 28. 5. 2022 in Kraft.

Gesetz vom 23. 5. 2022 zur Änderung des **Rennwett- und Lotteriegesetzes** (BGBl. I S. 752). Das Gesetz trat am 1. 1. 2022 in Kraft.

Erstes Gesetz vom 23. 5. 2022 zur effektiveren Durchsetzung von Sanktionen (**Sanktionsdurchsetzungsgesetz I)** (BGBl. I S. 754). Das Gesetz trat am 28. 5. 2022 in Kraft.

Gesetz vom 23. 5. 2022 zur Regelung eines **Sofortzuschlages** und einer **Einmalzahlung in den sozialen Mindestsicherungssystemen** sowie zur Änderung des **Finanzausgleichsgesetzes** und weiterer Gesetze (BGBl. I S. 760). Das Gesetz trat im Wesentlichen am 1. 6. 2022 in Kraft.

Gesetz vom 23. 5. 2022 zur Änderung des **Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes** (BGBl. I S. 768). Das Gesetz trat am 28. 5. 2022 in Kraft.

b) Verordnungen

Neunte VO vom 9. 5. 2022 zur Änderung der **Abfallverbringungsbußgeld-VO** (BGBl. I S. 741). Die VO trat am 22. 5. 2022 in Kraft.

Zweite VO vom 12. 5. 2022 zur Änderung der **Besonderen Gebühren-VO Strom** (BGBl. I S. 742). Die VO trat am 22. 5. 2022 in Kraft.

VO vom 29. 4. 2022 zur Regelung der **Gefahrenabwehr in den bundeseigenen Schleusenanlagen im Nord-Ostsee-Kanal** und zur Änderung der **BMVI-Wasserstraßen und Schifffahrt Besondere Gebühren-VO** (BGBl. I S. 772). Die VO trat am 28. 5. 2022 in Kraft.

VO vom 9. 5. 2022 zur Anpassung der Mindestleistung nach dem Unterhaltssicherungsgesetz (**Mindestleistungsanpassungs-VO** – MLAnpV) (BGBl. I S. 775). Die VO trat am 28. 5. 2022 in Kraft.

VO vom 12. 5. 2022 über die **Feststellung der gesundheitlichen Eignung von Seelotsinnen und Seelotsen** und zur Änderung weiterer VO (BGBl. I S. 777). Die VO trat am 28. 5. 2022 in Kraft.

VO vom 20. 5. 2022 über die Ausbildungsförderung für Medizinalfachberufe und für Pflegeberufe (**BAföG-Medizinalfach- und Pflegeberufe-VO** – BAföG-MedPflegbV) (BGBl. I S. 787). Die VO trat am 28. 5. 2022 in Kraft.

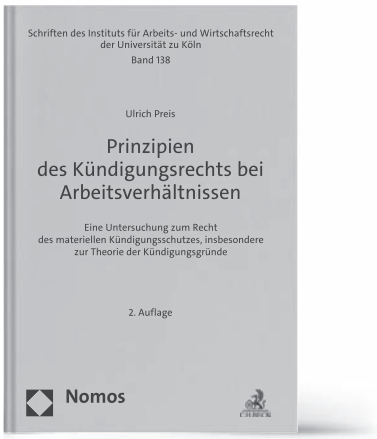
c) Verwaltungsvorschriften/Mitteilungen

Schreiben des BMF vom 26. 4. 2022 zur Abgabenordnung: **Mitteilungspflichten bei Auslandsbeziehungen** nach

* Der Zusammenstellung liegen das Bundesgesetzblatt, das Bundessteuerblatt und das Amtsblatt der Europäischen Union zugrunde. Bundesgesetze werden vollständig angezeigt, die übrigen Materialien in Auswahl. Soweit nichts anderes angegeben ist, handelt es sich um Gesetz- und Amtsblätter des Jahrgangs 2022.

JuristenZeitung 77, 354*–356* DOI: 10.1628/jz-2022-0211
ISSN 0022-6882 © Mohr Siebeck 2022

Das Kündigungsrecht beherrschen



Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen

Eine Untersuchung zum Recht des materiellen Kündigungsschutzes, insbesondere zur Theorie der Kündigungsgründe

Von Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Preis

2. Auflage 2022, 904 S., geb., 199,– €
ISBN 978-3-8487-8647-3
E-Book 978-3-7489-3018-1

Der Autor **Ulrich Preis** ist eine Institution im Arbeitsrecht. Im Kündigungsschutzrecht hat er die Dogmatik entscheidend mit geprägt.

Mit den „Prinzipien" liefert Ulrich Preis die im Kündigungsrecht notwendigen Leitplanken: die Prinzipien der Unzumutbarkeit, der Güter- und Interessenabwägung, das Prognoseprinzip, das Prinzip des Vertrauensschutzes und der Gleichbehandlung. Er zeigt, wie man einzelne umstrittene Kündigungsgründe mithilfe dieser Prinzipien in den Griff bekommt, beispielsweise die betriebsbedingte Kündigung wegen Personalabbau, die krankheitsbedingte Kündigung oder die außerordentliche verhaltensbedingte Kündigung.

Falllösungskompetenz

Anhand der „Prinzipien" lassen sich gerade noch nicht ausjudizierte Fallkonstellationen einordnen und Argumentationslinien ableiten, die vor Gericht Bestand haben. Wer das Kündigungsrecht beherrschen will, kommt um die „Prinzipien" nicht herum.

Nomos eLibrary nomos-elibrary.de

Portofreie Buch-Bestellungen unter nomos-shop.de
Alle Preise inkl. Mehrwertsteuer

Nomos

Eckart Bueren
Short-termism im Aktien- und Kapitalmarktrecht
Ideengeschichte, Rechtsvergleichung, Rechtsökonomie

2022. XLV, 1183 Seiten (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht 136). Leinen ISBN 978-3-16-158225-7; eBook ISBN 978-3-16-158226-4 € 184,–

In Rechtswissenschaft, Ökonomie und Politik bestehen seit langem große Sorgen, dass kapitalmarktorientierte Aktiengesellschaften allzu oft unter ein schädliches Diktat kurzfristiger Einflüsse geraten. Eckart Bueren leuchtet die damit verbundene, wechselhafte Kontroverse um kurzfristige Orientierung und damit um den Schutz der Funktionsfähigkeit der Aktiengesellschaft erstmals gesamthaft aus.

Die Aktiengesellschaft soll private Ersparnisse in dauerhaft gebundenes, unternehmerisches Anlagekapital transformieren. Zugleich erlaubt die Börsennotierung eine beliebig kurzfristige Anlage in unternehmenstragende Gesellschaften. Vor diesem Hintergrund bestehen in Rechtswissenschaft, Ökonomie und Politik seit langem große Sorgen, dass die moderne kapitalmarktorientierte Aktiengesellschaft unter ein schädliches Diktat kurzfristiger Einflüsse gerät. Eckart Bueren leuchtet diese wechselhafte Kontroverse um kurzfristige Orientierung und damit um den Schutz der Funktionsfähigkeit der Aktiengesellschaft erstmals gesamthaft rechts- und ideengeschichtlich, rechtsvergleichend und rechtsökonomisch aus. Er erzählt damit die Rezeptionsgeschichte eines international wirkmächtigen Regelungstopos im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht. Welche Entwicklung hat er durchlaufen, für welche Rechtsfragen, Regelungsanliegen und Interessen wurde er zu verschiedenen Zeiten dienstbar gemacht und wie bedeutsam ist er heute?
Die Arbeit wurde mit dem Förderpreis der Stiftung Kapitalmarktforschung für den Finanzstandort Deutschland ausgezeichnet.

Informationen zum eBook-Angebot: *mohrsiebeck.com/ebooks*

Mohr Siebeck
Tübingen
info@mohrsiebeck.com
mohrsiebeck.com

§ 138 Abs. 2 AO und § 138b AO in der Fassung **des Steuerumgehungsbekämpfungsgesetzes** (StUmgBG) (BStBl. I S. 576).

Schreiben des BMF vom 4. 4. 2022 zur Doppelbesteuerung: Konsultationsvereinbarung zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Österreich vom 28./29. 3. 2022; **Steuerliche Behandlung des Arbeitslohns von Arbeitnehmern** sowie von im **öffentlichen Dienst Beschäftigten im Homeoffice, Kurzarbeitergeld und Kurzarbeitsunterstützung sowie Homeoffice-Betriebsstätten** (BStBl. I S. 609).

Schreiben des BMF vom 6. 4. 2022 zur Einkommensteuer: Allgemeine Hinweise zur Berücksichtigung von **Unterhaltsaufwendungen nach § 33a Abs. 1 EStG als außergewöhnliche Belastung;** Überarbeitung des BMF-Schreibens vom 7. 6. 2010 (BStBl. I S. 582) (BStBl. I S. 617).

Schreiben des BMF vom 6. 4. 2022 zur Einkommensteuer: Berücksichtigung von Aufwendungen für den **Unterhalt von Personen im Ausland als außergewöhnliche Belastung nach § 33a Abs. 1 EStG**; Überarbeitung des BMF-Schreibens vom 7. 6. 2010 (BStBl. I S. 588) (BStBl. I S. 623).

Schreiben des BMF vom 2. 5. 2022 zur Einkommensteuer: Steuerliche Gewinnermittlung; Maßgebendes Finanzierungsendalter bei der **Bewertung von Pensionsrückstellungen nach § 6a EStG** und von **Rückstellungen für Zuwendungen anlässlich eines Dienstjubiläums** (BStBl. I S. 632).

Schreiben des BMF vom 8. 4. 2022 zur Einkommensteuer/Insolvenzordnung: Gewinn aus Restschuldbefreiung; Sachliche Unbilligkeit von aus dem rückwirkenden Ansatz des Ertrags aus einer Restschuldbefreiung resultierenden **Steuerforderungen bei Betriebsaufgabe nach Insolvenzeröffnung** (BStBl. I S. 632).

Schreiben des BMF vom 11. 4. 2022 zur Einkommensteuer/Körperschaftsteuer: **Ertragsteuerrechtliche Behandlung von Biogasanalgen** und der **Erzeugung von Energie aus Biogas** (BStBl. I S. 633).

Gleich lautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 6. 4. 2022 zur Gewerbesteuer: Folgen der Rechtsprechung zur **gewerbesteuerlichen Hinzurechnung von Miet- und Pachtzinsen** sowie dem **Vorliegen fiktiven Anlagevermögens** (BStBl. I S. 638).

Schreiben des BMF vom 8. 4. 2022 zum Internationalen Steuerrecht: **Gegenseitigkeitsfeststellung zur Steuerbefreiung der Einkünfte von Luft- und Schifffahrtsunternehmen** auf der Grundlage von § 49 Abs. 4 EStG; Vereinigte Arabische Emirate (BStBl. I S. 640).

Schreiben des BMF vom 7. 4. 2022 zum Investmentsteuergesetz: **Einbeziehung von Verlusten und Gewinnen aus Options- und Termingeschäften** in die Aktiengewinnberechnung nach § 8 InvStG 2004 (BStBl. I S. 641).

Schreiben des BMF vom 21. 4. 2022 zur Körperschaftsteuer: Rückzahlung von nicht in das Nennkapital geleisteten Einlagen und **Rückzahlung von Nennkapital durch Drittstaaten-Kapitalgesellschaften** (BStBl. I S. 647).

Schreiben des BMF vom 12. 4. 2022 zur Umsatzsteuer: **Vorsteuerabzug eines Gesellschafters aus Investitionsumsätzen;** Veröffentlichung des BFH-Urteils vom 1. 11. 2015, V R 8/15 (BStBl. I S. 650).

Schreiben des BMF vom 12. 4. 2022 zur Umsatzsteuer: **Direktanspruch in der Umsatzsteuer**; Veröffentlichung der BFH-Urteile vom 30. 6. 2015, VII R 30/14, und vom 22.8 .2019, V R 50/16 (BStBl. I S. 652).

Schreiben des BMF vom 26. 4. 2022 zur Umsatzsteuer: Umsatzsteuerliche Behandlung der **Gewährung von Zugangsberechtigungen zu sog. Flughafenlounges** (BStBl. I S. 655).

Europäische Union

a) Verordnungen

Delegierte VO (EU) 2022/760 der Kommission vom 8. 4. 2022 zur Änderung der Delegierten VO (EU) 2021/2306 hinsichtlich der **Übergangsbestimmungen für in der Ukraine ausgestellte Kontrollbescheinigungen** (ABl. L 139 S. 13).

Delegierte VO (EU) 2022/786 der Kommission vom 10. 2. 2022 zur Änderung der Delegierten VO (EU) 2015/61 der Kommission zur Ergänzung der VO (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf die **Liquiditätsdeckungsanforderung an Kreditinstitute** (ABl. L 141 S. 1).

Delegierte VO (EU) 2022/803 der Kommission vom 16. 2. 2022 zur Ergänzung der VO (EU) Nr. 600/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates durch Festlegung von Verfahrensvorschriften für die **Ausübung der Befugnis der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde, Geldbußen oder Zwangsgelder gegen Datenbereitstellungsdienstleister zu verhängen** (ABl. L 145 S. 1).

Delegierte VO (EU) 2022/804 der Kommission vom 16. 2. 2022 zur Ergänzung der VO (EU) 2016/1011 des Europäischen Parlaments und des Rates durch Festlegung von Verfahrensvorschriften für im Rahmen der **Beaufsichtigung bestimmter Referenzwert-Administratoren durch die Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA) geltende Maßnahmen** (ABl. L 145 S. 7).

Delegierte VO (EU) 2022/805 der Kommission vom 16. 2. 2022 zur Ergänzung der VO (EU) 2016/1011 des Europäischen Parlaments und des Rates durch Festlegung von im Rahmen der **Beaufsichtigung bestimmter Referenzwert-Administratoren durch die Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA) geltenden Gebühren** (ABl. L 145 S. 14).

VO (EU) 2022/850 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. 5. 2022 über ein **EDV-System für den grenzüberschreitenden elektronischen Datenaustausch im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Zivil- und Strafsachen** (e-CODEX-System) und zur Änderung der VO (EU) 2018/1726 (ABl. L 150 S. 1).

b) Beschlüsse und Entschließungen

Beschluss (EU) 2022/811 des Einheitlichen Abwicklungsausschusses vom 24. 3. 2022 über die Entlastung für die **Ausführung des Haushaltsplans** und über den **Rechnungsabschluss des Einheitlichen Abwicklungsausschusses (SRB) für das Haushaltsjahr 2020** (SRB/PS/2022/03) (ABl. L 145 S. 44).

Kim Sylvia Ellenrieder
Die freie Preisbildung im Strommarkt 2.0

2022. XX, 270 Seiten (Energierecht – Beiträge zum deutschen, europäischen und internationalen Energierecht 31). Fadengeheftete Broschur ISBN 978-3-16-161151-3; eBook ISBN 978-3-16-161152-0 € 79,–

Die notwendigen Erzeugungskapazitäten für die Versorgungssicherheit mit Strom sollen sich über den Strommarkt refinanzieren. Ermöglicht die freie Preisbildung als Steuerungsinstrument rechtlich und tatsächlich eine effiziente, kostengünstige und damit auch verbraucherfreundliche Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität?

Der freien Preisbildung kommt im Strommarkt eine Schlüsselrolle zu: Die für eine sichere Stromversorgung notwendigen Erzeugungskapazitäten sollen sich über den Markt refinanzieren. Inwieweit ist eine freie Preisbildung im Strommarkt angesichts regulatorischer Eingriffe in den Strommarkt, der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht und der REMIT-VO überhaupt möglich?
Kim Sylvia Ellenrieder kommt zu dem Ergebnis, dass die freie Preisbildung auf den Stromgroßhandelsmärkten grundsätzlich funktioniert. Ihre Wirkung als Steuerungsinstrument kann sie jedoch aufgrund von Eingriffen in den Strommarkt (z. B. EEG, Atom- und Kohleausstieg) nicht voll entfalten. Der mit der freien Preisbildung verfolgte Zweck einer möglichst sicheren, effizienten, kostengünstigen und damit auch verbraucherfreundlichen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität wird derzeit verfehlt.

Informationen zum eBook-Angebot: *mohrsiebeck.com/ebooks*

Mohr Siebeck
Tübingen
info@mohrsiebeck.com
mohrsiebeck.com

Entscheidungen in Leitsätzen

Europarecht

AEUV Art. 267.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung nicht entgegensteht, die bei einem ersten Verstoß gegen das Verbot des Verkaufs von Tabakerzeugnissen an Minderjährige zusätzlich zur Verhängung eines Bußgelds eine 15-tägige Aussetzung der Betriebslizenz vorsieht, mit der dem Wirtschaftsteilnehmer, der gegen dieses Verbot verstoßen hat, der Verkauf solcher Waren gestattet wird, soweit eine solche Regelung nicht über die Grenzen dessen hinausgeht, was geeignet und erforderlich ist, um das Ziel des Schutzes der menschlichen Gesundheit und insbesondere der Verminderung der Verbreitung des Tabakkonsums bei jungen Menschen zu erreichen.

EuGH, Urteil v. 24. 2. 2022 – C-452/20 PJ ./. Zollagentur u. a.

AEUV Art. 267; RiL 79/7/EWG Art. 4 Abs. 1.

Art. 4 Abs. 1 der RiL 79/7/EWG des Rates vom 19. 12. 1978 zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Bestimmung entgegensteht, mit der Leistungen bei Arbeitslosigkeit von Leistungen der sozialen Sicherheit, die Hausangestellten von einem gesetzlichen System der sozialen Sicherheit gewährt werden, ausgenommen werden, sofern diese Bestimmung weibliche Beschäftigte gegenüber männlichen Beschäftigten in besonderer Weise benachteiligt und nicht durch objektive Gründe gerechtfertigt ist, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben.

EuGH, Urteil v. 24. 2. 2022 – C-389/20 CJ ./. TGSS.

AEUV Art. 267; RiL 92/13/EWG Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 4, Abs. 3, Art. 2 c; RiL 2014/23/EU.

Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 4 und Abs. 3 sowie Art. 2 c der RiL 92/13/EWG des Rates vom 25. 2. 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor in der durch die RiL 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 2. 2014 geänderten Fassung sind dahin auszulegen, dass die Frist, innerhalb deren der Zuschlagsempfänger eines Auftrags einen Antrag auf Nachprüfung einer Entscheidung der Vergabestelle, mit der im Rahmen der Entscheidung über die Vergabe dieses Auftrags das Angebot eines abgelehnten Bieters für zulässig erklärt wurde, stellen kann, in Bezug auf den Zeitpunkt des Eingangs dieser Vergabeentscheidung beim Zuschlagsempfänger berechnet werden kann, auch wenn der Bieter zu diesem Zeitpunkt keinen oder noch keinen Antrag auf Nachprüfung dieser Entscheidung gestellt hatte. Wurde dem Zuschlagsempfänger bei der Mitteilung oder Veröffentlichung dieser Entscheidung eine Zusammenfassung ihrer einschlägigen Gründe – wie die Informationen über die Modalitäten der Bewertung dieses Angebots – nicht gemäß Art. 2c dieser RiL zur Kenntnis gebracht, ist diese Frist hingegen in Bezug auf den Zeitpunkt der Mitteilung einer solchen Zusammenfassung an diesen Zuschlagsempfänger zu berechnen.

EuGH, Urteil v. 24. 2. 2022 – C-532/20 Alstom Transport SA u. a. ./. CFR u. a.

AEUV Art. 267; RiL 2001/14/EG Art. 30 Abs. 2 e, Abs. 6; RiL 2007/58/EG.

1. Art. 30 Abs. 2 e der RiL 2001/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 2. 2001 über die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn und die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur in der durch die RiL 2007/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. 10. 2007 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass er für ein Eisenbahnunternehmen, das die Eisenbahninfrastruktur nutzt oder nutzen möchte, nicht den Anspruch regelt, an einem Verfahren teilzunehmen, das die Regulierungsstelle gegebenenfalls zum Erlass einer Entscheidung durchführt, mit der ein von einem Betreiber der Infrastruktur vorgelegter Entwurf für die Einheitssätze des Basisentgelts für den Mindestzugang zu der Infrastruktur genehmigt oder abgelehnt wird.

2. Art. 30 Abs. 6 der RiL 2001/14 in der durch die RiL 2007/58 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass ein Eisenbahnunternehmen, das die Eisenbahninfrastruktur nutzt oder nutzen möchte, vor dem zuständigen Gericht die Entscheidung der Regulierungsstelle anfechten können muss, mit der die vom Betreiber der Infrastruktur festgesetzten Einheitssätze des Basisentgelts für den Mindestzugang zu der Infrastruktur genehmigt werden.

EuGH, Urteil v. 24. 2. 2022 – C-563/20 ORLEN Kol-Trans sp. z o. o. ./. Präsident des AEV.

AEUV Art. 267; RiL 2001/29/EG Art. 5 Abs. 2 b.

1. Art. 5 Abs. 2 b der RiL 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. 5. 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft ist dahin auszulegen, dass der Ausdruck „Vervielfältigungen auf beliebigen Trägern“ i. S. dieser Bestimmung die Erstellung von Sicherungskopien urheberrechtlich geschützter Werke zu privaten Zwecken auf einem Server umfasst, auf dem der Anbieter von Cloud-Computing-Dienstleistungen einem Nutzer Speicherplatz zur Verfügung stellt.

2. Art. 5 Abs. 2 b der RiL 2001/29 ist dahin auszulegen, dass er der Umsetzung der Ausnahme i. S. dieser Bestimmung durch eine nationale Regelung, nach der die Anbieter von Dienstleistungen der Speicherung im Rahmen des Cloud-Computing keinen gerechten Ausgleich für Sicherungskopien leisten müssen, die natürliche Personen, die diese Dienste nutzen, ohne Erlaubnis von urheberrechtlich geschützten Werken zum privaten Gebrauch und weder für direkte noch indirekte kommerzielle Zwecke erstellen, nicht entgegensteht, sofern diese Regelung die Zahlung eines gerechten Ausgleichs an die Rechtsinhaber vorsieht.

EuGH, Urteil v. 24. 3. 2022 – C-433/20 Austro-Mechana ./. Strato AG.

Die Entscheidung ist in der JZ 2022, 517 mit einer Anmerkung von Karl-Nikolaus Peifer abgedruckt.

AEUV Art. 267; RiL 2003/88/EG Art. 8, Art. 12 a; EuGrCh Art. 20, Art. 31.

1. Art. 8 und Art. 12 a der RiL 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. 11. 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung sind dahin auszulegen, dass sie nicht den Erlass einer nationalen Regelung gebieten, die vorsieht, dass die normale Dauer des Nachtdienstes für Arbeitnehmer im öffentlichen Sektor wie Polizisten und Feuerwehrleute kürzer ist als die für diese festgelegte normale Dauer des Dienstes am Tag. Solchen Arbeitnehmern müssen jedenfalls andere Schutzmaßnahmen in Bezug auf

JuristenZeitung 77, 357*–368* DOI: 10.1628/jz-2022-0204
ISSN 0022-6882
© Mohr Siebeck 2022

2017. IX, 335 Seiten (Freiburger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen 19). ISBN 978-3-16-155740-8 Leinen € 124,–

Der Band enthält die Beiträge eines Symposiums zum Thema »Tradition und Innovation im Recht«. Technische Innovationen und moderne gesellschaftliche Entwicklungen prägen naturgemäß auch Recht und Gesetzgebung. Die Lektüre der Beiträge zeigt, dass das Recht dabei keineswegs in Tradition erstarrt, sondern sich immer wieder auch der Innovation öffnet, ohne dadurch automatisch die traditionellen Gerechtigkeitsvorstellungen der Innovation ganz preis zu geben.

Tradition und Innovation im Recht
Herausgegeben von Alexander Bruns

Der Band enthält die Beiträge eines Symposiums zum Thema »Tradition und Innovation im Recht«. Technische Innovationen und moderne gesellschaftliche Entwicklungen prägen naturgemäß auch Recht und Gesetzgebung. Reformnovellen, gesetzliche Neuregelungen und sich wandelnde Rechtsüberzeugungen treffen auf überkommene Normenkomplexe und tradierte Rechtsgrundsätze. Das darin angelegte Spannungsverhältnis wirft die Frage auf, ob und inwieweit die Rechtsordnung traditionelle Regelungsmodelle auch künftig pflegen soll und wo unter Umständen innovative gesetzgeberische oder interpretatorische Ansätze angezeigt oder gar geboten sind. Der vorliegende Sammelband mit japanischen und deutschen Beiträgen geht dieser Fragestellung aus westlicher und östlicher Perspektive nach. Die Lektüre der Beiträge zeigt, dass das Recht keineswegs in Tradition erstarrt, sondern sich immer wieder auch der Innovation öffnet, ohne dadurch automatisch die traditionellen Gerechtigkeitsvorstellungen der Innovation ganz preis zu geben.

Inhaltsübersicht:

I. Grundlagen des Rechts

Kenichi Moriya: Innovation aus Tradition. Zur Aufdeckung der spezifisch juristischen Dimension bei Saburo Kurusu (Eine Studie über Kurusu Saburos zivilistische Werke (II)) – *Frank L. Schäfer:* Tradition und Innovation. Juristische Germanistik als Rechtsgeschichte von 1968 bis zur Jahrtausendwende

II. Arbeit und Soziales

Shogo Noda: Von Bedingung der Demokratie zur Human Condition. Die Entwicklung der Politikwissenschaft des Subjekts im Nachkriegs-Japan und ihre gegenwärtige Bedeutung – *Sebastian Krebber:* Tradition und Innovation durch Arbeitsrecht. Techniken, Inhalte sowie Antworten auf neue Formen der Arbeitsorganisation – *Katharina von Koppenfels-Spies:* Grundlagen bzw. Strukturprinzipien der Sozialversicherung zwischen Tradition und Innovation

III. Zivil- und Wirtschaftsrecht

Kô Sakaguchi: Eine Skizze der Entwicklung der Lehre von der nachträglichen Unmöglichkeit in Japan – *Boris P. Paal:* Inanspruchnahme von Internet-Intermediären – zwischen Tradition und Innovation – *Eiji Takahashi:* Tradition und Innovation im japanischen Gesellschaftsrecht. Die Entwicklung der Lehre der Mitgliedschaft – *Hanno Merkt:* Verbandsmitgliedschaft und Verbandsvielfalt

IV. Verwaltungsrecht

Tatsuya Shigemoto: Zur »Dysfunktion« der Ersatzvornahme im japanischen Verwaltungsrecht – *Osamu Nishigami:* Zur Klagebefugnis beim Verwaltungsprozess in Japan – *Friedrich Schoch:* Informationsfreiheit als Kernelement moderner Demokratien – *Jens-Peter Schneider:* Innovative Kodifikationsbestrebungen im EU-Verwaltungsrecht

V. Strafrecht

Mari Kanazawa: Entwicklung der Versuchslehre in Japan. Tradition und Innovation im Strafrecht – *Wolfgang Frisch:* Tradition und Innovation im Strafprozess. Von Beweisregeln über die freie zur strukturierten Beweiswürdigung

VI. Zivilprozessrecht

Masahiro Takada: Einführung der Verbandsklage und traditionelles Zivilprozessrecht in Japan. Eine Betrachtung unter besonderer Berücksichtigung der zivilprozessualen Parteilehre – *Shigeru Tsuruta:* Tradition und Innovation im japanischen Zivilprozessrecht. Zur Notwendigkeit der Streitgenossenschaft bei Klagen von Miteigentümern – *Alexander Bruns:* Beweisregeln im modernen Zivilprozess?

Mohr Siebeck
Tübingen
info@mohrsiebeck.com
www.mohrsiebeck.com

Maßgeschneiderte Informationen: *www.mohrsiebeck.com*

Arbeitszeit, Arbeitsentgelt, Ausgleichszahlungen oder ähnliche Vergünstigungen gewährt werden, die es ermöglichen, die besondere Belastung auszugleichen, die die von ihnen geleistete Nachtarbeit mit sich bringt.

2. Die Art. 20 und 31 der EuGrCh sind dahin auszulegen, dass sie dem nicht entgegenstehen, dass die in den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats für die Arbeitnehmer im privaten Sektor festgelegte normale Dauer der Nachtarbeit von sieben Stunden für die Arbeitnehmer im öffentlichen Sektor, einschließlich Polizisten und Feuerwehrleute, nicht gilt, wenn diese Ungleichbehandlung auf einem objektiven und angemessenen Kriterium beruht, d. h., wenn sie im Zusammenhang mit einem rechtlich zulässigen Ziel steht, das mit dieser Regelung verfolgt wird, und wenn sie in angemessenem Verhältnis zu diesem Ziel steht.

EuGH, Urteil v. 24. 2. 2022 – C-262/20 VB ./. Hauptdirektion „Brand- und Bevölkerungsschutz".

AEUV Art. 267; RiL 2009/73/EG Art. 2 Nr. 3, Art. 23, Art. 32 Abs. 1.

1. Art. 23 und Art. 32 Abs. 1 der RiL 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. 7. 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der RiL 2003/55/EG sind dahin auszulegen, dass aus diesen Bestimmungen nicht hervorgeht, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, eine rechtliche Regelung zu erlassen, nach der zum einen jeder Endkunde wählen kann, entweder an das Erdgasfernleitungsnetz oder an das Erdgasverteilernetz angeschlossen zu werden, und zum anderen der betreffende Netzbetreiber verpflichtet ist, ihm den Anschluss an das entsprechende Netz zu gestatten.

2. Art. 23 der RiL 2009/73 ist dahin auszulegen, dass er die Mitgliedstaaten nicht dazu verpflichtet, eine rechtliche Regelung zu erlassen, nach der es ausschließlich Industriekunden gestattet ist, sich an das Erdgasfernleitungsnetz anzuschließen.

3. Art. 2 Nr. 3 und Art. 23 der RiL 2009/73 sind dahin auszulegen, dass sie einer rechtlichen Regelung eines Mitgliedstaats nicht entgegenstehen, nach der die Fernleitung von Erdgas dessen Transport direkt bis zum Erdgasversorgungsnetz eines Endkunden umfasst.

EuGH, Urteil v. 24. 2. 2022 – C-290/20 „Latvijas Gāze" AS ./. Regulierungsbehörde.

AEUV Art. 267; RiL 2011/83/EU Art. 2 Nr. 2, Art. 6 Abs. 1, 5, Art. 8 Abs. 1, 7; RiL 93/13/EWG; RiL 1999/44/EG.

1. Art. 2 Nr. 2 der RiL 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 10. 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der RiL 93/13/EWG des Rates und der RiL 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der RiL 85/577/EWG des Rates und der RiL 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates ist dahin auszulegen, dass ein „Unternehmer" i. S. dieser Bestimmung nicht nur eine natürliche oder juristische Person ist, die bei von dieser RiL erfassten Verträgen zu Zwecken tätig wird, die ihrer eigenen gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können, sondern auch eine natürliche oder juristische Person, die als Vermittler im Namen oder Auftrag des betreffenden Unternehmers handelt, wobei der Vermittler und der Hauptunternehmer beide als „Unternehmer" i. S. dieser Bestimmung eingestuft werden können, ohne dass dafür eine doppelte Dienstleistung vorliegen muss.

2. Art. 6 Abs. 1 und 5 sowie Art. 8 Abs. 1 und 7 der RiL 2011/83 sind dahin auszulegen, dass sie dem nicht entgegenstehen, dass die in Art. 6 Abs. 1 genannten Informationen dem Verbraucher vor Abschluss des Vertrags lediglich im Wege der allgemeinen Regeln für die Dienstleistungserbringung auf der Website des Vermittlers zur Verfügung gestellt werden, denen der Verbraucher durch das Ankreuzen des entsprechenden Kästchens aktiv zustimmt, sofern ihm diese Informationen in klarer und verständlicher Weise zur Kenntnis gebracht werden. Eine solche Art und Weise der Informationserteilung ersetzt allerdings nicht die Übermittlung der Vertragsbestätigung an den Verbraucher auf einem dauerhaften Datenträger i. S. v. Art. 8 Abs. 7 dieser RiL, wobei dieser Umstand dem nicht entgegensteht, dass diese Informationen fester Bestandteil des Fernabsatzvertrags oder des außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossenen Vertrags sind.

EuGH, Urteil v. 24. 2. 2022 – C-536/20 „Tiketa" UAB ./. M.Š.

AEUV Art. 267; RiL 2011/92/EU Art. 1 Abs. 2 a, c, Art. 6, Art. 8; RiL 92/43/EWG Art. 16 Abs. 1.

1. Die RiL 2011/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. 12. 2011 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten ist dahin auszulegen, dass eine Entscheidung nach Art. 16 Abs. 1 der RiL 92/43/EWG des Rates vom 21. 5. 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen, mit der einem Projektträger gestattet wird, von geltenden Artenschutzmaßnahmen abzuweichen, um ein Projekt i. S. v. Art. 1 Abs. 2 a der RiL 2011/92 durchzuführen, unter das Verfahren zur Genehmigung dieses Projekts i. S. v. Art. 1 Abs. 2 c dieser RiL fällt, wenn einerseits die Durchführung dieses Projekts nicht ohne diese Entscheidung zugunsten des Projektträgers erfolgen kann und andererseits die für die Genehmigung eines solchen Projekts zuständige Behörde die Möglichkeit behält, dessen Umweltauswirkungen strenger zu beurteilen, als dies in der besagten Entscheidung geschehen ist.

2. Die RiL 2011/92 ist unter Berücksichtigung insbesondere ihrer Art. 6 und 8 dahin auszulegen, dass dem Erlass einer vorab ergehenden Entscheidung, mit der einem Projektträger gestattet wird, von geltenden Artenschutzmaßnahmen abzuweichen, um ein Projekt i. S. v. Art. 1 Abs. 2 a dieser RiL durchzuführen, nicht notwendigerweise eine Beteiligung der Öffentlichkeit vorausgehen muss, sofern die Öffentlichkeitsbeteiligung in effektiver Weise vor dem Erlass der Entscheidung, die von der für die etwaige Genehmigung dieses Projekts zuständigen Behörde zu treffen ist, sichergestellt ist.

EuGH, Urteil v. 24. 2. 2022 – C-463/20 Namur-Est Environnement ASBL ./. Wallonische Region, Belgien.

AEUV Art. 267; VO (EG) Nr. 261/2004 Art. 3 Abs. 1.

Art. 3 Abs. 1 der VO (EG) Nr. 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. 2. 2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der VO (EWG) Nr. 295/91 ist dahin auszulegen, dass diese VO auf eine einheitlich gebuchte, aus zwei Teilflügen bestehende Flugverbindung mit Anschlussflug, bei der die Teilflüge von einem Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft durchzuführen sind, nicht anwendbar ist, wenn sich sowohl der Abflughafen des ersten Teilflugs als auch der Ankunftsflughafen des zweiten Teilflugs in einem Drittstaat

befinden und nur der Flughafen, auf dem die Zwischenlandung erfolgt, im Gebiet eines Mitgliedstaats liegt.

EuGH, Urteil v. 24. 2. 2022 – C-451/20 Airhelp Ltd ./. Austrian Airlines AG.

Verfassungs- und Verwaltungsrecht. Steuer- und Abgabenrecht. Rundfunkbeitragsrecht. Ausbildungsförderungsrecht u. a.

EuGrCh Art. 20; AEUV Art. 267 Abs. 3; VO (EG) Nr. 1782/2003 Art. 46 Abs. 2 Unterabs. 1; VO (EG) Nr. 73/2009 Art. 33 Abs. 1 a; VO (EU) Nr. 1307/2013 Art. 9, Art. 21 Abs. 2, Art. 24 Abs. 1, 8; Delegierte VO (EU) Nr. 639/2014 Art. 14 Nr. 3; VwGO § 137 Abs. 2.

Um das Recht zum Erhalt von Zahlungsansprüchen nach Art. 24 Abs. 8 VO (EU) Nr. 1307/2013 übertragen zu können, muss der übertragende Betriebsinhaber die Anforderungen an die Erstzuweisung von Zahlungsansprüchen erfüllen, also im Jahr 2015 zumindest zeitweise aktiver Betriebsinhaber i. S. d. Art. 24 Abs. 1 Unterabs. 1 Halbsatz 1 VO (EU) Nr. 1307/2013 gewesen sein.

BVerwG, Urteil v. 27. 1. 2022 – 3 C 14.20 (OVG Lüneburg).

GG Art. 1 Abs. 3, Art. 3 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 und 2, Art. 8 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1; StGB §§ 130, 185; VwGO § 86 Abs. 1, § 108 Abs. 1 Satz 1.+

Die Beschränkung des Widmungsumfangs einer kommunalen öffentlichen Einrichtung, die deren Nutzung allein aufgrund der Befassung mit einem bestimmten Thema ausschließt, verletzt das Grundrecht der Meinungsfreiheit.

BVerwG, Urteil v. 20. 1. 2022 – 8 C 35.20 (VGH München).

GG Art. 2 Abs. 2 Satz 1; IfSG § 20a.

– Impfnachweis (COVID-19) –

1. Staatliche Maßnahmen, die eine mittelbare oder faktische Wirkung entfalten, können in ihrer Zielsetzung und Wirkung einem direkten Eingriff in Grundrechte als funktionales Äquivalent gleichkommen und müssen dann wie ein solcher behandelt werden. Als Abwehrrecht schützt Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG grundsätzlich auch vor staatlichen Maßnahmen, die lediglich mittelbar zu einer Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit und des diesbezüglichen Selbstbestimmungsrechts führen, wenn ein Gesetz an die Wahrnehmung einer grundrechtlich geschützten Freiheit eine nachteilige Folge knüpft, um dieser Grundrechtswahrnehmung entgegenzuwirken.

2. Die in § 20a IfSG geregelte Pflicht, eine COVID-19-Schutzimpfung nachzuweisen, kommt nach ihrer Zielsetzung und Wirkung als funktionales Äquivalent einem direkten Eingriff in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG gleich. Das Gesetz knüpft an eine Entscheidung gegen die die körperliche Unversehrtheit berührende Impfung nachteilige Folgen; die Konfrontation mit diesen Nachteilen soll auch nach der gesetzgeberischen Zielsetzung zu einer Entscheidung zu Gunsten einer Impfung bewegen. Die Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit ist nicht bloßer Reflex der gesetzlichen Regelung.

BVerfG, Beschluss v. 27. 4. 2022 – 1 BvR 2649/21.

GG Art. 3 Abs. 1, Art. 33 Abs. 2; SG § 3 Abs. 1; VwVfG § 45 Abs. 1 und 2, § 46.+

1. Die Organisationsentscheidung muss so frühzeitig vor der Auswahlentscheidung erfolgen, dass Interessenten für den

Christine Biggen
Vertragsschluss im Internet der Dinge
Verbraucherschutz beim Einsatz vernetzter Systeme

2022. XIX, 297 Seiten (Internet und Gesellschaft 25). Fadengeheftete Broschur
ISBN 978-3-16-161130-8; eBook
ISBN 978-3-16-161131-5
€ 79,–

Das Internet der Dinge hat das Potenzial, nicht nur industrielle Prozesse, sondern auch den privaten Alltag nachhaltig zu verändern. Schließt ein Verbraucher über einen vernetzten Gegenstand einen Vertrag ab, wirft dies dogmatische Fragen im Bereich des Vertragsschlusses sowie die Frage nach der Anwendbarkeit der §§ 312 ff. BGB auf. Christine Biggen untersucht diese Problemfelder und nimmt dabei schwerpunktmäßig das verbraucherschutzrechtliche Rechte- und Pflichtengefüge in den Blick. Vor allem bei der Umsetzung der überwiegend für Vertragsabschlüsse auf Webseiten entwickelten Informations- und Gestaltungspflichten zeigt sich Anpassungsbedarf. Abschließend werden daher systemimmanente Lösungskonzepte *de lege ferenda* unterbreitet, die das bisherige Verbraucherschutzniveau beibehalten, aber zugleich die technologische Entwicklung wie den Einsatz von künstlicher Intelligenz berücksichtigen.

Das Internet der Dinge hat das Potenzial, den Verbraucheralltag nachhaltig zu verändern. Über vernetzte Gegenstände können Verbraucher Verträge abschließen oder durch künstlich intelligente Systeme abschließen lassen. Christine Biggen untersucht die Anwendung des Verbraucherschutzrechts in diesem Kontext.

Informationen zum eBook-Angebot: *mohrsiebeck.com/ebooks*

Mohr Siebeck
Tübingen
info@mohrsiebeck.com
mohrsiebeck.com

Dienstposten vor der Entscheidung in Erfahrung bringen können, ob sie nach den Grundregeln des Auswahlverfahrens als Bewerber in Betracht kommen.

2. Zu dokumentieren ist auch, aus welchen – z. B. haushalts- oder personalwirtschaftlichen – Gründen die Auswahlentscheidung getroffen wurde.

3. Wird in einem militärischen Konkurrentenstreit die Organisationsgrundentscheidung nicht dokumentiert, kann dieser Mangel nicht im Beschwerdeverfahren von der Beschwerdestelle analog § 45 Abs. 1 VwVfG durch Nachholung geheilt werden.

BVerwG, Beschluss v. 24. 2. 2022 – 1 WB 40.21.

GG Art. 3 Abs. 1, Art. 33 Abs. 2; SG § 3 Abs. 1; WBO § 19 Abs. 1, § 21; BHO § 48; SLV § 40 a. F.

Ist in einer dienstlichen Beurteilung nicht zwingend auf die Befähigung zu einem Laufbahnaufstieg einzugehen, so kann das Fehlen einer entsprechenden Empfehlung nicht als Begründung für die Versagung des Aufstiegs dienen.

BVerwG, Beschluss v. 31. 3. 2022 – 1 WB 50.21.

GG Art. 5 Abs. 1 Satz 2.

– Staatsvertrag Rundfunkfinanzierung –

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 Finanzgewährleistungspflicht 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.

BVerfG, Beschluss v. 20. 7. 2022 – 1 BvR 2756/20, 2775/20 und 2777/20.

Die Entscheidung ist in der JZ 2022, 566 mit einer Anmerkung von Frederik Ferreau abgedruckt.

GG Art. 33 Abs. 2; WBO § 17 Abs. 1 Satz 1, § 21 Abs. 2 Satz 1; SLV § 17 Abs. 1 Satz 1. Nr. 1, § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1.

Welcher Schulabschluss Voraussetzung für die Zulassung zur Laufbahn der Feldwebel des allgemeinen Fachdienstes ist, ist nach dem zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung geltenden Recht zu beurteilen.

BVerwG, Beschluss v. 26. 1. 2022 – 1 WB 31.21.

GG Art. 105 Abs. 2a Satz 1.

– Übernachtungsteuer –

1. Gegenstand der Aufwandsteuer (Art. 105 Abs. 2a Satz 1 GG) ist die Verwendung von Einkommen für den persönlichen Lebensbedarf. Als Aufwand gilt dabei ein äußerlich erkennbarer Konsum, für den finanzielle Mittel verwendet werden und der typischerweise Ausdruck und Indikator wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit ist, ohne dass es darauf ankäme, von wem und mit welchen Mitteln dieser Konsum finanziert wird und welchen Zwecken er des Näheren dient (Bestätigung von BVerfGE 65, 325, 347 [= JZ 1984, 568]; 114, 316, 334 [= JZ 2006, 253 m. Anm. v. Hermann-Wilfried Bayer]). Eine verfassungsrechtliche Pflicht, von der Aufwandbesteuerung abzusehen, kann sich nicht aus der Zuständigkeitsnorm des Art. 105 Abs. 2a Satz 1 GG, sondern allenfalls aus den Grundrechten ergeben. Daher kann auch eine beruflich veranlasste Übernachtung Gegenstand der Aufwandsteuer sein.

2. a) Das Gleichartigkeitsverbot des Art. 105 Abs. 2a Satz 1 GG schränkt das Steuererfindungsrecht der Länder über die örtlichen Verbrauch- und Aufwandsteuern ein. Für die Beurteilung der Gleichartigkeit kommt es auf eine Gesamtbetrachtung der konkreten Ausgestaltung einer Aufwandsteuer einerseits, eventuell gleichartiger Bundessteuern andererseits an. Eine weitreichende Sperrwirkung für das Besteuerungsrecht von Ländern und Kommunen ist damit nicht verbunden.

b) Eine Steuer auf entgeltliche Übernachtungen in Beherbergungsbetrieben ist bundesgesetzlich geregelten Steuern nicht gleichartig, weil sie weder – wie die Umsatzsteuer – auf alle Aufwendungen gleichermaßen erhoben wird, noch aus einer Steuerquelle schöpft, die der Bund bereits einer besonderen Besteuerung unterzogen hat.

3. Der Gesetzgeber kann beruflich veranlasste Übernachtungen von der Aufwandbesteuerung ausnehmen, muss dies aber nicht.

BVerfG, Beschluss v. 22. 2. 2022 – 1 BvR 2868/15, 1 BvR 2886/15, 1 BvR 2887/15, 1 BvR 354/16.

VwGO § 86 Abs. 1 und 2, § 98; ZPO § 412.

Ein weiteres Sachverständigengutachten muss nicht schon dann eingeholt werden, wenn das Gericht den Ergebnissen eines vorhandenen Gutachtens nicht in vollem Umfang folgen will. Maßgeblich ist vielmehr, ob das Gutachten als Grundlage für die richterliche Überzeugungsbildung geeignet und ausreichend ist.

BVerwG, Beschluss v. 9. 2. 2022 – 9 BN 4.21
(OVG Berlin-Brandenburg).

BAföG § 7 Abs. 1 Satz 1, § 10 Abs. 3 Satz 1 und 2 Nr. 1; SGB I § 2 Abs. 2, §§ 31, 37 Satz 2, § 68 Nr. 1; SGB XII § 22 Abs. 1 Satz 1; GG Art. 3 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1, Art. 20 Abs. 1; RiL 2000/78/EG Art. 3 Abs. 3; EuGrCh Art. 21, Art. 51 Abs. 1 Satz 1; VwGO § 144 Abs. 4.+

Die Ausnahmeregelung des § 10 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BAföG greift dann nicht ein, wenn der Auszubildende bei einem planmäßigen Abschluss der Ausbildung, für die er Ausbildungsförderung beansprucht, bereits das Rentenalter erreicht haben wird.

BVerwG, Urteil v. 10. 12. 2021 – 5 C 8.20
(OVG Hamburg).

2016. XX, 267 Seiten
(Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht 113).
Leinen ISBN 978-3-16-154949-6;
eBook ISBN 978-3-16-154950-2
€ 69,–

Der Band enthält die Beiträge zum gleichnamigen Symposium, das im November 2015 im Hamburger Max-Planck-Institut zu Ehren von Hein Kötz stattfand. Er vermittelt den inhaltlich wie methodisch weit gefächerten Bogen, in dem die sieben Referenten sich mit alten und neuen Fragen der Rechtsvergleichung auseinandersetzten. Das Ziel ist, weitere Perspektiven für die Entwicklung der Disziplin zu eröffnen.

Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung

Herausgegeben von Reinhard Zimmermann

Dieser Band enthält die Beiträge zu einem Symposium aus Anlass des 80. Geburtstages von Hein Kötz. Sie stehen unter dem Obertitel »Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung« und zeichnen sich durch einen weitgespannten Bogen an Themen und Methoden aus. Das ist ganz im Sinne eines Mannes, für den die Welt zu schwierig ist, als dass sie sich von einem Punkt aus kurieren ließe. Es geht um Kollisionsrecht, Sachenrecht, Unternehmensrecht und Deliktsrecht, um postsäkulare Rechtsvergleichung, Rechtssystemvergleichung und um den Wettbewerb der Rechtsordnungen; der rechtsdogmatische Zugriff wird verbunden mit nicht-dogmatischen Erkenntnissen; und immer wieder steht die Frage der Vergleichbarkeit im Mittelpunkt des Interesses: Was lässt sich wie womit sinnvollerweise vergleichen? Hein Kötz selbst plädiert in seinem Schlusswort dafür, sich mit der größten Gelassenheit *allen* Betrachtungsweisen zu öffnen, ohne jedoch der Illusion zu verfallen, endgültig und ein für alle Mal »richtige« Lösungen zu entwickeln.

Inhaltsübersicht:
Reinhard Zimmermann: Keine Festschrift – *Christiane Wendehorst:* Rechtssystemvergleichung – *Ralf Michaels:* Religiöse Rechte und postsäkulare Rechtsvergleichung – *Giesela Rühl:* Rechtsvergleichung und europäisches Kollisionsrecht. Die vergessene Dimension – *Eva-Maria Kieninger:* Sachenrechtliche Prinzipien und Grundbegriffe als Gegenstände der Rechtsvergleichung – *Gralf-Peter Calliess:* Die Rolle der Rechtsvergleichung im Kontext des Wettbewerbs der Rechtsordnungen – *Marc-Philippe Weller:* Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung im IPR und Unternehmensrecht – *Jan von Hein:* Marktregulierung durch Deliktsrecht. Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung – *Hein Kötz:* Schlusswort

Mohr Siebeck
Tübingen
info@mohrsiebeck.com
mohrsiebeck.com

Informationen zum eBook-Angebot: *mohrsiebeck.com/ebooks*

VwVfG §§ 48, 49; GrdstVG § 6, § 7 Abs. 2, 3, § 22 Abs. 1; GBO § 38.+

1. Gegen die Rücknahme oder den Widerruf einer Genehmigung nach dem Grundstückverkehrsgesetz kann gemäß § 22 Abs. 1 GrdstVG ein Antrag auf Entscheidung durch das nach dem Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Landwirtschaftssachen zuständige Gericht gestellt werden.

2. a) Die Rücknahme einer rechtswidrigen Genehmigung nach dem Grundstückverkehrsgesetz richtet sich nach § 48 Abs. 3 VwVfG und kann auch dann erfolgen, wenn die privatrechtsgestaltende Wirkung der Genehmigung bereits eingetreten ist; die Fiktion des § 7 Abs. 3 GrdstVG tritt nicht ein, wenn die Eintragung in das Grundbuch aufgrund eines rechtswidrig genehmigten Rechtsgeschäfts vorgenommen worden ist.

b) Die Rücknahme einer rechtswidrigen Genehmigung nach dem Grundstückverkehrsgesetz ist nach dem im Rahmen der Ermessenabwägung einzubeziehenden Rechtsgedanken des § 7 Abs. 3 GrdstVG regelmäßig ausgeschlossen, wenn das Rücknahmeverfahren nicht innerhalb eines Jahres nach Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch eingeleitet worden ist; das gilt jedoch nicht, wenn die in § 48 Abs. 2 Satz 3, Abs. 3 Satz 2 VwVfG genannten Voraussetzungen vorliegen, unter denen sich die Beteiligten nicht auf Vertrauensschutz berufen können.

c) Auch eine gem. § 7 Abs. 3 GrdstVG fingierte Genehmigung kann zurückgenommen werden, wenn und soweit die in § 48 Abs. 2 Satz 3, Abs. 3 Satz 2 VwVfG genannten Voraussetzungen bezogen auf die Herbeiführung der Eintragung in das Grundbuch vorliegen.

3. Soll die Rücknahme einer rechtswidrigen Genehmigung nach dem Grundstückverkehrsgesetz erfolgen und liegen die Voraussetzungen vor, unter denen das Vorkaufsrecht nach dem Reichssiedlungsgesetz ausgeübt werden kann, so hat die Behörde während des Rücknahmeverfahrens die Erklärung der Siedlungsbehörde über die Ausübung des Vorkaufsrechts durch die vorkaufsberechtigte Stelle herbeizuführen und muss den Veräußerer über diesen Vorgang in Kenntnis setzen; die Rücknahme muss zwingend mit der Mitteilung über die Ausübung des Vorkaufsrechts verbunden werden. Eines Zwischenbescheids nach § 6 Abs. 1 Satz 2 GrdstVG bedarf es nicht; die Vertragsparteien können die Anhörung zum Anlass nehmen, zu erklären, dass der Antrag für den Fall der Rücknahme zurückgenommen wird.

4. Das Grundbuchamt hat in entsprechender Anwendung von § 7 Abs. 2 Satz 1 GrdstVG einen Widerspruch in das Grundbuch einzutragen, wenn das Ersuchen der Genehmigungsbehörde auf die Rücknahme oder den Widerruf der nach dem Grundstückverkehrsgesetz erteilten Genehmigung nach §§ 48, 49 VwVfG gestützt wird; die Unanfechtbarkeit des Rücknahmebescheids bzw. dessen sofortige Vollziehbarkeit gehört zu denjenigen Voraussetzungen des Widerspruchs, die grundsätzlich nicht das Grundbuchamt, sondern die Genehmigungsbehörde zu prüfen hat.

BGH, Beschluss v. 29. 4. 2022 – BLw 5/20
(OLG Brandenburg).

Bürgerliches Recht. Schadensersatzrecht. Miet- und Wohnungseigentumsrecht. Verbraucherschutzrecht. Recht der AGB u. a.

BGB § 27 Abs. 1, § 40 Satz 1, § 58 Nr. 3.

Betraut die Satzung statt der Mitgliederversammlung ein anderes Vereinsorgan mit der Kompetenz zur Bestellung des Vorstandes, so ist es zulässig, aber nicht erforderlich, das Verfahren, mit dem das Organ die Bestellungsentscheidung treffen soll, durch die Satzung zu regeln. Die Satzung kann dem bestellenden Organ eine Binnenorganisationskompetenz zuweisen, die auch die Regelung des Verfahrens der Vorstandsbestellung umfasst.

Die satzungswidrige Bestellung eines Vorstandsmitgliedes bleibt wirksam vom Beginn der tatsächlichen Amtsausübung bis zur Geltendmachung des Mangels, zu der ein Widerruf der Bestellung oder eine Amtsniederlegung durch das Vorstandsmitglied erforderlich ist.

Brandenburg. OLG, Beschluss v. 20. 4. 2022 – 7 W 44/22.

BGB § 31, § 199 Abs. 1 Nr. 2, § 826.

Zur Verjährung von Schadensersatzansprüchen gegen den Fahrzeughersteller in einem sogenannten Dieselfall (Anschluss an BGH, Urteil v. 10. 2. 2022 – VII ZR 396/21, juris Rn. 27).

BGH, Urteil v. 17. 3. 2022 – III ZR 226/20
(OLG Koblenz).

BGB § 199 Abs. 1 Nr. 2; InsO § 80 Abs. 1.

Hinsichtlich des Beginns der Verjährungsfrist hat sich der Insolvenzverwalter die bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erlangte Kenntnis des Insolvenzschuldners von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Drittschuldners grundsätzlich zurechnen zu lassen.

BGH, Urteil v. 7. 4. 2022 – IX ZR 107/20
(Thüringer OLG).

BGB §§ 306, 134; AVBFernwärmeV §§ 4, 24 Abs. 4 a. F.

a) In Fernwärmelieferungsverträgen ist die Verwendung des Erzeugerpreisindexes gewerblicher Produkte sowie des Indexes für Tarifverdienste der im Wirtschaftszweig der Energieversorgung tätigen Arbeitnehmer (jeweils herausgegeben vom Statistischen Bundesamt) bei Anpassungsklauseln für den Bereitstellungs- beziehungsweise Grundpreis grundsätzlich mit den Vorgaben des § 24 Abs. 4 Satz 1 AVBFernwärmeV vereinbar (Bestätigung und Weiterentwicklung von Senatsurteil v. 13. 7. 2011 – VIII ZR 339/10, NJW 2011, 3222 Rn. 31).

b) Die Rechtsfolgenbestimmung des § 306 BGB ist auch auf Allgemeine Versorgungsbedingungen i. S. v. § 1 Abs. 1 AVBFernwärmeV anwendbar.

c) Nach Maßgabe des § 306 Abs. 1 BGB führt die Unwirksamkeit einer nur eine Preiskomponente (hier: den Arbeitspreis) betreffenden Preisänderungsklausel nach § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV i. V. m. § 134 BGB nicht zugleich zur Unwirksamkeit andere Preiskomponenten (hier: den Bereitstellungspreis) betreffender Anpassungsklauseln, wenn es sich – wie im Regelfall – um inhaltlich voneinander trennbare Vertragsklauseln handelt, die jeweils Gegenstand einer gesonderten Wirksamkeitsprüfung nach § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV sind.

d) Zum einseitigen Anpassungsrecht eines Fernwärmeversorgers bei unwirksamen Preisänderungsklauseln (Bestätigung des Senatsurteils v. 26. 1. 2022 – VIII ZR 175/19, juris Rn. 30 ff., zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen).

BGH, Urteil v. 6. 4. 2022 – VIII ZR 295/20 (KG).

BGB §§ 134, 398, 556d Abs. 1, 2 Satz 5 bis 7, § 556 a. F. Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 Satz 1; RDG § 2 Abs. 2 Satz 1 a. F., §§ 3, 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1.

Zur Wirksamkeit der Abtretung des Anspruchs eines Wohnungsmieters an einen Inkassodienstleister auf Rück-

erstattung zu viel gezahlter Miete wegen eines Verstoßes gegen die Vorschriften über die Begrenzung der Miethöhe (§§ 556d ff. BGB), verbunden mit der Aufforderung an den Vermieter, künftig von dem Mieter nicht mehr die als überhöht gerügte Miete zu verlangen und diese auf den zulässigen Höchstbetrag herabzusetzen (hier: Abgrenzung der einem registrierten Inkassodienstleister nach § 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 RDG, § 2 Abs. 2 Satz 1 RDG a. F. gestatteten Forderungseinziehung von unzulässigen Maßnahmen der Anspruchsabwehr).

BGH, Urteil und Versäumnisurteil v. 30. 3. 2022 – VI ZR 121/21 und VIII ZR 358/20 (LG Berlin).

BGB 249.

Wählt der Geschädigte den Weg der fiktiven Schadensabrechnung, kann er den Ersatz von Umsatzsteuer nicht verlangen. Dies gilt auch dann, wenn im Rahmen einer durchgeführten Reparatur tatsächlich Umsatzsteuer angefallen ist. Eine Kombination fiktiver und konkreter Schadensberechnung ist insoweit nicht zulässig (hier: Teilreparatur zur Wiederherstellung der Verkehrssicherheit des Unfallfahrzeugs).

BGH, Urteil v. 5. 4. 2022 – VI ZR 7/21 (LG Osnabrück).

BGB § 275 Abs. 1, § 313 Abs. 1, § 326 Abs. 1 und 4, § 346 Abs. 1; EGBGB Art. 240 § 5.+

a) Während der Zeit der Schließung eines Fitnessstudios aufgrund der hoheitlichen Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie war es dem Betreiber rechtlich unmöglich, dem Nutzungsberechtigten die Möglichkeit zur vertragsgemäßen Nutzung des Fitnessstudios zu gewähren und damit seine vertraglich geschuldete Hauptleistungspflicht zu erfüllen. Für den Zeitraum der Schließung hat der Nutzungsberechtigte einen Anspruch auf Rückzahlung der entrichteten Monatsbeiträge, sofern der Betreiber von der „Gutscheinlösung“ nach Art. 240 § 5 Abs. 2 EGBGB keinen Gebrauch gemacht hat.

b) Eine Anpassung vertraglicher Verpflichtungen an die tatsächlichen Umstände kommt grundsätzlich dann nicht in Betracht, wenn das Gesetz in den Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung die Folge der Vertragsstörung bestimmt. Daher scheidet eine Anwendung des § 313 BGB aus, soweit der Tatbestand des § 275 Abs. 1 BGB erfüllt ist.

c) Bei Art. 240 § 5 EGBGB handelt es sich um eine spezialgesetzliche Regelung, die die gesetzlichen Rechtsfolgen der Unmöglichkeit modifiziert und in ihrem Geltungsbereich die Anwendung des § 313 BGB ausschließt.

d) Der Betreiber eines Fitnessstudios hat deshalb gegen seinen Vertragspartner keinen Anspruch auf eine Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage dahingehend, dass die vereinbarte Vertragslaufzeit um den Zeitraum einer pandemiebedingten Schließung des Fitnessstudios verlängert wird.

BGH, Urteil v. 4. 5. 2022 – XII ZR 64/21 (LG Osnabrück).

BGB § 307 Abs. 1, § 1191; AGBG § 9 Abs. 1.+

a) Der die Abtretung eines Grundschuldrückgewähranspruchs betreffende formularmäßige Zustimmungsvorbehalt der Bank ist auch dann wirksam, wenn die Grundschuldsicherheit von dem Grundstückseigentümer gegeben wurde (Fortführung von Senat, Urteil v. 9. 2. 1990 – V ZR 200/88, BGHZ 110, 241).

b) Ein solcher Zustimmungsvorbehalt benachteiligt den Sicherungsgeber entgegen den Geboten von Treu und Glau-

Gleichheit als kulturelles Phänomen
Ergebnisse der 37. Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung vom 19. bis 21. September 2019 in Greifswald
Herausgegeben von Uwe Kischel

2020. VII, 159 Seiten (Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung 71). Fadengeheftete Broschur
ISBN 978-3-16-159501-1
eBook
ISBN 978-3-16-159502-8
€ 59,–

Das Verständnis von Gleichheit ist kulturell vorgeprägt und variiert deshalb je nach rechtlichem Kontext deutlich. Der vorliegende Tagungsband untersucht diese Unterschiede in rechtsvergleichender Hinsicht und nimmt dabei insbesondere bestehende kulturelle Eigenarten in den Blick.

Gleichheit als eines der dogmatisch anspruchsvollsten verfassungsrechtlichen Konzepte ist stets wertgebunden. Wann zwei Individuen hinreichend gleich für eine Gleichbehandlung oder hinreichend ungleich für eine Ungleichbehandlung sind, ist nicht ohne Wertungen zu beantworten. Diese hängen von den jeweiligen Gerechtigkeitsvorstellungen einer Gesellschaft ab und sind damit im Kern kulturell vorgeprägt. Es überrascht daher nicht, dass sich das Verständnis von Gleichheit in verschiedenen Kulturen wesentlich unterscheidet. Der vorliegende Tagungsband hat es sich zur Aufgabe gemacht, einen rechtsvergleichenden Blick auf diese Unterschiede zu werfen. Betrachtet werden hierzu, teils allgemein, teils anhand konkreter Einzelfragen, die Kontexte des islamischen und des traditionellen afrikanischen Rechts sowie das Gleichheitsverständnis in Russland, Südkorea und Schweden.

Mit Beiträgen von:
John Osogo Ambani, Laura Carlson, Elena Gritsenko, Kyung-Sin Park, Nahed Samour

Informationen zum eBook-Angebot: *mohrsiebeck.com/ebooks*

Mohr Siebeck
Tübingen
info@mohrsiebeck.com
mohrsiebeck.com

ben auch dann nicht unangemessen, wenn die AGB keinen Anspruch auf Zustimmung vorsehen.

c) Der Sicherungsgeber hat jedenfalls dann einen Anspruch auf Zustimmung, wenn ein schützenswertes Interesse der Bank an deren Verweigerung nicht besteht oder seine berechtigten Belange an der Abtretbarkeit des Rückgewähranspruchs überwiegen.

BGH, Urteil v. 14. 1. 2022 – V ZR 255/20
(OLG Frankfurt/M.).

BGB § 309 Nr. 7 a und b, § 438.

Zur Verjährung von kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche in einem sogenannten Dieselfall.

BGH, Urteil v. 24. 3. 2022 – III ZR 263/20 (OLG Koblenz).

BGB § 826.

Zur Haftung eines Automobilherstellers nach § 826 BGB in einem sogenannten Dieselfall.

BGH, Urteil v. 24. 3. 2022 – III ZR 270/20
(OLG Koblenz).

BGB § 1906 Abs. 1; FamFG § 329 Abs. 1.

Zu den Voraussetzungen und Begründungsanforderungen, wenn eine Unterbringung für länger als ein Jahr angeordnet oder genehmigt werden soll (im Anschluss an Senatsbeschlüsse BGHZ 218, 111 = FamRZ 2018, 950 und v. 21. 4. 2021 – XII ZB 520/20 – FamRZ 2021, 1242).

BGH, Beschluss v. 30. 3. 2022 – XII ZB 197/21
(LG Dresden).

EGBGB Art. 247, § 3 Abs. 1 Nr. 11, § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1.

Bei Allgemein-Verbraucherdarlehensverträgen im Anwendungsbereich der RiL 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23. 4. 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der RiL 87/102/EWG des Rates (ABl. 2008, L 133, S. 66, berichtigt in ABl. 2009, L 207, S. 14, ABl. 2010, L 199, S. 40 und ABl. 2011, L 234, S. 46) erfordert die Information über den Verzugszinssatz nach Art. 247 § 3 Abs. 1 Nr. 11 EGBGB die Angabe des zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden konkreten Prozentsatzes (Aufgabe von Senatsurteil v. 5. 11. 2019 – XI ZR 650/18, BGHZ 224, 1 Rn, 52).

BGH, Urteil vorn 12. 4. 2022 – XI ZR 179/21
(OLG München).

EuGVVO Art. 7 Nr. 2.

1. Bei gegen den Hersteller gerichteten Individualklagen aus Anlass des sogenannten Abgasskandals richtet sich auch die örtliche Zuständigkeit nach Art. 7 Nr. 2 EuGVVO, wenn der Hersteller seinen Sitz in einem EU-Mitgliedsstaat hat.

2. Es ist jedenfalls nicht als willkürlich anzusehen, wenn das Gericht am Wohnsitz des Klägers das Verfahren an das Gericht, in dessen Bezirk der Kaufvertrag geschlossen wurde, verweist.

OLG München, Beschluss vom 7. 3. 2022 – 34 AR 132/21.

FamFG § 68 Abs. 3, § 69 Abs. 1, § 278 Abs. 1; BGB § 1896 Abs. 2.

a) Kommt das Beschwerdegericht in einem Betreuungsverfahren zu dem Ergebnis, dass die Einrichtung einer Betreuung erforderlich ist, muss es auch über die Betreuerauswahl entscheiden (im Anschluss an Senatsbeschluss v. 30. 8. 2017 – XII ZB 16/17 – FamRZ 2017, 1866).

b) Zieht das Beschwerdegericht in einer Betreuungssache für seine Entscheidung eine neue Tatsachengrundlage – etwa ein neues Sachverständigengutachten – heran, die nach der amtsgerichtlichen Entscheidung datiert, gebietet dies eine neue persönliche Anhörung des Betroffenen (im Anschluss an Senatsbeschluss v. 6. 10. 2021 – XII ZB 205/20 – FamRZ 2022, 227).

BGH, Beschluss v. 6. 4. 2022 – XII ZB 451/21
(LG Aurich).

GKG § 49; WEG § 44.

Der Streitwert für wohnungseigentumsrechtliche Beschlussklagen entspricht in der Regel nicht der für die Zulässigkeit eines Rechtsmittels maßgeblichen Beschwer; das gilt auch für einen gemäß § 49 GKG in der seit dem 1. 12. 2020 geltenden Fassung festgesetzten Streitwert.

BGH, Beschluss v. 24. 3. 2022 – V ZR 149/21
(LG Braunschweig).

Handels- und Gesellschaftsrecht. Versicherungsrecht. Wettbewerbsrecht. Patentrecht u. a.

HGB §§ 252, 253 Abs. 4 Satz 1; ZPO § 286.

– Bilanzielle Bewertung von Forderungen –

a) Zur Bewertung von Geldforderungen in der Handelsbilanz.

b) Zur Beurteilung der richtigen bilanziellen Bewertung einer (möglicherweise) risikobehafteten Forderung ist im Zivilprozess in der Regel die Einholung eines Sachverständigengutachtens geboten, es sei denn, das Gericht verfügt ausnahmsweise selbst über die notwendige besondere Sachkunde und weist die Parteien zuvor hierauf hin (Fortführung von Senat, Urteil v. 23. 11. 2006 – III ZR 65/06, NJW-RR 2007, 357 Rn. 14; BGH, Beschluss v. 9. 4. 2019 – VI ZR 377/17, VersR 2019, 1033 Rn. 9).

BGH, Urteil v. 20. 1. 2022 – III ZR 194/19
(OLG Düsseldorf).

Die Entscheidung ist zum Abdruck in der JZ mit einer Anmerkung von Hanno Merkt vorgesehen.

BGB §§ 134, 306; AVBFernwärmeV §§ 4, 24 Abs. 4 a. F.

a) In Fernwärmelieferungsverträgen ist die Verwendung des Erzeugerpreisindexes gewerblicher Produkte sowie des Indexes für Tarifverdienste der im Wirtschaftszweig der Energieversorgung tätigen Arbeitnehmer (jeweils herausgegeben vom Statistischen Bundesamt) bei Anpassungsklauseln für den Bereitstellungs- beziehungsweise Grundpreis grundsätzlich mit den Vorgaben des § 24 Abs. 4 Satz 1 AVBFernwärmeV vereinbar (Bestätigung und Weiterentwicklung von Senatsurteil v. 13. 7. 2011 – VIII ZR 339/10, NJW 2011, 3222 Rn. 31).

b) Die Rechtsfolgenbestimmung des § 306 BGB ist auch auf Allgemeine Versorgungsbedingungen i. S. v. § 1 Abs. 1 AVBFernwärmeV anwendbar.

c) Nach Maßgabe des § 306 Abs. 1 BGB führt die Unwirksamkeit einer nur eine Preiskomponente (hier: den Arbeitspreis) betreffenden Preisänderungsklausel nach § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV i. V. m. § 134 BGB nicht zugleich zur Unwirksamkeit andere Preiskomponenten (hier: den Bereitstellungspreis) betreffender Anpassungsklauseln, wenn es sich – wie im Regelfall – um inhaltlich voneinander trennbare Vertragsklauseln handelt, die jeweils Gegenstand einer geson-

derten Wirksamkeitsprüfung nach § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV sind.

d) Zum einseitigen Anpassungsrecht eines Fernwärmeversorgers bei unwirksamen Preisänderungsklauseln (Bestätigung des Senatsurteils v. 26. 1. 2022 – VIII ZR 175/19, juris Rn. 30 ff., zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen).

BGH, Urteil v. 6. 4. 2022 – VIII ZR 295/20 (KG).

BGB § 307 Abs. 1, § 1191; AGBG § 9 Abs. 1.+

a) Der die Abtretung eines Grundschuldrückgewähranspruchs betreffende formularmäßige Zustimmungsvorbehalt der Bank ist auch dann wirksam, wenn die Grundschuldsicherheit von dem Grundstückseigentümer gegeben wurde (Fortführung von Senat, Urteil v. 9. 2. 1990 – V ZR 200/88, BGHZ 110, 241).

b) Ein solcher Zustimmungsvorbehalt benachteiligt den Sicherungsgeber entgegen den Geboten von Treu und Glauben auch dann nicht unangemessen, wenn die AGB keinen Anspruch auf Zustimmung vorsehen.

c) Der Sicherungsgeber hat jedenfalls dann einen Anspruch auf Zustimmung, wenn ein schützenswertes Interesse der Bank an deren Verweigerung nicht besteht oder seine berechtigten Belange an der Abtretbarkeit des Rückgewähranspruchs überwiegen.

BGH, Urteil v. 14. 1. 2022 – V ZR 255/20
(OLG Frankfurt/M.).

DesignG § 1 Nr. 1, § 33 Abs. 1 Nr. 1, § 37 Abs. 1.

– Schneidebrett –

a) Die Auslegung eines Designs kann zu dem Ergebnis führen, dass Abweichungen der Wiedergaben bei der Bestimmung des Schutzgegenstands außer Betracht bleiben müssen und der Schutzgegenstand gleichsam aus der Schnittmenge der allen Darstellungen gemeinsamen Merkmale besteht (Bestätigung von BGH, Urteil v. 8. 3. 2012 – I ZR 124/10, GRUR 2012, 1139 [juris Rn. 31] = WRP 2012, 1540 – Weinkaraffe; Beschluss v. 20. 12. 2018 – I ZB 25/18, BGHZ 220, 344 [juris Rn. 17] – Sporthelm; Beschluss v. 20. 12. 2018 – I ZB 26/18, GRUR 2019, 835 [juris Rn. 31] = WRP 2019, 1032 – Sportbrille). Das gilt auch dann, wenn eine Darstellung Elemente enthält, die auf den anderen Darstellungen nicht zu sehen sind, so dass das in den anderen Darstellungen zu sehende Erzeugnis vollständig in der einen Darstellung enthalten ist.

b) Die Auslegung eines Designs kann ergeben, dass sich der Schutzgegenstand aus mehreren Gegenständen zusammensetzt, die nach der Verkehrsauffassung ein einheitliches Erzeugnis – ein sogenanntes Kombinationserzeugnis – bilden. Dies liegt insbesondere dann nahe, wenn die abgebildeten Einzelgegenstände ästhetisch aufeinander abgestimmt sind und miteinander in einem funktionalen Zusammenhang stehen (Bestätigung von BGH, GRUR 2012, 1139 [juris Rn. 32] – Weinkaraffe). Die Auslegung kann auch lediglich aufgrund einer dieser Eigenschaften – gegebenenfalls unter Einbeziehung weiterer Umstände – zur Annahme eines Kombinationserzeugnisses führen. Maßgeblich ist, welchen Schutzgegenstand die Fachkreise des betreffenden Sektors aus den Darstellungen und den weiteren aus dem Register ersichtlichen Informationen entnehmen.

c) Im Fall eines Kombinationserzeugnisses ist ein isolierter Schutz für die Komponenten des Kombinationserzeugnisses – ohne eine gesonderte Anmeldung – ausgeschlossen, weil das Designrecht keinen Schutz für Teile oder Elemente eines eingetragenen Designs kennt (Bestätigung von BGH, GRUR 2012, 1139 [juris Rn. 28 und 35 bis 40] – Weinkaraffe).

Marcus Bergmann / Johannes Eichenhofer
Carsten Hörich / Constanze Janda / Robert Nestler / Katharina Stamm / Hannah Tewocht / Vinzent Vogt
Einwanderungsgesetz
Hallescher Entwurf zur Neuordnung der Dogmatik des Aufenthaltsrechts

2019. XII, 185 Seiten.
Fadengeheftete Broschur
ISBN 978-3-16-156607-3;
eBook
ISBN 978-3-16-156608-0
€ 19,–

Der »Hallesche Entwurf für ein Einwanderungsgesetz« schlägt einen fundamentalen Wechsel im bisherigen Aufenthaltsrecht vor: Aufenthaltstitel werden abgeschafft, stattdessen bildet das Recht auf Einreise und Aufenthalt die Basis der Regelung, ohne jedoch für eine Abschaffung der Zuwanderungskontrolle einzutreten.

In Politik und Wissenschaft wird derzeit eine rege Diskussion über die Möglichkeiten und Grenzen einer Einwanderungsgesetzgebung geführt. Die Vorschläge der Parteien nehmen durchweg Bezug auf die bestehende Dogmatik des Ausländerrechts, welches auf einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt beruht. Der »Hallesche Entwurf für ein Einwanderungsgesetz« verfolgt einen grundlegend anderen Ansatz: Er basiert auf einem grundsätzlichen Recht auf Einreise und Aufenthalt, welches nur aus bestimmten Anlässen eingeschränkt werden kann. Das bisherige System der nach Aufenthaltszwecken differenzierenden Titel wird danach aufgegeben, nicht aber das Ziel, die Zuwanderung zu steuern. Der Vorschlag macht sich die Vorgaben des Völker- und Europarechts zu eigen und zielt zugleich auf eine Vereinfachung des Zuwanderungsrechts und damit mehr Transparenz und Rechtssicherheit.

Informationen zum eBook-Angebot: *mohrsiebeck.com/ebooks*

Mohr Siebeck
Tübingen
info@mohrsiebeck.com
mohrsiebeck.com

d) Führt die Auslegung nicht zu einem hinreichend klaren Ergebnis und bleibt offen, ob Schutz für einen Einzelgegenstand oder ein Kombinationserzeugnis beansprucht wird, geht die Unklarheit zu Lasten des Anmelders und ist das Design nichtig.

BGH, Urteil v. 24. 3. 2022 – I ZR 16/21
(OLG München).

PatG § 117; ZPO § 531 Abs. 2

– Windturbinenschaufelmontage –

Eine Nichtigkeitsklägerin, die in der Klagebegründung unter Bezugnahme auf eine konkrete Entgegenhaltung vorgetragen hat, der Gegenstand eines nachgeordneten Patentanspruchs sei nahegelegt, ist bis zu einem abweichenden gerichtlichen Hinweis grundsätzlich nicht gehalten, sich auf weitere Entgegenhaltungen in Bezug auf diesen Anspruch zu berufen, wenn das Patentgericht in dem gem. § 83 Abs. 1 PatG erteilten Hinweis mitgeteilt hat, der Gegenstand der nachgeordneten Ansprüche sei ebenso wie der Gegenstand des Hauptanspruchs voraussichtlich als nicht patentfähig zu beurteilen.

BGH, Urteil v. 15. 3. 2022 – X ZR 45/20 (BPatG).

UWG § 3a, § 5a Abs. 2 Satz 1, Abs. 4; VO (EU) Nr. 1169/2011 Art 31 Abs. 3 Unterabs. 2, Art. 33 Abs. 2 Unterabs. 2.+

– Knuspermüsli II –

a) In Fällen der Verletzung einer Informationspflicht in Bezug auf kommerzielle Kommunikation ist die Unlauterkeit allein nach § 5a Abs. 2 und 4 UWG und nicht nach § 3a UWG zu beurteilen (Aufgabe von BGH, Urteil v. 31. 10. 2013 – I ZR 139/12, GRUR 2014, 576 Rn. 15 = WRP 2014, 689 – 2 Flaschen GRATIS; Abgrenzung zu BGH, Beschluss v. 10. 2. 2022 – I ZR 38/21, GRUR 2022, 500 [juris Rn. 60 bis 66] = WRP 2022, 452 – Zufriedenheitsgarantie).

b) Die Gewährung einer Aufbrauchfrist setzt voraus, dass dem Schuldner eines Unterlassungsanspruchs durch ein sofort mit der Zustellung des Titels uneingeschränkt zu beachtendes Verbot unverhältnismäßige Nachteile entstehen und die Belange sowohl des Gläubigers als auch der Allgemeinheit durch eine befristete Fortsetzung des Wettbewerbsverstoßes nicht unzumutbar beeinträchtigt werden. In der danach erforderlichen Interessenabwägung kann sich zu Lasten des Schuldners auswirken, dass er sich aufgrund einer Verurteilung in den Vorinstanzen oder aufgrund des Verlaufs des Revisionsverfahrens, etwa wegen einer vom Senat veranlassten Vorabentscheidung durch den EuGH, auf einen für ihn ungünstigen Ausgang des Revisionsverfahrens einstellen konnte und musste (Fortführung von BGH, Urteil v. 16. 11. 1973 – I ZR 98/72, GRUR 1974, 474, 476 [juris Rn. 23] = WRP 1974, 85 – Großhandelshaus; Urteil v. 24. 9. 2013 – I ZR 89/12, GRUR 2013, 1254 Rn. 44 = WRP 2013, 1596 – Matratzen Factory Outlet; Urteil v. 10. 5. 2016 – X ZR 114/13, GRUR 2016, 1031 Rn. 42 – Wärmetauscher).

BGH, Urteil v. 7. 4. 2022 – I ZR 143/19 (OLG Hamm).

VermVerkProspV § 2 Abs. 2 Satz 1, § 7 Abs. 2 Nr. 3, § 9 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 9, § 12 Abs. 1 Nr. 1, § 12 Abs. 2 Nr. 3 a. F.

Zur Darstellung von Prognosen, zur Angabe von Verflechtungstatbeständen und zur Aufgliederung der voraussichtlichen Gesamtkosten des Anlageobjekts in einem Verkaufsprospekt für die Beteiligung an einer Fondsgesellschaft, die das eingeworbene Kapital in Büroimmobilien in Budapest investiert hat.

BGH, Beschluss v. 22. 3. 2022 – XI ZB 24/20
(HansOLG).

ZPO §§ 33, 256 Abs. 1; VVG § 86 Abs. 1 Satz 1.

Zur Zulässigkeit einer negativen Feststellungsklage, die der vom Rechtsschutzversicherer aus gem. § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG übergegangenem Recht in Anspruch genommene Rechtsanwalt im Wege der isolierten Drittwiderklage gegen den Versicherungsnehmer erhebt.

BGH, Urteil v. 27. 4. 2022 – IV ZR 344/20
(LG Arnsberg).

Zivilprozessrecht. Freiwillige Gerichtsbarkeit. Insolvenzrecht u. a.

ZPO §§ 33, 256 Abs. 1; VVG § 86 Abs. 1 Satz 1.

Zur Zulässigkeit einer negativen Feststellungsklage, die der vom Rechtsschutzversicherer aus gemäß § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG übergegangenem Recht in Anspruch genommene Rechtsanwalt im Wege der isolierten Drittwiderklage gegen den Versicherungsnehmer erhebt,

BGH, Urteil v. 27. 4. 2022 – IV ZR 344/20
(LG Arnsberg).

ZPO § 130a Abs. 3 und 4.

Die Einreichung eines elektronischen Dokuments bei Gericht ist nur dann formgerecht, wenn es entweder mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen ist oder von der verantwortenden Person selbst auf einem sicheren Übermittlungsweg eingereicht wird. Nicht ausreichend ist die Verwendung einer fortgeschrittenen elektronischen Signatur im Zusammenhang mit einer nicht persönlich vorgenommenen Übermittlung (im Anschluss an BAGE 171, 28 = FamRZ 2020, 1850).

BGH, Beschluss v. 30. 3. 2022 – XII ZB 311/21
(OLG Celle).

ZPO § 130a Abs. 5.

Zum Eingang eines über das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA) eingereichten elektronischen Dokuments (hier: Berufungsbegründung) bei Gericht (§ 130a Abs. 5 ZPO).

BGH, Beschluss v. 8. 3. 2022 – VI ZB 25/20
(OLG Bamberg).

ZPO § 149 Abs. 1.

Das Aussetzungsermessen ist auszuüben, indem beurteilt wird, ob dem grundsätzlich vorrangigen Interesse der Parteien an einer zügigen verbindlichen Entscheidung über das zwischen ihnen streitige Rechtsverhältnis wenigstens gleichgewichtige Gesichtspunkte entgegenstehen, die für einen gründlicheren, beiden Parteien zugänglichen Tatsachenvortrag mit Hilfe der im Ermittlungsverfahren gewonnenen oder noch zu erwartenden Erkenntnisse sprechen.

Der Antragsteller und das ihm folgende Gericht haben konkret darzulegen, welche Umstände im Strafverfahren leichter oder schneller geklärt werden können als durch die Parteien selbst und durch die Beweiserhebung im Zivilrechtsstreit.

Brandenburg. OLG, Beschluss v. 6. 4. 2022 – 7 W 17/22.

ZPO § 894; GBO § 53 Abs. 1; GG Art. 103 Abs. 1.

1. Die Abgabefiktion nach § 894 Satz 1 ZPO tritt erst ein, wenn das Urteil Rechtskraft erlangt hat. Vorläufige Vollstreckbarkeit reicht nicht aus.

2. Die Eintragung eines Amtswiderspruchs nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO setzt nicht voraus, dass die Grundbuchunrichtigkeit unmittelbar auf einer Gesetzesverletzung bei Vornahme derjenigen Eintragung beruht, gegen die sich der Widerspruch richten soll. Sie ist vielmehr auch dann möglich, wenn dem Grundbuchamt der Verstoß bei der Eintragung eines Rechtsvorgängers des jetzt eingetragenen Berechtigten unterlaufen ist.

3. Eine Anhörung des eingetragenen Berechtigten vor Erlass der die Eintragung eines Widerspruchs anordnenden Entscheidung kann unterbleiben, wenn daraus die Gefahr des Rechtsverlusts erwachsen könnte.

OLG München, Beschluss v. 24. 1. 2022 – 34 Wx 437/21.

BGB § 199 Abs. 1 Nr. 2; InsO 80 Abs. 1.

Hinsichtlich des Beginns der Verjährungsfrist hat sich der Insolvenzverwalter die bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erlangte Kenntnis des Insolvenzschuldners von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Drittschuldners grundsätzlich zurechnen zu lassen.

BGH, Urteil v. 7. 4. 2022 – IX ZR 107/20
(Thüringer OLG).

BGB § 1906 Abs. 1; FamFG § 329 Abs. 1.

Zu den Voraussetzungen und Begründungsanforderungen, wenn eine Unterbringung für länger als ein Jahr angeordnet oder genehmigt werden soll (im Anschluss an Senatsbeschlüsse BGHZ 218, 111 = FamRZ 2018, 950 und v. 21. 4. 2021 – XII ZB 520/20 FamRZ 2021, 1242).

BGH, Beschluss v. 30. 3. 2022 – XII ZB 197/21
(LG Dresden).

EuGVVO Art. 7 Nr. 2.

1. Bei gegen den Hersteller gerichteten Individualklagen aus Anlass des sogenannten Abgasskandals richtet sich auch die örtliche Zuständigkeit nach Art. 7 Nr. 2 EuGVVO, wenn der Hersteller seinen Sitz in einem EU-Mitgliedsstaat hat.

2. Es ist jedenfalls nicht als willkürlich anzusehen, wenn das Gericht am Wohnsitz des Klägers das Verfahren an das Gericht, in dessen Bezirk der Kaufvertrag geschlossen wurde, verweist.

OLG München, Beschluss v. 7. 3. 2022 – 34 AR 132/21.

FamFG § 26; VersAusglG § 2 Abs. 1.

Zum Umfang der Aufklärungspflicht des Gerichts nach Verzicht eines Ehegatten auf ein noch verfallbares Anrecht.

BGH, Beschluss v. 30. 3. 2022 – XII ZB 421/21
(OLG Hamm).

FamFG § 68 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3, § 319 Abs. 1.

a) Wird in einem Unterbringungsverfahren die nach § 319 Abs. 1 Satz 1 FamFG zwingend erforderliche persönliche Anhörung des Betroffenen vom Amtsgericht erst im Abhilfeverfahren nachgeholt, kann das Beschwerdegericht nicht von der auch im zweitinstanzlichen Verfahren grundsätzlich gebotenen persönlichen Anhörung des Betroffenen absehen (im Anschluss an Senatsbeschluss v. 22. 9. 2021 – XII ZB 93/21 – FamRZ 2022, 135).

Lisa-Marie Lührs
Überstellungsschutz und gegenseitiges Vertrauen
Europäischer Grund- und Menschenrechtsschutz im Gemeinsamen Europäischen Asylsystem

2021. XIX, 315 Seiten (Jus Internationale et Europaeum 175). Fadengeheftete Broschur
ISBN 978-3-16-160137-8; eBook
ISBN 978-3-16-160138-5
€ 79,–

Welche Rechte haben Schutzsuchende gegen Überstellungen innerhalb des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems? Lisa-Marie Lührs untersucht die Rechtsprechung von EGMR und EuGH und stellt Maßgaben für einen einheitlichen Schutzstandard auf. Dabei untersucht sie insbesondere die Rolle des Grundsatzes des gegenseitigen Vertrauens.

Über die Rechte von Schutzsuchenden gegen sogenannte Dublin-Überstellungen im Gemeinsamen Europäischen Asylsystem entscheiden gleich zwei europäische Gerichte. Lisa-Marie Lührs analysiert die Rechtsprechung von EGMR und EuGH und entwickelt daraus ein spezifisches, einheitliches *Refoulement*-Verbot in innereuropäischen Überstellungskonstellationen aus Art. 3 EMRK bzw. Artt. 4, 19 II GRCh. Sie zeigt zudem, unter welchen Voraussetzungen auch aus anderen Konventions- und Chartarechten weitere Überstellungsverbote folgen können. Dabei untersucht sie insbesondere die Rolle des Grundsatzes des gegenseitigen Vertrauens, der den Rechtsschutz gegen Dublin-Überstellungen entscheidend prägt: Allein bei Vorliegen sogenannter »außergewöhnlicher Umstände« lässt der EuGH eine grundrechtliche Überprüfung ausnahmsweise zu. Die Autorin beleuchtet, welche Umstände außergewöhnlich genug sind, um die Vermutungswirkung des Vertrauensgrundsatzes zu widerlegen.

Informationen zum eBook-Angebot: *mohrsiebeck.com/ebooks*

Mohr Siebeck
Tübingen
info@mohrsiebeck.com
mohrsiebeck.com

Rechtsvergleichung als didaktische Herausforderung

Herausgegeben von Judith Brockmann, Arne Pilniok und Mareike Schmidt

2020. VIII, 166 Seiten (Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung 69). Fadengeheftete Broschur ISBN 978-3-16-159252-2; eBook ISBN 978-3-16-159253-9 € 59,–

In Zeiten der Europäisierung und Globalisierung benötigt die Rechtsvergleichung einen stärkeren Stellenwert im juristischen Studium. In den vorliegenden Beiträgen werden die Zusammenhänge von Rechtsdidaktik und Rechtsvergleichung erörtert und die damit verbundenen Chancen und Herausforderungen für das Studium diskutiert.

Die Rechtsvergleichung spielt in der juristischen Ausbildung derzeit eine eher untergeordnete Rolle. Sie wird teilweise als Forschungsmethode eingeordnet, teilweise als Grundlagenfach verortet. Dies wird dem Potenzial, das Rechtsvergleichung für die Ausbildung und das juristische Lernen hat, nicht gerecht. So hat der Wissenschaftsrat in seiner viel diskutierten Stellungnahme zu den Perspektiven der Rechtswissenschaft gefordert, dass »im rechtswissenschaftlichen Studium rechtsvergleichende Perspektiven stärker verankert werden sollten. Die Anwendung, Auslegung und Gestaltung des Rechts wird eine intensive Auseinandersetzung mit den Regelungskonzepten anderer Rechtsordnungen und unterschiedlichen Professions- wie Fachkulturen erfordern.« In den Beiträgen des vorliegenden Bandes werden die Zusammenhänge von Rechtsdidaktik und Rechtsvergleichung erörtert und die damit verbundenen Chancen und Herausforderungen für das Studium diskutiert.

Informationen zum eBook-Angebot: *mohrsiebeck.com/ebooks*

Mohr Siebeck
Tübingen
info@mohrsiebeck.com
mohrsiebeck.com

In memoriam Ulrich Weber

Reden und Vorträge anlässlich der akademischen Gedenkfeier für Ulrich Weber
Herausgegeben von Bernd Heinrich, Eric Hilgendorf, Wolfgang Mitsch und Detlev Sternberg-Lieben

2016. VIII, 49 Seiten. fadengeheftete Broschur ISBN 978-3-16-154535-1 € 39,–

Nach persönlichen Erinnerungen an Ulrich Weber stellen seine vier Schüler in diesem Band das akademische Werk Webers in den Bereichen Zivilrecht, Urheberstrafrecht, Strafrechtsdogmatik und Wirtschaftsstrafrecht dar.

Der Band gibt die Reden und Vorträge wieder, die anlässlich der akademischen Gedenkstunde für den im Dezember 2013 verstorbenen Tübinger Strafrechtslehrer Ulrich Weber am 23.1.2015 in Tübingen gehalten wurden. Er enthält – neben der Begrüßungsansprache des Dekans – einen Vortrag von Wolfgang Grunsky über persönliche Erinnerungen an Ulrich Weber. Anschließend wird das akademische Werk Webers in Vorträgen seiner vier Schüler vorgestellt: Der Vortrag von Wolfgang Mitsch hebt Webers Interesse am Zivilrecht hervor, der Vortrag von Bernd Heinrich zeichnet das Werk Webers zum Urheberstrafrecht. Dem Vortrag von Eric Hilgendorf zum Wirken Ulrich Webers im Bereich der Strafrechtsdogmatik und dem Vortrag von Detlev Sternberg-Lieben zum Werk Webers im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts folgt eine Fortführung der von Ulrich Weber verfassten Schriften im Anschluss an die im Jahr 2004 erschienene Festschrift.

Eine ausführliche Inhaltsübersicht finden Sie auf *mohrsiebeck.com.*

Maßgeschneiderte Informationen: *mohrsiebeck.com*

Mohr Siebeck
Tübingen
info@mohrsiebeck.com
mohrsiebeck.com

Edward Schramm

Ehe und Familie im Strafrecht

Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung

2011. XXX, 545 Seiten (Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen 114). ISBN 978-3-16-150929-2 Leinen € 119,–

»Und die Lektüre verdeutlicht, dass das Buch nicht nur für Wissenschaftler interessant ist. Eine ganze Reihe praktisch relevanter Probleme werden hier vertieft erörtert. Deshalb lohnt es auch für Praktiker, sich mit Schramms Monografie zu befassen.«
Peter Marx
Die Justiz 2012, 306

Ehe und Familie stehen nach Art. 6 Abs. 1 GG unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung. Edward Schramm zeigt, wie das Strafrecht einerseits den Verstoß gegen elementare eheliche und familiäre Verhaltensregeln unter Strafe stellt, andererseits Eheleute und Familienangehörige bei bestimmten Konflikten vor dem Zugriff der staatlichen Strafgewalt schützt. Nach einem verfassungsrechtlichen und strafrechtsgeschichtlichen Überblick wendet er sich der Allgemeinen Straftatlehre zu, innerhalb derer er die für diese beiden Institutionen zentralen Themen behandelt. Sodann zeigt er, wie Erzieherprivilegien, Angehörigenprivilegien und Strafantragsregelungen einen Abwehrmechanismus gegen einen strafenden Staat bilden. Ehe und Familie stellen aber auch in vielfältiger Weise strafrechtlich geschützte Rechtsgüter dar, weshalb er die Straftatbestände aus dem 12. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB einer Analyse unterzieht. Edward Schramm geht vor allem auf derzeit besonders umstrittene Fallgestaltungen ein.

Maßgeschneiderte Informationen: *mohrsiebeck.com*

Mohr Siebeck
Tübingen
info@mohrsiebeck.com
mohrsiebeck.com

Smart Contracts

Herausgegeben von Martin Fries und Boris P. Paal

2019. VIII, 142 Seiten. Fadengeheftete Broschur ISBN 978-3-16-156910-4; eBook ISBN 978-3-16-156911-1 € 39,–

Sind Smart Contracts tatsächlich schlaue Verträge? Im ersten deutschsprachigen Werk zu diesem Thema erörtern neun Pioniere aus Wissenschaft und Praxis die technologischen und rechtlichen Grundlagen selbstvollziehender Verträge, geben Beispiele für die praktische Anwendung von Smart Contracts und diskutieren die Folgen für unser Rechtssystem.

Pacta sunt servanda, Verträge muss man einhalten. Wo das misslingt, kommt es regelmäßig zu Streit, der häufig nur mit großem Aufwand zu lösen ist. Geht es bald auch einfacher? So genannte Smart Contracts beinhalten eine Software, die die Einhaltung vertraglicher Pflichten kontrolliert und Pflichtverletzungen automatisch mit Sanktionen belegt. Damit lassen sich einerseits Dienstleistungen kundenfreundlicher gestalten, etwa wenn ein Fluggast automatisch die gesetzliche Entschädigung erhält, sobald der Flighttracker eine Verspätung des gebuchten Fluges registriert. Andererseits können Unternehmen ihre Kunden mit Smart Contracts engmaschig kontrollieren, etwa wenn sie der Fahrerin eines Mietwagens den digitalen Zündschlüssel ziehen, sobald diese vertragswidrig ins Ausland fährt. Wie verträgt sich das mit dem geltenden Recht? Verbessern Smart Contracts die Rechtsdurchsetzung oder übt die Software hier unzulässige Selbstjustiz?

Mit Beiträgen von: Heribert Anzinger, Jörn Erbguth, Michèle Finck, Martin Fries, Franz Hofmann, Markus Kaulartz, Nico Kuhlmann, Robin Matzke, Boris P. Paal, Paulina Jo Pesch, Thomas Riehm

Eine ausführliche Inhaltsübersicht finden Sie auf *mohrsiebeck.com*.

Informationen zum eBook-Angebot: *mohrsiebeck.com/ebooks*

Mohr Siebeck
Tübingen
info@mohrsiebeck.com
mohrsiebeck.com

b) Daran ändert auch nichts, dass das Beschwerdegericht den ersten Nichtabhilfebeschluss des Amtsgerichts im Hinblick auf die unterbliebene persönliche Anhörung des Betroffenen zu dem eingeholten psychiatrischen Gutachten aufgehoben und das Verfahren an das Amtsgericht zur Nachholung dieser Verfahrenshandlung zurückgegeben hat.

BGH, Beschluss v. 6. 4. 2022 – XII ZB 371/21
(LG Ansbach).

FamFG § 68 Abs. 3, § 69 Abs. 1, § 278 Abs. 1; BGB § 1896 Abs. 2.

a) Kommt das Beschwerdegericht in einem Betreuungsverfahren zu dem Ergebnis, dass die Einrichtung einer Betreuung erforderlich ist, muss es auch über die Betreuerauswahl entscheiden (im Anschluss an Senatsbeschluss v. 30. 8. 2017 – XII ZB 16/17 – FamRZ 2017, 1866).

b) Zieht das Beschwerdegericht in einer Betreuungssache für seine Entscheidung eine neue Tatsachengrundlage – etwa ein neues Sachverständigengutachten – heran, die nach der amtsgerichtlichen Entscheidung datiert, gebietet dies eine neue persönliche Anhörung des Betroffenen (im Anschluss an Senatsbeschluss v. 6. 10. 2021 – XII ZB 205/20 – FamRZ 2022, 227).

BGH, Beschluss v. 6. 4. 2022 – XII ZB 451/21
(LG Aurich).

FamFG § 329 Abs. 1 Satz 1.

Zu den Voraussetzungen und Begründungsanforderungen, wenn eine Unterbringung für länger als ein Jahr angeordnet oder genehmigt werden soll (im Anschluss an Senatsbeschluss BGHZ 218, 111 = FamRZ 2018, 950).

BGH, Beschluss v. 30. 3. 2022 – XII ZB 35/22
(LG Würzburg).

GKG § 49; WEG § 44.

Der Streitwert für wohnungseigentumsrechtliche Beschlussklagen entspricht in der Regel nicht der für die Zulässigkeit eines Rechtsmittels maßgeblichen Beschwer; das gilt auch für einen gemäß § 49 GKG in der seit dem 1. 12. 2020 geltenden Fassung festgesetzten Streitwert.

BGH, Beschluss v. 24. 3. 2022 – V ZR 149/21
(LG Braunschweig).

InsO § 211 Abs. 1, § 290 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1.

Ein Antrag auf Versagung der Restschuldbefreiung kann bei angezeigter Masseunzulänglichkeit bis zur Einstellung des Insolvenzverfahrens gestellt werden, auch wenn eine abschließende Gläubigerversammlung durchgeführt worden ist.

BGH, Beschluss v. 24. 3. 2022 – IX ZB 35/21
(LG Berlin).

PatG § 15; BGB § 133, § 157.+

– Aminosäureproduktion –

a) Die Frage, ob ein Patentlizenzvertrag dem Begünstigten die Stellung eines ausschließlichen Lizenznehmers einräumt, ist nach dem Recht des Staates zu beurteilen, für den der Patentschutz geltend gemacht wird.

b) Die rückwirkende Vereinbarung einer ausschließlichen Patentlizenz mit Wirkung gegenüber Dritten ist außerhalb von gesetzlich vorgesehenen Rückwirkungstatbeständen grundsätzlich ausgeschlossen.

c) Eine wegen fehlender Vertretungsmacht unwirksame Vereinbarung über die Einräumung einer ausschließlichen Patentlizenz kann gem. § 177 Abs. 1 und § 184 Abs. 1 BGB mit rückwirkender Kraft genehmigt werden.

d) Wird dem Lizenznehmer in einem Patentlizenzvertrag das Recht eingeräumt, Rechte aus einer Verletzung des Schutzrechts in eigener Verantwortung zu verfolgen und übt der Lizenznehmer im Anschluss an den Vertragsschluss die mit einer ausschließlichen Lizenz verbundenen Rechte aus, ist die Vereinbarung regelmäßig als Einräumung einer ausschließlichen Lizenz auszulegen.

BGH, Urteil v. 22. 2. 2022 – X ZR 102/19
(OLG Düsseldorf).

PatG § 117; ZPO § 531 Abs. 2.

– Windturbinenschaufelmontage –

Eine Nichtigkeitsklägerin, die in der Klagebegründung unter Bezugnahme auf eine konkrete Entgegenhaltung vorgetragen hat, der Gegenstand eines nachgeordneten Patentanspruchs sei nahegelegt, ist bis zu einem abweichenden gerichtlichen Hinweis grundsätzlich nicht gehalten, sich auf weitere Entgegenhaltungen in Bezug auf diesen Anspruch zu berufen, wenn das Patentgericht in dem gem. § 83 Abs. 1 PatG erteilten Hinweis mitgeteilt hat, der Gegenstand der nachgeordneten Ansprüche sei ebenso wie der Gegenstand des Hauptanspruchs voraussichtlich als nicht patentfähig zu beurteilen.

BGH, Urteil v. 15. 3. 2022 – X ZR 45/20 (BPatG).

VwVfG §§ 48, 49; GrdstVG § 6, § 7 Abs. 2, 3, § 22 Abs. 1; GBO § 38.+

1. Gegen die Rücknahme oder den Widerruf einer Genehmigung nach dem Grundstückverkehrsgesetz kann gemäß § 22 Abs. 1 GrdstVG ein Antrag auf Entscheidung durch das nach dem Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Landwirtschaftssachen zuständige Gericht gestellt werden.

2. a) Die Rücknahme einer rechtswidrigen Genehmigung nach dem Grundstückverkehrsgesetz richtet sich nach § 48 Abs. 3 VwVfG und kann auch dann erfolgen, wenn die privatrechtsgestaltende Wirkung der Genehmigung bereits eingetreten ist; die Fiktion des § 7 Abs. 3 GrdstVG tritt nicht ein, wenn die Eintragung in das Grundbuch aufgrund eines rechtswidrig genehmigten Rechtsgeschäfts vorgenommen worden ist.

b) Die Rücknahme einer rechtswidrigen Genehmigung nach dem Grundstückverkehrsgesetz ist nach dem im Rahmen der Ermessenabwägung einzubeziehenden Rechtsgedanken des § 7 Abs. 3 GrdstVG regelmäßig ausgeschlossen, wenn das Rücknahmeverfahren nicht innerhalb eines Jahres nach Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch eingeleitet worden ist; das gilt jedoch nicht, wenn die in § 48 Abs. 2 Satz 3, Abs. 3 Satz 2 VwVfG genannten Voraussetzungen vorliegen, unter denen sich die Beteiligten nicht auf Vertrauensschutz berufen können.

c) Auch eine gem. § 7 Abs. 3 GrdstVG fingierte Genehmigung kann zurückgenommen werden, wenn und soweit die in § 48 Abs. 2 Satz 3, Abs. 3 Satz 2 VwVfG genannten Voraussetzungen bezogen auf die Herbeiführung der Eintragung in das Grundbuch vorliegen.

3. Soll die Rücknahme einer rechtswidrigen Genehmigung nach dem Grundstückverkehrsgesetz erfolgen und liegen die Voraussetzungen vor, unter denen das Vorkaufsrecht nach dem Reichssiedlungsgesetz ausgeübt werden kann, so hat die Behörde während des Rücknahmeverfahrens die Erklärung der Siedlungsbehörde über die Ausübung des Vorkaufsrechts durch die vorkaufsberechtigte Stelle herbeizuführen und muss den Veräußerer über diesen Vorgang in Kenntnis setzen; die Rücknahme muss zwingend mit der Mitteilung über die Ausübung des Vorkaufsrechts verbunden werden. Eines Zwi-

schenbescheids nach § 6 Abs. 1 Satz 2 GrdstVG bedarf es nicht; die Vertragsparteien können die Anhörung zum Anlass nehmen, zu erklären, dass der Antrag für den Fall der Rücknahme zurückgenommen wird.

4. Das Grundbuchamt hat in entsprechender Anwendung von § 7 Abs. 2 Satz 1 GrdstVG einen Widerspruch in das Grundbuch einzutragen, wenn das Ersuchen der Genehmigungsbehörde auf die Rücknahme oder den Widerruf der nach dem Grundstückverkehrsgesetz erteilten Genehmigung nach §§ 48, 49 VwVfG gestützt wird; die Unanfechtbarkeit des Rücknahmebescheids bzw. dessen sofortige Vollziehbarkeit gehört zu denjenigen Voraussetzungen des Widerspruchs, die grundsätzlich nicht das Grundbuchamt, sondern die Genehmigungsbehörde zu prüfen hat.

BGH, Beschluss v. 29. 4. 2022 – BLw 5/20
(OLG Brandenburg).

Straf- und Strafprozessrecht

StGB § 41; StPO § 267 Abs. 3 Satz 2 und 4.

Verhängt das Tatgericht neben der Freiheits- keine Geldstrafe nach § 41 StGB, obgleich die Verteidigung dies beantragt hat, ist es verfahrensrechtlich nicht analog § 267 Abs. 3 Satz 2 und 4 StPO verpflichtet, die hierfür maßgeblichen Gesichtspunkte in den Urteilsgründen darzulegen. Die Revision des Angeklagten kann in diesen Fällen grundsätzlich keinen ihm nachteiligen sachlichrechtlichen Erörterungsmangel dergestalt aufdecken, dass die zusätzliche Geldstrafe mit einer geringeren Bemessung der Freiheitsstrafe hätte einhergehen können.

BGH, Urteil v. 24. 3. 2022 – 3 StR 375/20
(LG Osnabrück).

ZPO § 149 Abs. 1.

Das Aussetzungsermessen ist auszuüben, indem beurteilt wird, ob dem grundsätzlich vorrangigen Interesse der Parteien an einer zügigen verbindlichen Entscheidung über das zwischen ihnen streitige Rechtsverhältnis wenigstens gleichgewichtige Gesichtspunkte entgegenstehen, die für einen gründlicheren, beiden Parteien zugänglichen Tatsachenvortrag mit Hilfe der im Ermittlungsverfahren gewonnenen oder noch zu erwartenden Erkenntnisse sprechen.

Der Antragsteller und das ihm folgende Gericht haben konkret darzulegen, welche Umstände im Strafverfahren leichter oder schneller geklärt werden können als durch die Parteien selbst und durch die Beweiserhebung im Zivilrechtsstreit.

Brandenburg. OLG, Beschluss v. 6. 4. 2022 – 7 W 17/22.

Martin Schwamborn
Maßstäbe der europäischen Integration
Möglichkeiten und Grenzen eines maßstabsorientierten Kooperationsverhältnisses zwischen BVerfG und EuGH

2022. XX, 482 Seiten (Studien und Beiträge zum Öffentlichen Recht 56). Fadengeheftete Broschur ISBN 978-3-16-161403-3; eBook ISBN 978-3-16-161404-0 € 104,–

Seit jeher ist die (Letzt-)Entscheidung über die rechtlichen Grenzen der europäischen Integration zwischen BVerfG und EuGH umstritten. Martin Schwamborn untersucht die von beiden Gerichten herangezogenen Integrationsmaßstäbe und zeigt auf, dass der Streit über das »letzte Wort« mithilfe eines pluralistischen und maßstabsbezogenen Ansatzes überwunden werden kann.

Quis iudicabit? Diese Grundfrage der europäischen Integration bleibt nicht zuletzt wegen der Entscheidungen des BVerfG und des EuGH zum PSP-Programm der EZB hochaktuell. Obwohl beide Gerichte die Notwendigkeit der Kooperation bzw. des gerichtlichen Dialogs betonen, nehmen sie weiterhin das Letztentscheidungsrecht für sich in Anspruch. Um eine nachhaltige Überwindung des Streits über das »letzte Wort« zu ermöglichen, plädiert Martin Schwamborn für einen pluralistischen Ansatz, der die rechtlichen Prämissen beider Seiten als gleichberechtigt anerkennt und den Fokus auf die jeweiligen Integrationsmaßstäbe legt. Zu diesem Zweck untersucht er die Maßstäbe, die BVerfG und EuGH beim Schutz der Grundrechte, der nationalen (Verfassungs-)Identität und der Kompetenzgrenzen heranziehen. Davon ausgehend, skizziert er die Grundzüge eines maßstabsorientierten Kooperationsverhältnisses, welches für künftige Verfahren einen prozessualen und inhaltlichen Rahmen für die gemeinsame Ausgestaltung der Integrationsmaßstäbe zur Verfügung stellt.

Informationen zum eBook-Angebot: *mohrsiebeck.com/ebooks*

Mohr Siebeck
Tübingen
info@mohrsiebeck.com
mohrsiebeck.com

Neuerscheinungen

1. Grundlagen des Rechts. Ausbildung und Praxis

1.1 Rechtstheorie und -philosophie. Rechtsgeschichte. Ausländisches Recht

Fischer, Jens: Analogie und Argument. Eine rechtsrhetorische Untersuchung zur Struktur juristischer Begründungen. – Berlin: Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2022. (Recht und Rhetorik; 7) ISBN 978-3-631-85351-1 Festeinband: € 69.95 (DE), € 71.90 (AT), CHF 81.00 (freier Preis)

Ich betreibe Rechtsgeschichte. 100 Liebeserklärungen. Oestmann, Peter (Hrsg.). 1. Aufl. – Köln: Böhlau. Erscheinungstermin: August 2022 ISBN 978-3-412-52551-4 Pb.: € 30.00 (DE), € 31.00 (AT)

Juristische Glossierungstechniken als Mittel rechtswissenschaftlicher Rationalisierungen. Erfahrungen aus dem europäischen Mittelalter. Vor und neben den großen ‚Glossae ordinariae'. Lepsius, Susanne (Hrsg.). 1. Aufl. – Berlin: Schmidt, Erich. 312 S. (Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung; 103) Erscheinungstermin: Juni 2022 ISBN 978-3-503-20934-7: ca. € 79.95 (DE)

Pennitz, Martin: Einführung in das römische Recht. Unter Beteiligung von Philipp Klausberger und Markus Wimmer. 7. Aufl., revidierte Ausgabe. – Wien: Böhlau Verlag. (Böhlau Studienbücher; Band) Erscheinungstermin: Oktober 2022 ISBN 978-3-205-21610-0 Pb.: € 35.00 (DE), € 36.00 (AT)

Samonig, Luka: Fehlerkalkül. Alternativermächtigung. Revolution. Zur Geltung fehlerhafter letztinstanzlicher Entscheidungen. – Wien: Jan Sramek Verlag KG, 2022. X, 138 S. ISBN 978-3-7097-0298-7: € 39.90 (DE)

Strauch, Dieter: Schwedisches historisches Recht. Vier Einblicke ins Mittelalter und in die Frühe Neuzeit. 1. Aufl. – Köln: Böhlau. (Rechtsgeschichtliche Schriften; Band 33) Erscheinungstermin: Juli 2022 ISBN 978-3-412-52545-3 Festeinband: € 70.00 (DE), € 72.00 (AT)

1.2 Ausbildung und Praxis. Mediation

Altevers, Ralf: Fälle Grundrechte. 12. Aufl. – Münster, Westf.: Alpmann und Schmidt, 2022. 120 S. ISBN 978-3-86752-834-4 kart.: ca. € 11.90 (DE), ca. € 12.30 (AT)

Anwaltliches und notarielles Berufsrecht. Nunner-Krautgasser, Bettina (Hrsg.). – Wien: Verlag Österreich. 1800 S. Erscheinungstermin: Oktober 2022 ISBN 978-3-7046-8681-7: ca. € 378.39 (DE), ca. € 389.00 (AT)

Baetge, Anastasia: Internationales Erbrecht anhand von Fallbeispielen. 1. Aufl. – Norderstedt: BoD – Books on Demand, 2022. 124 S. ISBN 978-3-7562-0285-0 Pb.: € 19.99 (DE), € 20.60 (AT), CHF 28.50 (freier Preis)

Binz, Karl Josef: Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetz (JVEG). Praxiskommentar. 2. Aufl. – Berlin: BDÜ Weiterbildungs- und Fachverlagsgesellschaft mbH, 2022. 225 S. ISBN 978-3-946702-17-7: € 35.00 (DE), € 36.00 (AT)

Bohnen, Marcus: Praxishandbuch Güterichterverfahren. Recht. Methoden. Techniken. Schreiber, Frank (Hrsg.). 1. Aufl. – Norderstedt: BoD – Books on Demand, 2022. 148 S. (Betrifft JUSTIZ Schriften; 1) ISBN 978-3-7562-0124-2 Pb.: € 19.99 (DE), € 20.60 (AT), CHF 28.50 (freier Preis)

Diehn, Thomas: Notarkostenberechnungen. Muster und Erläuterungen zum Gerichts- und Notarkostengesetz (GNotKG). 8. Aufl. – München: C.H.Beck. 550 S. Erscheinungstermin: August 2022 ISBN 978-3-406-78894-9 kart.: ca. € 39.00 (DE)

Drobnjak, Sascha: Repetitorium Internationales Privat- und Zivilprozessrecht. Kurz gefasste Darstellung mit Schemata, Übungen und Lösungen. Aufl. – Zürich: Orell Füssli Verlag. 180 S. Erscheinungstermin: August 2022 ISBN 978-3-280-07474-9 brosch.: ca. € 59.00 (DE), ca. € 60.70 (AT), ca. CHF 59.00 (freier Preis)

Fischer, Sonja: Materielles Recht. Übungsfälle für Rechtsfachwirte. Jungbauer, Sabine (Hrsg.). Neu bearbeitete Aufl. – Heidelberg: C.F. Müller. 144 S. (Prüfungsvorbereitung Rechtsfachwirte (ReFaWi)) Erscheinungstermin: August 2022 ISBN 978-3-8114-5720-1: ca. € 30.00 (DE), ca. € 30.90 (AT)

Fischer, Sonja: ReFaWi. Übungsfälle. 7 Bände, Ausgabe 2022. Jungbauer, Sabine (Hrsg.). Neu bearbeitete Aufl. – Heidelberg: C.F. Müller. 1022 S. (Prüfungsvorbereitung Rechtsfachwirte (ReFaWi)) Erscheinungstermin: August 2022 ISBN 978-3-8114-5727-0: ca. € 170.00 (DE), ca. € 174.80 (AT)

Freund, Georg: Die Elemente der Straftat und ihre Konkretisierung in der Fallbearbeitung. 1. Aufl. – Berlin: Springer Berlin. (Tutorium Jura) Erscheinungstermin: November 2022 ISBN 978-3-662-65498-9 Festeinband: ca. € 32.99 (DE), ca. € 33.92 (AT), ca. CHF 36.50 (freier Preis)

Gallmann, Robert: Repetitorium Wettbewerbsrecht. Kurz gefasste Darstellung mit Schemata, Übungen und Lösungen. – Zürich: Orell Füssli Verlag. 175 S. Erscheinungstermin: Dezember 2022 ISBN 978-3-280-07199-1 brosch.: ca. € 59.00 (DE), ca. € 60.70 (AT), ca. CHF 59.00 (freier Preis)

Hemmer, Karl-Edmund: Die 45 wichtigsten Fälle Deliktsrecht. 10. Aufl., revidierte Ausgabe. – Würzburg: Hemmer-Wüst, 2022. V, 213 S. (Skripten – Zivilrecht) ISBN 978-3-96838-090-2: € 12.80 (DE), € 13.20 (AT)

Hügel, Max Georg: Verhandelte Gesundheit. Zur effektiven Förderung der Mediation im Sozialleistungsrecht. 1. Aufl. – Tübingen: Mohr Siebeck, 2022. XI, 179 S. (MGR) ISBN 978-3-16-161447-7 Leinen; ISBN 978-3-16-161470-5 eBook: € 84.00 (DE)

Jungbauer, Sabine: Kosten- und Gebührenrecht. Übungsfälle für Rechtsfachwirte. Neu bearbeitete Aufl. – Heidelberg: C.F. Müller, 2022. 192 S. (Prüfungsvorbereitung Rechtsfachwirte (ReFaWi)) Erscheinungstermin: August 2022 ISBN 978-3-8114-5721-8: ca. € 30.00 (DE), ca. € 30.90 (AT)

Jungbauer, Sabine: Mandantenbetreuung: Übungsfälle für Rechtsfachwirte. Neu bearbeitete Aufl. – Heidelberg: C.F. Müller. 156 S. (Prüfungsvorbereitung Rechtsfachwirte (ReFaWi)) Erscheinungstermin: August 2022 ISBN 978-3-8114-5722-5: ca. € 30.00 (DE), ca. € 30.90 (AT)

Juristische Glossierungstechniken als Mittel rechtswissenschaftlicher Rationalisierungen. Erfahrungen aus dem europäischen Mittelalter. Vor und neben den großen ‚Glossae ordinariae'. Lepsius, Susanne (Hrsg.). 1. Aufl. – Berlin: Schmidt, Erich. 312 S. (Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung; 103) Erscheinungstermin: Juni 2022 ISBN 978-3-503-20934-7: ca. € 79.95 (DE)

Kerkmann, Heinz-Georg: Strafrecht, Strafverfahren und Strafvollstreckung. 1. Aufl. – Bielefeld: Gieseking, E u. W. 386 S. (Rechtspfleger-Studienbücher; 6) Erscheinungstermin: Juni 2022 ISBN 978-3-7694-1268-0: € 49.00 (DE), € 50.40 (AT)

Kreutzkam, Johannes: Zwangsvollstreckung. Übungsfälle für Rechtsfachwirte. Jungbauer, Sabine (Hrsg.). Neu bearbeitete Aufl. – Heidelberg: C.F. Müller. 184 S. (Prüfungsvorbereitung Rechtsfachwirte (ReFaWi)) Erscheinungstermin: August 2022 ISBN 978-3-8114-5723-2: ca. € 30.00 (DE), ca. € 30.90 (AT)

Krickl, Rudolf: Umgründungen in Fallbeispielen. 2. Aufl. – Wien: MANZ Verlag Wien. XX S. (Handbuch) Erscheinungstermin: Juni 2022 ISBN 978-3-214-09186-6: ca. € 74.00 (DE)

Kues, Dirk: Öffentliches Recht. Sachsen-Anhalt. Länderspezifisch. Ab dem Hauptstudium bis zum Referendariat. 6. Aufl., revidierte Ausgabe. – Dinslaken: Jura-Intensiv Verlag. 186 S. (Crashkurs) Erscheinungstermin: Juni 2022 ISBN 978-3-96712-096-7 brosch.: ca. € 26.90 (DE), ca. € 27.70 (AT)

Nacke, Alois Th.: Haftung für Steuerschulden. Beratung. Gestaltung. Verfahren. Neu bearbeitete Aufl. – Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG. 450 S. Erscheinungstermin: Oktober 2022 ISBN 978-3-504-20158-6: ca. € 90.00 (DE), ca. € 92.60 (AT)

Natterer, Edith: Verfahrensrecht. Übungsfälle für Rechtsfachwirte. Jungbauer, Sabine (Hrsg.). Neu bearbeitete Aufl. – Heidelberg: C. F. Müller. 138 S. (Prüfungsvorbereitung Rechtsfachwirte (ReFaWi)) Erscheinungstermin: August 2022 ISBN 978-3-8114-5724-9: ca. € 30.00 (DE), ca. € 30.90 (AT)

Nolte, Katharina: Personalwirtschaft. Übungsfälle für Rechtsfachwirte. Jungbauer, Sabine (Hrsg.). Neu bearbeitete Aufl. – Heidelberg: C.F. Müller. 141 S. (Prüfungsvorbereitung Rechtsfachwirte (ReFaWi)) Erscheinungstermin: August 2022 ISBN 978-3-8114-5725-6: ca. € 30.00 (DE), ca. € 30.90 (AT)

Okon, Waltraud: Betriebliches Rechnungswesen. Übungsfälle für Rechtsfachwirte. Jungbauer, Sabine (Hrsg.). Neu bearbeitete Aufl. – Heidelberg: C.F. Müller. 110 S. (Prüfungsvorbereitung Rechtsfachwirte (ReFaWi)) Erscheinungstermin: August 2022 ISBN 978-3-8114-5726-3: ca. € 30.00 (DE), ca. € 30.90 (AT)

Schanz, Sebastian: Grundlagen Ertragsteuern. Aufgabensammlung mit Lösungen. – Bayreuth: BT Buchmanufaktur Bayreuth GmbH, 2022. 688 S. ISBN 978-3-946262-15-2: € 25.00 (DE), € 25.70 (AT), CHF 40.00 (freier Preis)

Studer, Josef: Repetitorium Arbeitsrecht. Kurz gefasste Darstellung mit Schemata, Übungen und Lösungen. – Zürich: Orell Füssli Ver-

 © Mohr Siebeck 2022

2022. XI, 115 Seiten
(Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht 188).
Fadengeheftete Broschur
ISBN 978-3-16-161453-8;
eBook
ISBN 978-3-16-161454-5
€ 49,–

Alexander Bruns erarbeitet wesentliche Eckpunkte einer Umsetzung der EU-Verbandsklagerichtlinie, die Belange der Rechtsverwirklichung, des Verbraucherschutzes und der in Anspruch genommenen Unternehmen in angemessenen Ausgleich bringt und außerdem die Ressourcen der Justiz schont.

Alexander Bruns

Umsetzung der EU-Verbandsklagerichtlinie in deutsches Recht

Die EU-Verbandsklagerichtlinie gibt den Mitgliedstaaten der Europäischen Union Leitlinien für die Einführung und Ausgestaltung von Verbandsklagen im Kollektivinteresse ab 25. Juni 2023 auf. Der Gesetzgeber ist deshalb aufgefordert, das bestehende Instrumentarium des kollektiven Rechtsschutzes zu überprüfen und um Kollektivklagen auf Abhilfeleistung zu ergänzen, mit denen Individualansprüche von Verbrauchern gegen Unternehmer von qualifizierten Einrichtungen gebündelt geltend gemacht werden können. Alexander Bruns erarbeitet wesentliche Eckpunkte und möglichst klare Konturen einer Umsetzung der Verbandsklagerichtlinie, die Belange der Rechtsverwirklichung, des Verbraucherschutzes und der in Anspruch genommenen Unternehmen in angemessenen Ausgleich bringt und außerdem dem Gebot der Schonung der Ressourcen der Justiz Rechnung trägt.

Inhaltsübersicht:

Vorwort

A. Grundlagen
I. Anlass und Gegenstand der Untersuchung
II. Grundfragen
III. Grundmodelle kollektiven Rechtsschutzes
IV. Europarechtliche Rahmung
V. Gewährleistungen des Grundgesetzes

B. Eckpunkte empfehlenswerter Ausgestaltung
I. Anwendungsbereich
II. Zivilprozessuales Rechtsschutzverfahren
III. Prozessuale Systemgerechtigkeit
IV. Materiellrechtliche Systemkonformität
V. Dispositionsfreiheit und Dispositionsverantwortung

C. Ausgestaltung des Verfahrens
I. Grundmodell
II. Verfahrenseinleitung und Verfahrenskonkurrenz
III. Verfahrensgang, Sachaufklärung und Beweis
IV. Prozesserledigung ohne Urteil
V. Entscheidung und Urteilswirkungen
VI. Prozesskosten und Finanzierung
VII. Abhilfeverteilung
VIII. Außergerichtlicher Kollektivvergleich
IX. Einstweiliger Rechtsschutz

D. Grenzübergreifende Verbandsklagen in der Europäischen Union
I. Überblick
II. Internationale Zuständigkeit
III. Verfahrenseinleitung und Verfahrenskonkurrenz
IV. Anerkennung und Vollstreckung

E. Gesamtergebnis in Thesen
I. Grundlagen
II. Eckpunkte empfehlenswerter Ausgestaltung
III. Ausgestaltung des Verbandsklageverfahrens
IV. Grenzübergreifende Verbandsklagen in der Europäischen Union

Mohr Siebeck
Tübingen
info@mohrsiebeck.com
mohrsiebeck.com

Informationen zum eBook-Angebot: *mohrsiebeck.com/ebooks*

lag. 180 S. Erscheinungstermin: August 2022 ISBN 978-3-280-07473-2 brosch.: ca. € 59.00 (DE), ca. € 60.70 (AT), ca. CHF 59.00 (freier Preis)

Zieko, Eike: Ein Master als Vorbereitungsdienst. Ein Vorschlag zur Implementierung des Bologna-Prozesses in das derzeitige Laufbahnrecht als Personalgewinnungs- und -bindungsinstrument. 1. Aufl. – Bonn: Arbeitsgemeinschaft der Verbände des höheren Dienstes, 2022. 78 S. (Recht – Wissenschaft – Praxis der öffentlichen Verwaltung; 12) ISBN 978-3-9823364-1-1: € 10.00 (DE), € 10.30 (AT)

2. Öffentliches Recht

2.1 Völkerrecht. Europarecht. Ausländisches Recht. Rechtsvergleichung

Bischof, Thorsten: Das Pariser Klimaschutzabkommen. Zur Effektivität völkerrechtlicher Klimaschutzverträge. 1. Aufl. – Tübingen: Mohr Siebeck. ca. 430 S. (Jus Internationale et Europaeum) Erscheinungstermin: August 2022 ISBN 978-3-16-161507-8 brosch.; ISBN 978-3-16-161508-5 eBook: ca. € 95.00 (DE)

Dou, Chao: Die Ausgestaltung des Vergabeverfahrens im Lichte vergaberechtlicher Grundsätze. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und chinesischen Vergaberechts. 1. Aufl. – Köln: Reguvis Fachmedien, 2022. 250 S. (Schriftenreihe des forum vergabe; Band 68) ISBN 978-3-8462-1397-1: € 59.00 (DE), € 60.70 (AT)

Handbuch Vergabe-Compliance. Hofbauer, Berthold, Heid, Stephan, Beham, Markus P. (Hrsg.). – Wien: Verlag Österreich. 700 S. Erscheinungstermin: September 2022 ISBN 978-3-7046-8976-4: ca. € 164.39 (DE), ca. € 169.00 (AT)

Hankel, Gerd: Putin vor Gericht? Möglichkeiten und Grenzen internationaler Strafjustiz. 1. Aufl. – Springe: zu Klampen Verlag. 120 S. Erscheinungstermin: Oktober 2022 ISBN 978-3-86674-836-1: ca. € 14.00 (DE), ca. € 14.40 (AT)

Kimmig, Louisa: National wertvolles Kulturgut. Die listenbasierte Unterschutzstellung nach dem Kulturgutschutzgesetz. 1. Aufl. – Zürich: Dike Verlag Zürich, 2022. 485 S. (Schriften zum Kunst- und Kulturrecht) ISBN 978-3-03891-463-1: € 136.00 (DE), CHF 150.00 (freier Preis)

Kuzu, Bercin: Die Bedeutung der negativen Religionsfreiheit im deutsch-türkischen Verfassungsvergleich. Mit Rücksicht auch auf die Europäische Menschenrechtskonvention. – Berlin: Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2022. ISBN 978-3-631-86691-7 Festeinband: € 54.95 (DE), € 56.50 (AT), CHF 64.00 (freier Preis)

Markic, Luka: Das kantonale Rechtsschutzverfahren im Bereich der politischen Rechte. 1. Aufl. – Zürich: Dike Verlag Zürich, 2022. L, 263 S. (Schweizer Schriften zum Staats- und Verfassungsrecht (SSV); 1) ISBN 978-3-03891-421-1: € 92.00 (DE), CHF 88.00 (freier Preis)

More Equal than Others? Perspectives on the Principle of Equality from International and EU Law. Amoroso, Daniele, Marotti, Loris, Rossi, Pierfrancesco, Spagnolo, Andrea, Zarra, Giovanni (Hrsg.). 1st edition. – Den Haag: T.M.C. Asser Press. X, 270 S. Erscheinungstermin: November 2022 ISBN 978-94-6265-538-6 Festeinband: ca. € 139.09 (DE) (freier Preis), ca. € 142.99 (AT) (freier Preis), ca. CHF 153.50 (freier Preis)

Scheffel, Nikolaus: Europäische Verteidigung. Von der EVG zur Europäischen Armee? Analyse und Modell aus europa- und verfassungsrechtlicher Perspektive. 1. Aufl. – Tübingen: Mohr Siebeck. ca. 320 S. (Studien zum europäischen und deutschen Öffentlichen Recht) Erscheinungstermin: August 2022 ISBN 978-3-16-161518-4 brosch.; ISBN 978-3-16-161519-1 eBook: ca. € 85.00 (DE)

Scholl, Phyllis: Energiewirtschaft Schweiz (PrintPlu§). Juristische und ökonomische Grundlagen und Praxisanwendungen. 1. Aufl. – Zürich: Schulthess Juristische Medien. 324 S. Erscheinungstermin: Juni 2022 ISBN 978-3-7255-8162-7: CHF 198.00 (freier Preis)

Das Vorarlberger Naturschutzrecht. Kommentar zum Gesetz über Naturschutz und Landschaftsentwicklung mit Naturschutzverordnung. Bußjäger, Peter (Hrsg.). 1. Aufl. – Schwarzach: Russmedia Verlag. 545 S. Erscheinungstermin: Juni 2022 ISBN 978-3-85258-072-2: ca. € 45.00 (DE), ca. € 39.00 (DE) (Subskriptionspreis bis 30. 9. 2022)

Wiesinger, Bernd: Die Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes. – Wien: MANZ Verlag Wien, 2022. XX, 186 S. ISBN 978-3-214-16358-7: ca. € 48.00 (DE)

2.2 Deutsches Recht

Assistierter Suizid. Ein interdisziplinärer Austausch zu Fragen eines selbstbestimmten Todes. Kämper, Burkhard, Schilberg, Arno (Hrsg.). 1. Aufl. – Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2022. 207 S. (Kirche und Recht – Beihefte; 8) ISBN 978-3-8305-5170-6 kart.: € 42.00 (DE)

Brückner, Anja: Kommunale Mobilfunkkonzepte im Spannungsfeld zwischen Vorsorge und Versorgung. – Berlin: Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2022. (Erlanger Schriften zum Öffentlichen Recht; 12) ISBN 978-3-631-87681-7 Festeinband: € 44.95 (DE), € 46.20 (AT), CHF 52.00 (freier Preis)

Dou, Chao: Die Ausgestaltung des Vergabeverfahrens im Lichte vergaberechtlicher Grundsätze. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und chinesischen Vergaberechts. 1. Aufl. – Köln: Reguvis Fachmedien, 2022. 250 S. (Schriftenreihe des forum vergabe; Band 68) ISBN 978-3-8462-1397-1: € 59.00 (DE), € 60.70 (AT)

DSGVO, BDSG, TTDSG. Kommentar zu DSGVO, BDSG und TTDSG. Plath, Kai-Uwe (Hrsg.). Becker, Thomas, Bussche, Axel Freiherr von dem, Grages, Jan-Michael, Hullen, Nils, Ingenrieth, Frank, Jenny, Valerian, Kamlah, Wulf, Krohm, Niclas, Kuhnke, Michael, Plath, Kai-Uwe, Piltz, Carlo, Raguse, Kira, Roggenkamp, Jan Dirk, Schreiber, Lutz, Stamer, Katrin, Wittmann, Jörn (Mitarb.). 4., neu bearbeitete und erweiterte Aufl. 2023 – Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG. 1500 S. Erscheinungstermin: Oktober 2022 ISBN 978-3-504-56076-8: ca. € 160.00 (DE), ca. € 164.50 (AT)

Dunka, Fynn: Gesetzgebungskompetenzen als Prüfungsmaßstab der Landesverfassungsgerichte im Volksgesetzgebungsverfahren. Eine Untersuchung anhand der Volksinitiative sowie des Volksbegehrens. – Berlin: Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2022. (Europäische Hochschulschriften Recht; 6296) ISBN 978-3-631-87560-5 brosch.: € 49.95 (DE), € 51.40 (AT), CHF 58.00 (freier Preis)

Fach- und Rechtsfragen der Baulandmobilisierung. Das aktuelle Baulandmobilisierungsgesetz. Spannowksy, Willy, Christian, Gohde (Hrsg.). – Berlin: Lexxion Verlagsgesellschaft, 2022. VIII, 140 S. ISBN 978-3-86965-382-2 brosch.: € 42.00 (DE), € 43.20 (AT)

Funktionsfähigkeit des Bundesstaates und der Kreise auf dem Prüfstand. Professorengespräch 2021 des Deutschen Landkreistages am 24./25. 8. 2021 auf Burg Vischering in Lüdinghausen, Kreis Coesfeld. Henneke, Hans-Günter (Hrsg.). 1. Aufl. – Stuttgart: Richard Boorberg Verlag, 2022. 256 S. (Schriften zum deutschen und europäischen Kommunalrecht; 58) ISBN 978-3-415-07217-6: € 35.00 (DE), € 36.00 (AT)

Ganter, Jonas: Mitwirkungspflichten und Sanktionen im Asyl- und Aufenthaltsrecht. – Berlin: Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2022. (Europäische Hochschulschriften Recht; 6298) ISBN 978-3-631-87653-4 brosch.: € 64.95 (DE), € 66.80 (AT), CHF 75.00 (freier Preis)

Gärditz, Klaus Ferdinand: Gesundheitswissen aus Behördenhand. Bundeseinrichtungen mit Forschungsaufgaben zwischen Verwaltung, Wissenschaft, Politik und Recht. 1. Aufl. – Tübingen: Mohr Siebeck, 2022. XI, 233 S. ISBN 978-3-16-161583-2 brosch.; ISBN 978-3-16-161584-9 eBook: € 69.00 (DE)

Handbuch des Verwaltungsrechts. Band IV. Status des Einzelnen und Verfahren. Kahl, Wolfgang, Ludwigs, Markus (Hrsg.). – Heidelberg: C.F. Müller. LXXXV, 1290 S. Erscheinungstermin: Juni 2022 ISBN 978-3-8114-5822-2: € 270.00 (DE), € 277.60 (AT)

Koo, Seul: Die Kommunalaufsicht über die kommunale Haushaltswirtschaft nach Einführung der Doppik. – Berlin: Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2022. (Europäische Hochschulschriften Recht; 6301) ISBN 978-3-631-87980-1 brosch.: € 49.95 (DE), € 51.40 (AT), CHF 58.00 (freier Preis)

Kues, Dirk: Öffentliches Recht. Sachsen-Anhalt. Länderspezifisch. Ab dem Hauptstudium bis zum Referendariat. 6. Aufl., revidierte Ausgabe. – Dinslaken: Jura-Intensiv Verlag. 186 S. (Crashkurs) Erscheinungstermin: Juni 2022 ISBN 978-3-96712-096-7 brosch.: ca. € 26.90 (DE), ca. € 27.70 (AT)

Kuzu, Bercin: Die Bedeutung der negativen Religionsfreiheit im deutsch-türkischen Verfassungsvergleich. Mit Rücksicht auch auf die Europäische Menschenrechtskonvention. – Berlin: Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2022. ISBN 978-3-631-86691-7 Festeinband: € 54.95 (DE), € 56.50 (AT), CHF 64.00 (freier Preis)

Lorbach, Lea: Die Stolpe-Doktrin und ihre Anwendung auf verdeckte Äußerungen und Bildberichterstattungen. 1. Aufl. – Wiesbaden: Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH. (Juridicum – Schriften zum Medien-, Informations- und Datenrecht) Erscheinungstermin:

Oktober 2022 ISBN 978-3-658-37870-7 Festeinband: ca. € 84.99 (DE), ca. € 87.37 (AT), ca. CHF 94.00 (freier Preis), ca. € 79.43

Moderne Polizeipsychologie in Schlüsselbegriffen. Ein Handbuch für die professionelle Konflikt- und Krisenbewältigung. Körber, Bernd, Schmalzl, Hans Peter, Hermanutz, Max (Hrsg.). 4., völlig neu bearbeitete und erweiterte Aufl. – Stuttgart: Richard Boorberg Verlag. 544 S. Erscheinungstermin: Juni 2022 ISBN 978-3-415-07224-4: € 68.00 (DE), € 70.00 (AT)

Mooser, Dorothee: Nervendrucktechniken im Polizeieinsatz. Unzulässiges Zwangsmittel und Verstoß gegen die Menschenrechte? 1. Aufl. – Baden-Baden: Nomos. 226 S. Erscheinungstermin: Juni 2022 ISBN 978-3-8487-8959-7 brosch.: ca. € 64.00 (DE)

Ottensmeier, Kriemhild: Die Verteilung von Sondernutzungsrechten. Zum Umgang mit konkurrierenden Sondernutzungsbegehren im öffentlichen Straßenraum. – Berlin: Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften. (Europäische Hochschulschriften Recht; 6300) Erscheinungstermin: Juni 2022 ISBN 978-3-631-87769-2 brosch.: € 54.95 (DE), € 56.50 (AT), CHF 64.00 (freier Preis)

Schier, Carsten: Konflikte mit der Versammlungsfreiheit bei polizeilicher Öffentlichkeitsarbeit in sozialen Medien. 1. Aufl. – Baden-Baden: Nomos, 2022. 262 S. ISBN 978-3-8487-8829-3 brosch.: € 74.00 (DE)

Spitzlei, Thomas: Nichtiges Verwaltungshandeln. 1. Aufl. – Tübingen: Mohr Siebeck, 2022. XXI, 571 S. (Jus Publicum) ISBN 978-3-16-161649-5 Leinen; ISBN 978-3-16-161655-6 eBook: € 134.00 (DE)

Zieko, Eike: Ein Master als Vorbereitungsdienst. Ein Vorschlag zur Implementierung des Bologna-Prozesses in das derzeitige Laufbahnrecht als Personalgewinnungs- und -bindungsinstrument. 1. Aufl. – Bonn: Arbeitsgemeinschaft der Verbände des höheren Dienstes, 2022. 78 S. (Recht – Wissenschaft – Praxis der öffentlichen Verwaltung; 12) ISBN 978-3-9823364-1-1: € 10.00 (DE), € 10.30 (AT)

3. Bürgerliches Recht

3.1 Internationales Privatrecht. Europarecht. Ausländisches Recht. Rechtsvergleichung

Aeppli, Sebastian: OR plus Verweise. Schweizerisches Obligationenrecht mit weiteren Erlassen. – Zürich: Orell Füssli Verlag. 1200 S. Erscheinungstermin: September 2022 ISBN 978-3-280-07477-0 brosch.: ca. € 28.00 (DE), ca. € 28.80 (AT), ca. CHF 28.00 (freier Preis)

Aeppli, Sebastian: ZGB plus Verweise. Schweizerisches Zivilgesetzbuch mit weiteren Erlassen. – Zürich: Orell Füssli Verlag. 1056 S. Erscheinungstermin: September 2022 ISBN 978-3-280-07476-3 brosch.: ca. € 26.00 (DE), ca. € 26.80 (AT), ca. CHF 26.00 (freier Preis)

Baetge, Anastasia: Internationales Erbrecht anhand von Fallbeispielen. 1. Aufl. – Norderstedt: BoD – Books on Demand, 2022. 124 S. ISBN 978-3-7562-0285-0 Pb.: € 19.99 (DE), € 20.60 (AT), CHF 28.50 (freier Preis)

Beer, Adelheid: Wohnrecht Taschenkommentar. Illedits, Alexander (Hrsg.). 4., neu bearbeitete und erweiterte Aufl., erweiterte Ausgabe. – Wien: LexisNexis ARD ORAC. 948 S. (Kommentar) Erscheinungstermin: September 2022 ISBN 978-3-7007-8232-2 Festeinband: ca. € 182.00 (DE), ca. € 145.60 (DE) (Subskriptionspreis bis 30. 9. 2022), ca. CHF 221.77 (freier Preis), ca. CHF 177.41 (freier Subskriptionspreis bis 30. 9. 2022)

Die **deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts im Jahre 2019.** Kulms, Rainer (Hrsg.). 1. Aufl. – Tübingen: Mohr Siebeck, 2022. XXIII, 923 S. (Die Deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts) ISBN 978-3-16-161608-2 Leinen: € 259.00 (DE), € 229.00 (DE) (Preis bei verpflichtender Abnahme des Gesamtwerks)

Fasel, Urs: Erbrecht. Entwicklungen 2021. – Bern: Stämpfli Verlag, 2022. XIV, 64 S. (njus Erbrecht; 2021) ISBN 978-3-7272-4370-7: ca. € 66.40 (DE), ca. € 68.30 (AT), ca. CHF 58.00 (freier Preis)

Fasel, Urs: Sachenrecht. Entwicklungen 2021. – Bern: Stämpfli Verlag, 2022. XIV, 116 S. (njus Sachenrecht; 2021) ISBN 978-3-7272-2689-2: ca. € 66.40 (DE), ca. € 68.30 (AT), ca. CHF 58.00 (freier Preis)

Großkommentar zum ABGB. Klang Kommentar. Gesamtausgabe, Stand 31. Dezember 2021. Fenyves, Attila, Kerschner, Ferdinand, Vonkilch, Andreas (Hrsg.). – Wien: Verlag Österreich, 2021. 17426 S. (Großkommentar zum ABGB – Klang) ISBN 978-3-7046-8971-9: € 3492.09 (DE), € 3590.00 (AT)

Bastian Brunk
Menschenrechtscompliance
Eine Untersuchung menschenrechtlicher Verhaltenspflichten von Unternehmen und ihrer Umsetzung im Gesellschaftsrecht

2022. XX, 587 Seiten (Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht 102). Leinen ISBN 978-3-16-161259-6; eBook ISBN 978-3-16-161260-2 € 119,–

Wie können Unternehmen ihrer Menschenrechtsverantwortung in ihren globalen Wertschöpfungsketten gerecht werden? Dieser Frage widmet sich Bastian Brunk auf der Grundlage des durch die UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte vorgegebenen Ordnungsrahmens sowie des nationalen Gesellschafts- und Haftungsrechts.

Wie können Unternehmen ihrer Menschenrechtsverantwortung in ihren globalen Wertschöpfungsketten gerecht werden? Die Verabschiedung der UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte hat Klärung in diese seit Jahrzehnten umstrittene Frage gebracht. Seither ist anerkannt, dass Unternehmen einer menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht unterliegen, nach der sie menschenrechtliche Risiken im Rahmen ihres Compliance- und Risikomanagements beachten müssen (»Menschenrechtscompliance«). Bastian Brunk zeichnet die Entstehung der UN-Leitprinzipien und vergleichbarer Steuerungsinstrumente nach und arbeitet die wesentlichen Bestandteile der menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht heraus. Dabei übersetzt er die menschenrechtliche Sorgfaltspflicht in das nationale Gesellschafts- und Haftungsrecht und berücksichtigt u.a. die aktuellen Entwicklungen rund um das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz.

Informationen zum eBook-Angebot: *mohrsiebeck.com/ebooks*

Mohr Siebeck
Tübingen
info@mohrsiebeck.com
mohrsiebeck.com

Tschütscher, Joachim: Wohnungseigentumsrecht. Handbuch für die Praxis. 4. Aufl. – Wien: Verlag Österreich. 350 S. Erscheinungstermin: Juni 2022 ISBN 978-3-7046-8964-1: ca. € 67.12 (DE), ca. € 69.00 (AT)

3.2 Deutsches Recht

Die **deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts im Jahre 2019.** Kulms, Rainer (Hrsg.). 1. Aufl. – Tübingen: Mohr Siebeck, 2022. XXIII, 923 S. (Die Deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts) ISBN 978-3-16-161608-2 Leinen: € 259.00 (DE), € 229.00 (DE) (Preis bei verpflichtender Abnahme des Gesamtwerks)

Fach- und Rechtsfragen der Baulandmobilisierung. Das aktuelle Baulandmobilisierungsgesetz. Spannowksy, Willy, Christian, Gohde (Hrsg.). – Berlin: Lexxion Verlagsgesellschaft, 2022. VIII, 140 S. ISBN 978-3-86965-382-2 brosch.: € 42.00 (DE), € 43.20 (AT)

Grundmeier, Frederik: Holz und Stroh. Nachwachsende Rohstoffe für den Hausbau. Kamp, Michael (Hrsg.). 1. Aufl. – Lindlar: LVR-Freilichtmuseum Lindlar, 2022. 24 S. Erscheinungstermin: Januar 2022 ISBN 978-3-932557-02-6: € 4.95 (DE), € 5.10 (AT)

Klose, Martina: Steuer- und stiftungsrechtliche Fragen des Erbrechts. 4., überarb. Aufl. – Hagen: Hagener Wissenschaftsverlag, 2022. 207 S. ISBN 978-3-7321-0533-5: € 33.95 (DE), € 34.90 (AT)

Koos, Oliver: Die Entstehung des Anspruchs als Anknüpfungspunkt für den Beginn der Verjährung. – Berlin: Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2022. (Europäische Hochschulschriften Recht; 6299) ISBN 978-3-631-87505-6 brosch.: € 32.95 (DE), € 33.90 (AT), CHF 39.00 (freier Preis)

Queisner, Christian: Anwalts-Handbuch Wohnungseigentumsrecht. Köhler, Wilfried J. (Hrsg.). Aschenbrenner, Helmut, Felz, Sebastian, Gantert, Ulrike, Häublein, Martin, Köhler, Wilfried J., Leppla, Sebastian, Letzner, Oliver T., Sperfeld, Nicole, Wittenborn, Jan, Wolicki, Michael (Mitarb.). Neu bearbeitete Aufl. – Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG. 1900 S. Erscheinungstermin: November 2022 ISBN 978-3-504-18073-7: ca. € 150.00 (DE), ca. € 154.30 (AT)

Selk, Michael: Mietmängel und Mängelrechte. Mietminderung. Schadensersatz. Kostenvorschuss. Kündigung. 3. Aufl. – Baden-Baden: Nomos. 350 S. Erscheinungstermin: Juni 2022 ISBN 978-3-8487-7322-0 brosch.: ca. € 58.00 (DE)

Wittmann, Josef: Vertrauen und Vertrag. Risikozuweisung bei anfänglicher Unmöglichkeit. 1. Aufl. – Tübingen: Mohr Siebeck, 2022. XIX, 180 S. (Studien zum Privatrecht) ISBN 978-3-16-161296-1 brosch.; ISBN 978-3-16-161297-8 eBook: € 69.00 (DE)

4. Handels- und Gesellschaftsrecht. Wirtschaftsrecht. Immaterialgüterrecht

4.1 Internationales Recht. Europarecht. Ausländisches Recht. Rechtsvergleichung

Arnold, Nikolaus: Privatstiftungsgesetz. Kommentar. 4., neu bearbeitete Aufl., bearbeitete Ausgabe. – Wien: LexisNexis ARD ORAC, 2022. 1172 S. (Kommentar) ISBN 978-3-7007-8295-7 Festeinband: ca. € 239.00 (DE), ca. CHF 291.22 (freier Preis)

BiBuG 2014 (Bilanzbuchhaltungsgesetz 2014). Gesetzesstand: 05. 04. 2022. 1. Aufl. Possard, Marlon (Hrsg.). 1. Aufl. – Norderstedt: BoD – Books on Demand, 2022. 92 S. ISBN 978-3-7557-5121-2 Festeinband: € 19.99 (DE), € 20.60 (AT), CHF 28.50 (freier Preis)

Borer, Jürg: Wettbewerbsrecht. Kommentar. Schweizerisches Kartellgesetz (KG). – Zürich: Orell Füssli Verlag. 380 S. Erscheinungstermin: Dezember 2022 ISBN 978-3-280-07453-4 Festeinband: ca. € 128.00 (DE), ca. € 131.60 (AT), ca. CHF 128.00 (freier Preis)

Bunzel, David: Ausländische und internationale Gesellschaftsformen, Internationales Gesellschaftsrecht. 5., überarb. Aufl. – Hagen: Hagener Wissenschaftsverlag, 2022. 87 S. ISBN 978-3-7321-0529-8: € 14.95 (DE), € 15.40 (AT)

Chiampi Ohly, Diana D.: SoftwareRecht. Von der Entwicklung zum Export. Probleme und Lösungen nach deutschem und amerikanischem Recht. 4. Aufl., revidierte Ausgabe. – Frankfurt am Main: Fachhochschulverlag Frankfurt a. M. Der Verlag für angewandte Wissenschaft, 2022. 518 S. (Schriftenreihe des Instituts für Informationsrecht der Hochschule Darmstadt; 3) ISBN 978-3-947273-58-4: € 32.00 (DE), € 32.90 (AT)

Frank-Woda, Stefan: Datenschutz in der Unternehmenspraxis. Startups und KMUs. 1. Aufl. – Wien: Linde Verlag Ges. m. b.H., 2022. ISBN 978-3-7073-4564-3 brosch.: € 55.00 (DE), CHF 94.00 (freier Preis)

Gallmann, Robert: Repetitorium Wettbewerbsrecht. Kurz gefasste Darstellung mit Schemata, Übungen und Lösungen. – Zürich: Orell Füssli Verlag. 175 S. Erscheinungstermin: Dezember 2022 ISBN 978-3-280-07199-1 brosch.: ca. € 59.00 (DE), ca. € 60.70 (AT), ca. CHF 59.00 (freier Preis)

Grunau, Peter: Commercial Admiralty Law for Officers and Masters. 1. Aufl. – Norderstedt: BoD – Books on Demand, 2022. 338 S. ISBN 978-3-7562-0778-7 Pb.: € 16.00 (DE), € 16.50 (AT), CHF 23.50 (freier Preis)

Hohler, Dominik: Gesellschaftsrecht. Entwicklungen 2021. Aufl. – Bern: Stämpfli Verlag, 2022. XXXV, 217 S. (njus Gesellschaftsrecht; 2021) ISBN 978-3-7272-3703-4: ca. € 66.40 (DE), ca. € 68.30 (AT), ca. CHF 58.00 (freier Preis)

Hosp, Thomas: Stiftungshandbuch. Arnold, Nikolaus, Ludwig, Christian (Hrsg.). 3. Aufl. – Wien: Linde Verlag Ges. m. b.H., 2022. 432 S. ISBN 978-3-7073-3766-2 Festeinband: € 110.00 (DE), CHF 166.00 (freier Preis)

Jann, Martin: Umgründungen um Steuerrecht. Grundlagen & Praxisbeispiele. 3. Aufl. – Graz: dbv-Verlag (Österreich), 2022. 332 S. ISBN 978-3-7041-0804-3: € 59.40 (DE), € 52.80 (AT) (Sonderpreis: ab 2 Exemplaren)

Joder, Kevin: Die Hinzurechnungsbesteuerung als Treaty Override. Zwischen legitimer Missbrauchsbekämpfung und Unionsrechtsverstoß. 1. Aufl. – Berlin: Duncker & Humblot. 322 S. (Schriften zum Steuerrecht; 176) Erscheinungstermin: Juni 2022 ISBN 978-3-428-18514-6: € 99.90 (DE), € 102.70 (AT)

Kimmig, Louisa: National wertvolles Kulturgut. Die listenbasierte Unterschutzstellung nach dem Kulturgutschutzgesetz. 1. Aufl. – Zürich: Dike Verlag Zürich, 2022. 485 S. (Schriften zum Kunst- und Kulturrecht) ISBN 978-3-03891-463-1: € 136.00 (DE), CHF 150.00 (freier Preis)

Krickl, Rudolf: Umgründungen in Fallbeispielen. 2. Aufl. – Wien: MANZ Verlag Wien. XX S. (Handbuch) Erscheinungstermin: Juni 2022 ISBN 978-3-214-09186-6: ca. € 74.00 (DE)

Rouiller, Nicolas: La société anonyme (PrintPlu§). Droit commercial, droit comptable, responsabilité, loi sur la fusion, droit boursier, droit fiscal. 3. Aufl. – Zürich: Schulthess Juristische Medien. 1000 S. Erscheinungstermin: Juni 2022 ISBN 978-3-7255-8772-8: ca. CHF 169.00 (freier Preis)

Scholl, Phyllis: Energiewirtschaft Schweiz (PrintPlu§). Juristische und ökonomische Grundlagen und Praxisanwendungen. 1. Aufl. – Zürich: Schulthess Juristische Medien. 324 S. Erscheinungstermin: Juni 2022 ISBN 978-3-7255-8162-7: CHF 198.00 (freier Preis)

4.2 Deutsches Recht

Artzinger-Bolten, Jochen: Schuldverschreibungsrecht. Kommentar. Handbuch. Vertragsmuster. Hopt, Klaus J., Seibt, Christoph H. (Hrsg.). Neu bearbeitete und erweiterte Aufl. – Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG. 2500 S. Erscheinungstermin: November 2022 ISBN 978-3-504-43013-9: ca. € 350.00 (DE), ca. € 359.90 (AT)

Beninca, Jürgen: Handbuch Unternehmenskauf. Hölters, Wolfgang (Hrsg.). Billing, Fabian, Bloß, Henning, Blum, Stefan, Buchta, Jens, Eisen, Mathias, Flötotto, Max, Franz, Holger, Gebhardt, Denis, Gröger, Heide, Hölters, Tanja, Hölters, Wolfgang, Ingenhoven, Thomas, Kaufmann, Marcel, Lensdorf, Lars, Müller-Michaels, Olaf, Ramb, Michael, Rempp, Ansgar, Renner, Stefan, Röhling, Frank, Sahner, Friedhelm, Steinau-Steinrück, Robert von, Thees, Thomas, Vocke, Peter, Weber, Markus, Weinheimer, Stefan, Wetzler, Christoph F. (Mitarb.). Neu bearbeitete und erweiterte Aufl. – Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG. 1800 S. Erscheinungstermin: Oktober 2022 ISBN 978-3-504-45559-0: ca. € 230.00 (DE), ca. € 236.50 (AT)

Bilanzrecht Kommentar. Handelsbilanz. Steuerbilanz. Prüfung. Offenlegung. Gesellschaftsrecht. Hachmeister, Dirk, Kahle, Holger, Mock, Sebastian, Schüppen, Matthias (Hrsg.). Neu bearbeitete Aufl. – Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG. 3100 S. Erscheinungstermin: August 2022 ISBN 978-3-504-25382-0: ca. € 259.00 (DE), ca. € 266.30 (AT)

Bunzel, David: Ausländische und internationale Gesellschaftsformen, Internationales Gesellschaftsrecht. 5., überarb. Aufl. – Hagen: Hagener Wissenschaftsverlag, 2022. 87 S. ISBN 978-3-7321-0529-8: € 14.95 (DE), € 15.40 (AT)

Chiampi Ohly, Diana D.: SoftwareRecht. Von der Entwicklung zum Export. Probleme und Lösungen nach deutschem und amerikanischem Recht. 4. Aufl., revidierte Ausgabe. – Frankfurt am Main: Fachhochschulverlag Frankfurt a. M. Der Verlag für angewandte

Wissenschaft, 2022. 518 S. (Schriftenreihe des Instituts für Informationsrecht der Hochschule Darmstadt; 3) ISBN 978-3-947273-58-4: € 32.00 (DE), € 32.90 (AT)

Glimpel, Julian: Die Abtretung von Deckungsansprüchen nach § 108 Abs. 2 VVG. Eine Untersuchung der Auswirkungen einer Abtretung von D&O Deckungsansprüchen im Rahmen von Innenhaftungsfällen an die geschädigte Gesellschaft sowie die prozessuale Durchsetzung der Ansprüche. Looschelders, Dirk, Michael, Lothar (Hrsg.). 1. Aufl. – Karlsruhe: VVW GmbH, 2022. 550 S. (Düsseldorfer Reihe; 49) ISBN 978-3-96329-431-0: € 54.80 (DE), € 56.40 (AT)

GmbH-Gesetz. Band I. Kommentar mit Anhang Konzernrecht. Bitter, Georg, Bochmann, Christian, Cramer, Carsten, Emmerich, Volker, Hohenstatt, Klaus-Stefan, Meyer, André, Rönnau, Thomas, Scheller, Johannes, Schmidt, Karsten, Schneider, Sven H., Schneider, Uwe H., Seibt, Christoph H., Seyfarth, Georg, Tebben, Joachim, Veil, Rüdiger, Verse, Dirk A., Westermann, Harm Peter, Wicke, Hartmut (Mitarb.). 13., neu bearbeitete Aufl. Band II und III für 2023 geplant. – Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG. 1800 S. Erscheinungstermin: Oktober 2022 ISBN 978-3-504-32568-8: ca. € 230.00 (DE), ca. € 236.50 (AT)

Gustavus, Eckhart: Handelsregister-Anmeldungen. 180 Anmeldefälle, Kosten, Muster. Böhringer, Walter, Melchior, Robin (Mitarb.). 11., neu bearbeitete und erweiterte Aufl. – Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG. 600 S. Erscheinungstermin: September 2022 ISBN 978-3-504-45522-4: ca. € 60.00 (DE), ca. € 61.70 (AT)

Investmentsteuergesetz. Jansen, Bela, Greger, Veronika (Hrsg.). Berberich, Carina, Endler, Sonja, Ganser, Achim, Greger, Veronika, Hamelmann, Ulrike, Hauber, Theresa, Heßlau, Henner, Heyland, Thomas, Hummel, Roland, Jansen, Bela, Lange, Martin, Redert, Thomas, Röhrbein, Jens, Rüsch, Gary, Seufert, Florian, Thumbs, Werner (Mitarb.). 1. Aufl. – München: C.H.Beck. 1500 S. (Beck'sche Steuerkommentare) Erscheinungstermin: Mai 2023 ISBN 978-3-406-79409-4 Leinen: ca. € 199.00 (DE)

Joder, Kevin: Die Hinzurechnungsbesteuerung als Treaty Override. Zwischen legitimer Missbrauchsbekämpfung und Unionsrechtsverstoß. 1. Aufl. – Berlin: Duncker & Humblot. 322 S. (Schriften zum Steuerrecht; 176) Erscheinungstermin: Juni 2022 ISBN 978-3-428-18514-6: € 99.90 (DE), € 102.70 (AT)

Jürss, Lucas: Der Verbandssanktionsregress gegen Organmitglieder in der Aktiengesellschaft. Momsen, Carsten (Hrsg.). – Berlin: Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2022. (Schriften zum Strafrecht und Strafprozeßrecht; 136) ISBN 978-3-631-83736-8 Festeinband: € 54.95 (DE), € 56.50 (AT), CHF 64.00 (freier Preis)

Klose, Martina: Steuer- und stiftungsrechtliche Fragen des Erbrechts. 4., überarb. Aufl. – Hagen: Hagener Wissenschaftsverlag, 2022. 207 S. ISBN 978-3-7321-0533-5: € 33.95 (DE), € 34.90 (AT)

Lorbach, Lea: Die Stolpe-Doktrin und ihre Anwendung auf verdeckte Äußerungen und Bildberichterstattungen. 1. Aufl. – Wiesbaden: Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH. (Juridicum – Schriften zum Medien-, Informations- und Datenrecht) Erscheinungstermin: Oktober 2022 ISBN 978-3-658-37870-7 Festeinband: ca. € 84.99 (DE), ca. € 87.37 (AT), ca. CHF 94.00 (freier Preis), ca. € 79.43

Nacke, Alois Th.: Haftung für Steuerschulden. Beratung. Gestaltung. Verfahren. Neu bearbeitete Aufl. – Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG. 450 S. Erscheinungstermin: Oktober 2022 ISBN 978-3-504-20158-6: ca. € 90.00 (DE), ca. € 92.60 (AT)

Okon, Waltraud: Betriebliches Rechnungswesen. Übungsfälle für Rechtsfachwirte. Jungbauer, Sabine (Hrsg.). Neu bearbeitete Aufl. – Heidelberg: C.F. Müller. 110 S. (Prüfungsvorbereitung Rechtsfachwirte (ReFaWi)) Erscheinungstermin: August 2022 ISBN 978-3-8114-5726-3: ca. € 30.00 (DE), ca. € 30.90 (AT)

Presting, Claire-Kathrin: Die Erfassung psychischer Erkrankungen in der gesetzlichen Unfallversicherung. 1. Aufl. – Berlin: Duncker & Humblot. 237 S. (Schriften zum Gesundheitsrecht; 67) Erscheinungstermin: Juni 2022 ISBN 978-3-428-18572-6: € 74.90 (DE), € 77.00 (AT)

Private Equity. Unternehmenskauf, Finanzierung, Restrukturierung, Exitstrategien. Eilers, Stephan, Koffka, Nils Matthias, Mackensen, Marcus, Paul, Markus, Josenhans, Michael (Hrsg.). Aleth, Franz, Beutel, David, Bono, Simone, Braun, Heiner, Conradi, Johannes, Derksen, Nils, Doll, Natascha, Eilers, Stephan, Ellrott, Jochen, Fromholzer, Ferdinand, Gleske, Christoph, Hasselbach, Kai, Haus, Florian C., Heukamp, Wessel, Hilf, Juliane, Hüther, Mario, Hundertmark, Stephanie, Josenhans, Michael, Koffka, Nils Matthias, Mackensen, Marcus, Nawroth, Christoph, Paschke, Alina, Paul, Markus, Rosenberg, Oliver von, Schwahn, Alexander, Werder, Andreas von, Westpfahl, Lars, Wilde, Jan-Philip (Mitarb.). 4. Aufl. –

Lasse Engel
Wettbewerbsregister
Eintragung, Abfrage und Löschung

2022. XXV, 279 Seiten (Beiträge zum Kartellrecht 18). Fadengeheftete Broschur ISBN 978-3-16-161405-7; eBook ISBN 978-3-16-161406-4 € 84,–

Öffentliche Aufträge und Konzessionen sollen nur solche Unternehmen erhalten, die keine erheblichen Rechtsverstöße begehen und sich im Wettbewerb fair verhalten. Ein Wettbewerbsregister soll dem Informationsdefizit abhelfen. Lasse Engel wägt Informationsinteresse und Schutzbedürfnisse gegeneinander ab und beleuchtet die Grundparameter des Registers.

Fallen einem Unternehmen bestimmte Rechtsverstöße zur Last, kann dieser Umstand seiner Teilnahme an einem Vergabeverfahren entgegenstehen. Welches Fehlverhalten zu einem Ausschluss von einem Vergabeverfahren führen kann oder sogar muss, regeln die zwingenden bzw. fakultativen Ausschlussgründe der §§ 123 und 124 GWB. Öffentliche Auftraggeber sind verpflichtet, ihr Vorliegen zu prüfen. Mit dem 2021 in Betrieb genommenen Wettbewerbsregister steht Vergabestellen nun erstmalig ein wirkungsvolles Instrument zur Erfüllung ihrer Prüfungspflichten zur Verfügung. Das Register enthält Sanktionen aufgrund bestimmter, vergaberechtlich relevanter Rechtsverletzungen und erlaubt somit eine effektivere Prüfung der Ausschlussgründe.
Lasse Engel untersucht in diesem Zusammenhang insbesondere die zentralen Elemente der neuen Institution, nämlich die Eintragung in das Register und dessen Abfrage sowie die Löschung aus dem Wettbewerbsregister.
Die Arbeit wurde mit dem Dissertationspreis des Jahres 2022 der Peregrinus-Stiftung ausgezeichnet.

Informationen zum eBook-Angebot: *mohrsiebeck.com/ebooks*

Mohr Siebeck
Tübingen
info@mohrsiebeck.com
mohrsiebeck.com

Wolfgang Kahl
Wissenschaft, Praxis und Dogmatik im Verwaltungsrecht

2020. XI, 354 Seiten. Broschur
ISBN 978-3-16-159460-1; eBook
ISBN 978-3-16-159461-8
€ 29,–

Die deutsche Rechtswissenschaft befindet sich in einer Phase der grundlegenden Selbstreflexion. Die Studie von Wolfgang Kahl versteht sich als Beitrag hierzu. In ihrem Mittelpunkt steht das Differenz- und Interaktionsverhältnis von Wissenschaft und Praxis im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht sowie die Brückenfunktion, die der Dogmatik dabei zukommt.

Proprium und Standort der Rechtswissenschaft werden derzeit intensiv diskutiert – gerade in ihrem Verhältnis zur Praxis. Umstritten ist, welche Rolle der Dogmatik dabei zukommt. Wolfgang Kahl beleuchtet diese *tripolare Grundrelation* aus Sicht des deutschen und des europäischen Verwaltungsrechts.

Informationen zum eBook-Angebot: *mohrsiebeck.com/ebooks*

Mohr Siebeck
Tübingen
info@mohrsiebeck.com
mohrsiebeck.com

München: C.H.Beck. 700 S. Erscheinungstermin: Juni 2022 ISBN 978-3-406-78306-7 Leinen: ca. € 189.00 (DE)

Schröder-Frerkes, Alexander: Materielles Handelsrecht und Schiedsgerichtsbarkeit. 5., überarb. Aufl. – Hagen: Hagener Wissenschaftsverlag, 2022. 96 S. ISBN 978-3-7321-0531-1: € 19.95 (DE), € 20.60 (AT)

Skupin, Florian: Rechtsdurchsetzende nichtanwaltliche Dienstleister. Entwicklung eines zeitgemäßen Regulierungsrahmens nichtanwaltlicher Leistungserbringung auf dem Rechtsdienstleistungsmarkt. 1. Aufl. – Berlin: epubli, 2022. 872 S. (digital | recht Schriften zum Immaterialgüter-, IT-, Medien-, Daten- und Wettbewerbsrecht; 4) ISBN 978-3-7549-4940-5: € 82.55 (DE)

Wernicke, Julian: Lauterkeitsrechtlicher Nachahmungsschutz nach Ablauf des Patentschutzes. 1. Aufl. – Berlin: Duncker & Humblot, 2022. 220 S. (Schriften zum Wirtschaftsrecht; 336) ISBN 978-3-428-18605-1: € 79.90 (DE), € 82.20 (AT)

5. Zivilprozessrecht. Schiedsverfahrensrecht. Insolvenz- und Zwangsvollstreckungsrecht. Freiwillige Gerichtsbarkeit

5.1 Internationales Recht. Europarecht. Ausländisches Recht. Rechtsvergleichung

Roth, Marianne: PAKET. Zivilprozessrecht 3. Aufl. + Zivilprozessrecht Schaubilder und Aktenmuster 14. Aufl. – Wien: MANZ Verlag Wien, 2022. XL, 516 S. In 2 Teilen. ISBN 978-3-214-14788-4: € 76.50 (DE), € 61.20 (AT) (Sonderpreis: Hörerscheinpreis)

Roth, Marianne: PAKET. Zivilprozessrecht 3. Aufl. + Zivilprozessrecht Schaubilder und Aktenmuster 14. Aufl. + Exekutions- und InsolvenzR 11. Aufl. – Wien: MANZ Verlag Wien, 2022. LXXIV, 882 S. In 3 Teilen. ISBN 978-3-214-14789-1: € 120.60 (DE), € 96.50 (AT) (Sonderpreis: Hörerscheinpreis)

5.2 Deutsches Recht

Binz, Karl Josef: Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetz (JVEG). Praxiskommentar. 2. Aufl. – Berlin: BDÜ Weiterbildungs- und Fachverlagsgesellschaft mbH, 2022. 225 S. ISBN 978-3-946702-17-7: € 35.00 (DE), € 36.00 (AT)

Bohnen, Marcus: Praxishandbuch Güterichterverfahren. Recht. Methoden. Techniken. Schreiber, Frank (Hrsg.). 1. Aufl. – Norderstedt: BoD – Books on Demand, 2022. 148 S. (Betrifft JUSTIZ Schriften; 1) ISBN 978-3-7562-0124-2 Pb.: € 19.99 (DE), € 20.60 (AT), CHF 28.50 (freier Preis)

Diehn, Thomas: Notarkostenberechnungen. Muster und Erläuterungen zum Gerichts- und Notarkostengesetz (GNotKG). 8. Aufl. – München: C.H.Beck. 550 S. Erscheinungstermin: August 2022 ISBN 978-3-406-78894-9 kart.: ca. € 39.00 (DE)

Kreutzkam, Johannes: Zwangsvollstreckung. Übungsfälle für Rechtsfachwirte. Jungbauer, Sabine (Hrsg.). Neu bearbeitete Aufl. – Heidelberg: C.F. Müller. 184 S. (Prüfungsvorbereitung Rechtsfachwirte (ReFaWi)) Erscheinungstermin: August 2022 ISBN 978-3-8114-5723-2: ca. € 30.00 (DE), ca. € 30.90 (AT)

Schröder-Frerkes, Alexander: Materielles Handelsrecht und Schiedsgerichtsbarkeit. 5., überarb. Aufl. – Hagen: Hagener Wissenschaftsverlag, 2022. 96 S. ISBN 978-3-7321-0531-1: € 19.95 (DE), € 20.60 (AT)

6. Strafrecht. Kriminologie

6.1 Internationales Recht. Europarecht. Ausländisches Recht. Rechtsvergleichung

Althuber, Ulrike: Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch. Triffterer, Otto, Rosbaud, Christian, Hinterhofer, Hubert (Hrsg.). 42. Aufl. – Wien: LexisNexis ARD ORAC, 2022. ISBN 978-3-7007-7664-2 Loseblattsammlung: ca. € 578.00 (DE), ca. € 462.00 (DE) (Sonderpreis: Abopreis), ca. CHF 704.29 (freier Preis), ca. CHF 562.95 (freier Sonderpreis: Abopreis)

Burda, Gloria: Der Suizid im Strafrecht. § 77 StGB und § 78 StGB. Tatbestand, Menschenrechtskonformität und Reformvorschläge. Dissertation. 1. Aufl. – Reichenau: Pro Libris Verlagsgesellschaft, 2022. 253 S. ISBN 978-3-99099-396-5: € 37.00 (DE)

Hankel, Gerd: Putin vor Gericht? Möglichkeiten und Grenzen internationaler Strafjustiz. 1. Aufl. – Springe: zu Klampen Verlag. 120 S. Erscheinungstermin: Oktober 2022 ISBN 978-3-86674-836-1: ca. € 14.00 (DE), ca. € 14.40 (AT)

Schlegel, Stephan: BetmG Kommentar. Betäubungsmittelgesetz mit weiteren Erlassen. – Zürich: Orell Füssli Verlag. 830 S. Erscheinungstermin: August 2022 ISBN 978-3-280-07465-7 Festeinband: ca. € 178.00 (DE), ca. € 183.00 (AT), ca. CHF 178.00 (freier Preis)

Shi, Jiahui: Technological Surveillance of Communication in American, German and Chinese Criminal Procedure. 1. Aufl. – Berlin: Duncker & Humblot. 374 S. (Beiträge zum Internationalen und Europäischen Strafrecht – Studies in International and European Criminal Law and Procedure; 51) Erscheinungstermin: Juni 2022 ISBN 978-3-428-18566-5: € 99.90 (DE), € 102.70 (AT)

Tomasits, Ricarda: Anordnung und Vollstreckung einer Europäischen Ermittlungsanordnung in Österreich. – Wien: MANZ Verlag Wien, 2022. XXXIV, 276 S. (manzwissenschaft) ISBN 978-3-214-02143-6: ca. € 68.00 (DE)

Tsakalis, Ionnis: Die Verflechtung zwischen Geldwäsche und Steuerhinterziehung (Band 112). Zugleich eine Darstellung der historischen Entwicklung des strafrechtlichen Geldwäschebegriffs im internationalen und europäischen Raum. 1. Aufl. – Zürich: Dike Verlag Zürich, 2022. 456 S. (Studien zum Strafrecht) ISBN 978-3-03891-433-4: € 128.00 (DE), CHF 178.00 (freier Preis)

Yamanaka, Yuri: Maßnahmen bei psychisch kranken Straftätern. Ein Vergleich zwischen Deutschland und Japan. 2., unveränderte Aufl. (Erstauflage 2008) – München: utzverlag GmbH, 2022. 344 S. (Münchner Juristische Beiträge; 71) ISBN 978-3-8316-8555-4: € 53.00 (DE), € 54.50 (AT)

6.2 Deutsches Recht

Assistierter Suizid. Ein interdisziplinärer Austausch zu Fragen eines selbstbestimmten Todes. Kämper, Burkhard, Schilberg, Arno (Hrsg.). 1. Aufl. – Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2022. 207 S. (Kirche und Recht – Beihefte; 8) ISBN 978-3-8305-5170-6 kart.: € 42.00 (DE)

Burda, Gloria: Der Suizid im Strafrecht. § 77 StGB und § 78 StGB. Tatbestand, Menschenrechtskonformität und Reformvorschläge. Dissertation. 1. Aufl. – Reichenau: Pro Libris Verlagsgesellschaft, 2022. 253 S. ISBN 978-3-99099-396-5: € 37.00 (DE)

Freund, Georg: Die Elemente der Straftat und ihre Konkretisierung in der Fallbearbeitung. 1. Aufl. – Berlin: Springer Berlin. (Tutorium Jura) Erscheinungstermin: November 2022 ISBN 978-3-662-65498-9 Festeinband: ca. € 32.99 (DE), ca. € 33.92 (AT), ca. CHF 36.50 (freier Preis)

Jürss, Lucas: Der Verbandssanktionsregress gegen Organmitglieder in der Aktiengesellschaft. Momsen, Carsten (Hrsg.). – Berlin: Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2022. (Schriften zum Strafrecht und Strafprozeßrecht; 136) ISBN 978-3-631-83736-8 Festeinband: € 54.95 (DE), € 56.50 (AT), CHF 64.00 (freier Preis)

Kerkmann, Heinz-Georg: Strafrecht, Strafverfahren und Strafvollstreckung. 1. Aufl. – Bielefeld: Gieseking, E u. W. 386 S. (Rechtspfleger-Studienbücher; 6) Erscheinungstermin: Juni 2022 ISBN 978-3-7694-1268-0: € 49.00 (DE), € 50.40 (AT)

Moderne Polizeipsychologie in Schlüsselbegriffen. Ein Handbuch für die professionelle Konflikt- und Krisenbewältigung. Körber, Bernd, Schmalzl, Hans Peter, Hermanutz, Max (Hrsg.). 4., völlig neu bearbeitete und erweiterte Aufl. – Stuttgart: Richard Boorberg Verlag. 544 S. Erscheinungstermin: Juni 2022 ISBN 978-3-415-07224-4: € 68.00 (DE), € 70.00 (AT)

Mooser, Dorothee: Nervendrucktechniken im Polizeieinsatz. Unzulässiges Zwangsmittel und Verstoß gegen die Menschenrechte? 1. Aufl. – Baden-Baden: Nomos. 226 S. Erscheinungstermin: Juni 2022 ISBN 978-3-8487-8959-7 brosch.: ca. € 64.00 (DE)

Shi, Jiahui: Technological Surveillance of Communication in American, German and Chinese Criminal Procedure. 1. Aufl. – Berlin: Duncker & Humblot. 374 S. (Beiträge zum Internationalen und Europäischen Strafrecht – Studies in International and European Criminal Law and Procedure; 51) Erscheinungstermin: Juni 2022 ISBN 978-3-428-18566-5: € 99.90 (DE), € 102.70 (AT)

Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. §§ 211–231. Grünewald, Anette, Lindemann, Michael, Rissing-van Saan, Ruth (Hrsg.). 13., neu bearb. Aufl. – Berlin: De Gruyter. 600 S. (Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar; Band 11) Erscheinungstermin: Januar 2023 ISBN 978-3-11-048887-6: € 179.00 (DE), € 149.00 (DE) (freier Sonderpreis: Standing Order price for subscribers to the complete work)

Richard Rachlitz
Wissen – Vorsatz – Zurechnung

2022. XXI, 402 Seiten (Studien zum Privatrecht 104). Leinen ISBN 978-3-16-160904-6; eBook ISBN 978-3-16-160905-3 € 114,–

Der Umgang mit Wissensnormen ist in vielerlei Hinsicht von grundlegenden Unsicherheiten geprägt. Auf Basis einer gründlichen Analyse der tatbestandlichen Bezüge des Privatrechts auf »Wissen« und »Wissenmüssen« versucht Richard Rachlitz, sich den Wissensnormen des Privatrechts und insbesondere dem Elementarproblem der Wissenszurechnung neu anzunähern.

Der Umgang mit Wissensnormen ist in vielerlei Hinsicht von grundlegenden Unsicherheiten geprägt. Im Mittelpunkt steht das Elementarproblem der Wissenszurechnung, also die Frage, unter welchen Voraussetzungen jemand für das Wissen einer anderen Person einstehen muss. Rechtsprechung und Rechtswissenschaft sind seit jeher um eine Lösung bemüht, jedoch ohne klares Ergebnis. Auf Basis einer eingehenden Analyse der tatbestandlichen Bezüge des Privatrechts auf »Wissen« und »Wissenmüssen« unternimmt Richard Rachlitz den Versuch, sich den Wissensnormen des Privatrechts neu anzunähern. Davon ausgehend, dass Wissen als Element des Tatbestands privatrechtlicher Normen niemals als »nackte Tatsache« relevant ist, sondern immer nur in einem spezifischen, willentlichen Verhaltensbezug, entfaltet der Autor die These, dass Wissensnormen nichts anderes sind als verkürzt formulierte Vorsatz- bzw. Verschuldensnormen. Die fundamentalen Probleme im Umgang mit Wissensnormen lösen sich damit auf.

Informationen zum eBook-Angebot: *mohrsiebeck.com/ebooks*

Mohr Siebeck
Tübingen
info@mohrsiebeck.com
mohrsiebeck.com

Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. §§ 232–241a. Altvater, Gerhard, Coen, Christoph, Krehl, Christoph, et al. (Hrsg.). 13., neu bearb. Aufl. – Berlin: De Gruyter. 500 S. (Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar; Band 12) Erscheinungstermin: Januar 2023 ISBN 978-3-11-048888-3: € 179.00 (DE), € 149.00 (DE) (freier Sonderpreis: Standing Order price for subscribers to the complete work)

Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. §§ 263–266b. Kubiciel, Michael, Möhrenschlager, Manfred, Schünemann, Bernd, et al. (Hrsg.). 13., neu bearb. Aufl. – Berlin: De Gruyter. 1200 S. (Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar; Band 14) Erscheinungstermin: Januar 2023 ISBN 978-3-11-048891-3: € 339.00 (DE), € 279.00 (DE) (freier Sonderpreis: Standing Order price for subscribers to the complete work)

Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. §§ 267–283d. Brand, Christian, Zieschang, Frank (Hrsg.). 13., neu bearb. Aufl. – Berlin: De Gruyter. 600 S. (Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar; Band 15) Erscheinungstermin: Januar 2023 ISBN 978-3-11-048892-0: € 179.00 (DE), € 149.00 (DE) (freier Sonderpreis: Standing Order price for subscribers to the complete work)

Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Völkerstrafgesetzbuch. Esser, Robert, Ambach, Philipp, Baier, Elisabeth, et al. (Hrsg.). 13., neu bearb. Aufl. – Berlin: De Gruyter. 800 S. (Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar; Band 20) Erscheinungstermin: Januar 2023 ISBN 978-3-11-048899-9: € 229.00 (DE), € 189.00 (DE) (freier Sonderpreis: Standing Order price for subscribers to the complete work)

Vogtmeier, Thomas Georg Josef: Arbeitnehmerdatenschutz bei internen Untersuchungen. Zu den datenschutzrechtlichen Anforderungen an interne Untersuchungen und der Verwertung der gewonnenen Erkenntnisse im anschließenden arbeitsgerichtlichen Verfahren und Strafverfahren. – Berlin: Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2022. (Europäische Hochschulschriften Recht; 6286) ISBN 978-3-631-87598-8 brosch.: € 113.95 (DE), € 117.10 (AT), CHF 132.00 (freier Preis)

Yamanaka, Yuri: Maßnahmen bei psychisch kranken Straftätern. Ein Vergleich zwischen Deutschland und Japan. 2., unveränderte Aufl. (Erstauflage 2008) – München: utzverlag GmbH, 2022. 344 S. (Münchner Juristische Beiträge; 71) ISBN 978-3-8316-8555-4: € 53.00 (DE), € 54.50 (AT)

7. Arbeits- und Sozialrecht

7.1 Internationales Recht. Europarecht. Ausländisches Recht. Rechtsvergleichung

Arbeitsrecht. In 7 Mappen inkl. 196. Erg.-Lfg. Mayr, Klaus (Hrsg.). – Wien: MANZ Verlag Wien, 2022. Loseblattsammlung. (Große Gesetzausgabe; 10) ISBN 978-3-214-16326-6: € 338.00 (DE), € 338.00 (AT), € 218.00 (AT) (Sonderpreis: Abonnementpreis)

Dunand, Jean-Philippe: Le télétravail. 1. Aufl. – Zürich: Schulthess Juristische Medien, 2022. XVI, 238 S. (CERT Centre d'étude des relations de travail) ISBN 978-3-7255-8873-2: CHF 64.00 (freier Preis)

Fellner, Rafaela: Geringfügige Beschäftigung. 3. Aufl. – Graz: dbv-Verlag (Österreich), 2022. 64 S. ISBN 978-3-7041-0807-4: € 13.20 (DE), € 11.00 (AT) (Sonderpreis: ab 2 Exemplaren), € 8.25 (AT) (Sonderpreis: ab 11 Exemplaren), € 6.05 (AT) (Sonderpreis: ab 101 Exemplaren)

Gmundner Kommentar zum Gesundheitsrecht. Neumayr, Matthias, Resch, Reinhard, Wallner, Felix (Hrsg.). 2. Aufl. – Wien: MANZ Verlag Wien, 2022. XXXIV, 3378 S. (Großkommentar) ISBN 978-3-214-03918-9: ca. € 528.00 (DE)

Miessl, Gerold: Die Besteuerung von Grenzgängern in die Schweiz. 2., erweiterte Aufl. – Stuttgart: Richard Boorberg Verlag. 352 S. Erscheinungstermin: Juni 2022 ISBN 978-3-415-07124-7: € 59.80 (DE), € 61.50 (AT)

Müller, Roland A.: Arbeitsrecht plus Verweise. – Zürich: Orell Füssli Verlag, 2022. Erscheinungstermin: Oktober 2022 ISBN 978-3-280-07481-7 brosch.: ca. € 48.00 (DE), ca. € 49.40 (AT), ca. CHF 48.00 (freier Preis)

Der SV-Komm In 4 Mappen inkl. 302. Lieferung. Mosler, Rudolf, Müller, Rudolf, Pfeil, Walter J. (Hrsg.). – Wien: MANZ Verlag Wien, 2022. 4130 S. In 4 Teilen. (Großkommentar) ISBN 978-3-214-10050-6: € 398.00 (DE)

7.2 Deutsches Recht

Assistierter Suizid. Ein interdisziplinärer Austausch zu Fragen eines selbstbestimmten Todes. Kämper, Burkhard, Schilberg, Arno (Hrsg.). 1. Aufl. – Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2022. 207 S. (Kirche und Recht – Beihefte; 8) ISBN 978-3-8305-5170-6 kart.: € 42.00 (DE)

Beseler, Lothar: Betriebliches Eingliederungsmanagement. April 2022, revidierte Ausgabe. – Münster, Westf.: Rieder Vlg f. Recht u. Kommunik., 2022. 280 S. ISBN 978-3-949340-09-3 brosch. (Preis in Vorbereitung)

Betz, Christian: Betriebsrat und personelle Mitbestimmung. Von der Einstellung bis zur Kündigung AG_Betriebsrat und Recht, Christian Betz (Hrsg.). 3. Aufl. – Norderstedt: BoD – Books on Demand, 2022. 420 S. ISBN 978-3-7557-5694-1 Pb.: € 25.00 (DE), € 25.70 (AT), CHF 35.50 (freier Preis)

Blomeyer, Wolfgang: Betriebsrentengesetz. Arbeits-, Zivil- und Steuerrecht. Jakob, Andreas, Lülsdorf, Detlef, Rolfs, Christian (Hrsg.). 8. Aufl. – München: C.H.Beck. 2150 S. (Beck'sche Kommentare zum Arbeitsrecht; 18) Erscheinungstermin: Juli 2022 ISBN 978-3-406-78597-9 Leinen: ca. € 209.00 (DE)

Fachliche Weisungen der Bundesagentur für Arbeit für die Anwendung des Sozialgesetzbuch II (SGB II). Brühl, Albrecht, Hofmann, Albert (Hrsg.). Stand 1. April 2022, revidierte Ausgabe. – Frankfurt am Main: Fachhochschulverlag Frankfurt a. M. Der Verlag für angewandte Wissenschaft, 2022. 1072 S. ISBN 978-3-947273-57-7: € 27.00 (DE), € 27.80 (AT)

Ganter, Jonas: Mitwirkungspflichten und Sanktionen im Asyl- und Aufenthaltsrecht. – Berlin: Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2022. (Europäische Hochschulschriften Recht; 6298) ISBN 978-3-631-87653-4 brosch.: € 64.95 (DE), € 66.80 (AT), CHF 75.00 (freier Preis)

Goldmann, Samuel: Das Homeoffice im Steuerrecht. 1. Aufl. – Baden-Baden: Nomos. 327 S. (Steuerwissenschaftliche Schriften; 80) Erscheinungstermin: Juli 2022 ISBN 978-3-8487-7468-5 brosch.: ca. € 92.00 (DE)

Hügel, Max Georg: Verhandelte Gesundheit. Zur effektiven Förderung der Mediation im Sozialleistungsrecht. 1. Aufl. – Tübingen: Mohr Siebeck, 2022. XI, 179 S. (MGR) ISBN 978-3-16-161447-7 Leinen; ISBN 978-3-16-161470-5 eBook: € 84.00 (DE)

Korinth, Michael H.: Einstweiliger Rechtsschutz im Arbeitsgerichtsverfahren. Grundlagen. Praxis. Muster. Neu bearbeitete Aufl. – Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG. 600 S. Erscheinungstermin: Oktober 2022 ISBN 978-3-504-42710-8: ca. € 120.00 (DE), ca. € 123.40 (AT)

Löwisch, Manfred: Tarifvertragsgesetz. 5. Aufl. – München: Vahlen, Franz, 2023. 1550 S. (Vahlens Kommentare) Erscheinungstermin: Juni 2023 ISBN 978-3-8006-6442-9 Leinen: ca. € 159.00 (DE)

Miessl, Gerold: Die Besteuerung von Grenzgängern in die Schweiz. 2., erweiterte Aufl. – Stuttgart: Richard Boorberg Verlag. 352 S. Erscheinungstermin: Juni 2022 ISBN 978-3-415-07124-7: € 59.80 (DE), € 61.50 (AT)

Nolte, Katharina: Personalwirtschaft. Übungsfälle für Rechtsfachwirte. Jungbauer, Sabine (Hrsg.). Neu bearbeitete Aufl. – Heidelberg: C.F. Müller. 141 S. (Prüfungsvorbereitung Rechtsfachwirte (ReFaWi)) Erscheinungstermin: August 2022 ISBN 978-3-8114-5725-6: ca. € 30.00 (DE), ca. € 30.90 (AT)

Presting, Claire-Kathrin: Die Erfassung psychischer Erkrankungen in der gesetzlichen Unfallversicherung. 1. Aufl. – Berlin: Duncker & Humblot. 237 S. (Schriften zum Gesundheitsrecht; 67) Erscheinungstermin: Juni 2022 ISBN 978-3-428-18572-6: € 74.90 (DE), € 77.00 (AT)

Straub, Matthias: Kommentar zum Tarifvertrag für Versorgungsbetriebe. Ein Praxiskommentar zum Tarifrecht. 1. Aufl. – Norderstedt: BoD – Books on Demand, 2022. 272 S. ISBN 978-3-7557-9578-0 Pb.: € 69.90 (DE), € 71.90 (AT), CHF 95.00 (freier Preis)

Studer, Josef: Repetitorium Arbeitsrecht. Kurz gefasste Darstellung mit Schemata, Übungen und Lösungen. – Zürich: Orell Füssli Verlag. 180 S. Erscheinungstermin: August 2022 ISBN 978-3-280-07473-2 brosch.: ca. € 59.00 (DE), ca. € 60.70 (AT), ca. CHF 59.00 (freier Preis)

Vogtmeier, Thomas Georg Josef: Arbeitnehmerdatenschutz bei internen Untersuchungen. Zu den datenschutzrechtlichen Anforderungen an interne Untersuchungen und der Verwertung der gewonnenen Erkenntnisse im anschließenden arbeitsgerichtlichen Verfahren und Strafverfahren. – Berlin: Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2022.. (Europäische Hochschulschriften Recht; 6286) ISBN 978-3-631-87598-8 brosch.: € 113.95 (DE), € 117.10 (AT), CHF 132.00 (freier Preis)

8. Steuerrecht

8.1 Internationales Recht. Europarecht. Ausländisches Recht. Rechtsvergleichung

Adametz, Johann: Kommentar zum Bewertungsgesetz. Twaroch, Alfred, Wittmann, Rudolf, Frühwald, Karl (Hrsg.). 30. Aufl. – Wien: LexisNexis ARD ORAC. Erscheinungstermin: Juni 2022 ISBN 978-3-7007-7708-3 Loseblattsammlung: ca. € 355.00 (DE), ca. € 284.00 (DE) (Sonderpreis: Abopreis), ca. CHF 432.57 (freier Preis), ca. CHF 346.05 (freier Sonderpreis: Abopreis)

Häck, Nils: Neue Herausforderungen im Internationalen Steuerrecht. Forum der Internationalen Besteuerung, Band 51. Hummel, Lars, Kaminski, Bert (Hrsg.). – Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG. 250 S. Erscheinungstermin: Oktober 2022 ISBN 978-3-504-61551-2: ca. € 80.00 (DE), ca. € 82.30 (AT)

Hilpold, Peter: Grundriss des italienischen Steuerrechts I. 6. Aufl., revidierte Ausgabe. – Bozen: Athesia-Tappeiner Verlag. 550 S. Erscheinungstermin: August 2022 ISBN 978-88-6839-593-3: ca. € 79.00 (DE)

Jilch, Martin: Die Besteuerung pauschalierter Land- und Forstwirte. Ein Leitfaden zum Steuersparen. Aktualisierte, revidierte Ausgabe. – Wien: NWV im Verlag Österreich GmbH, 2022. XXXIV, 885 S. ISBN 978-3-7083-1400-6: € 128.00 (DE)

Joder, Kevin: Die Hinzurechnungsbesteuerung als Treaty Override. Zwischen legitimer Missbrauchsbekämpfung und Unionsrechtsverstoß. 1. Aufl. – Berlin: Duncker & Humblot. 322 S. (Schriften zum Steuerrecht; 176) Erscheinungstermin: Juni 2022 ISBN 978-3-428-18514-6: € 99.90 (DE), € 102.70 (AT)

Luketina, Marina: Die Methoden zur Vermeidung internationaler Doppelbesteuerung. 1. Aufl. – - Wien: Linde Verlag Ges. m. b.H., 2022. 392 S. ISBN 978-3-7073-4542-1 brosch.: € 76.00 (DE), € 76.00 (AT), CHF 114.70 (freier Preis)

Miessl, Gerold: Die Besteuerung von Grenzgängern in die Schweiz. 2., erweiterte Aufl. – Stuttgart: Richard Boorberg Verlag. 352 S. Erscheinungstermin: Juni 2022 ISBN 978-3-415-07124-7: € 59.80 (DE), € 61.50 (AT)

Die **österreichischen Abgabengesetze.** Hassler, Paul (Hrsg.). 107. Aufl. – Wien: LexisNexis ARD ORAC. Erscheinungstermin: Juni 2022 ISBN 978-3-7007-7871-4 Loseblattsammlung (Preis in Vorbereitung)

Rouiller, Nicolas: La société anonyme (PrintPlu§). Droit commercial, droit comptable, responsabilité, loi sur la fusion, droit boursier, droit fiscal. 3. Aufl. – Zürich: Schulthess Juristische Medien. 1000 S. Erscheinungstermin: Juni 2022 ISBN 978-3-7255-8772-8: ca. CHF 169.00 (freier Preis)

Scheiner, Michael: Umsatzsteuer-Richtlinien 2000. Ecker, Thomas, Epply, Thomas, Rößler, Ferdinand, Schwab, Dietlind (Hrsg.). 24. Aufl. – Wien: LexisNexis ARD ORAC, 2022. ISBN 978-3-7007-8171-4 Loseblattsammlung: ca. € 155.00 (DE), ca. € 124.00 (DE) (Sonderpreis: Abopreis), ca. CHF 188.87 (freier Preis), ca. CHF 151.09 (freier Sonderpreis: Abopreis)

Tsakalis, Ionnis: Die Verflechtung zwischen Geldwäsche und Steuerhinterziehung (Band 112). Zugleich eine Darstellung der historischen Entwicklung des strafrechtlichen Geldwäschebegriffs im internationalen und europäischen Raum. 1. Aufl. – Zürich: Dike Verlag Zürich, 2022. 456 S. (Studien zum Strafrecht) ISBN 978-3-03891-433-4: € 128.00 (DE), CHF 178.00 (freier Preis)

8.2 Deutsches Recht

Bilanzrecht Kommentar. Handelsbilanz. Steuerbilanz. Prüfung. Offenlegung. Gesellschaftsrecht. Hachmeister, Dirk, Kahle, Holger, Mock, Sebastian, Schüppen, Matthias (Hrsg.). Neu bearbeitete Aufl. – Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 2022. 3100 S. Erscheinungstermin: August 2022 ISBN 978-3-504-25382-0: ca. € 259.00 (DE), ca. € 266.30 (AT)

Blomeyer, Wolfgang: Betriebsrentengesetz. Arbeits-, Zivil- und Steuerrecht. Jakob, Andreas, Lülsdorf, Detlef, Rolfs, Christian (Hrsg.). 8. Aufl. – München: C.H.Beck. 2150 S. (Beck'sche Kommentare zum Arbeitsrecht; 18) Erscheinungstermin: Juli 2022 ISBN 978-3-406-78597-9 Leinen: ca. € 209.00 (DE)

Bohne, Jochen: ifst-Schrift 543. Einlagenrückgewähr. 1. Aufl. – Berlin: Finanzen u. Steuern, 2022. 67 S. (IFSt Schrift) ISBN 978-3-89737-207-8: € 15.00 (DE), € 15.50 (AT)

Goldmann, Samuel: Das Homeoffice im Steuerrecht. 1. Aufl. – Baden-Baden: Nomos. 327 S. (Steuerwissenschaftliche Schriften; 80) Er-

Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)
Band 158

2022. III, 449 Seiten (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts). Leinen ISBN 978-3-16-161448-4 € 49,–

Die Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts gehört zu den einflussreichsten und meistzitierten Periodika der deutschen Jurisprudenz. Sie enthält alle Senatsentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) in ungekürzter Fassung. Begonnen mit Gründung des Gerichts im Jahr 1951, wird die Sammlung inzwischen jedes Jahr mehrmals um neue Bände ergänzt.

Die Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts gehört zu den einflussreichsten und meistzitierten Periodika der deutschen Jurisprudenz. Sie enthält alle Senatsentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) in ungekürzter Fassung. Begonnen mit Gründung des Gerichts im Jahr 1951, wird die Sammlung inzwischen jedes Jahr mehrmals um neue Bände ergänzt. In der abgekürzten Zitierweise als »BVerfGE« ist sie jedem deutschen Juristen geläufig und gilt vielen sogar als »die amtliche Sammlung«. Zu den Höhepunkten der Sammlung gehören die vielzitierten Entscheidungen Elfes (BVerfGE 6, 32) und Lüth (BVerfGE 7, 198), die Entscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch (BVerfGE 39, 1; 88, 203), zum Schnellen Brüter in Kalkar (BVerfGE 49, 89), zum Mitbestimmungsgesetz (BVerfGE 50, 290), zu den Europäischen Verträgen von Maastricht und Lissabon (BVerfGE 89, 155; 123, 267), zur Online-Durchsuchung (BVerfGE 120, 274), zu Hartz IV (BVerfGE 125, 175) und zur Europäischen Bankenunion (BVerfGE 151, 202).

Maßgeschneiderte Informationen: *mohrsiebeck.com*

Mohr Siebeck
Tübingen
info@mohrsiebeck.com
mohrsiebeck.com

scheinungstermin: Juli 2022 ISBN 978-3-8487-7468-5 brosch.: ca. € 92.00 (DE)

Handausgabe zum reformierten Grundsteuer- und Bewertungsrecht. 1. Aufl. – Stuttgart: Richard Boorberg Verlag. 250 S. Erscheinungstermin: Dezember 2022 ISBN 978-3-415-07246-6: € 17.80 (DE), € 18.30 (AT)

Immobilienbewertung. Lehrbuch und Kommentar. Inkl. 69. Ergänzungs- und Aktualisierungslieferung. Sprengnetter, Hans O. (Hrsg.). – Bad Neuenahr-Ahrweiler: Sprengnetter, 2022. Loseblattsammlung. ISBN 978-3-945689-47-9: € 416.23 (DE), € 427.90 (AT)

Investmentsteuergesetz. Jansen, Bela, Greger, Veronika (Hrsg.). Berberich, Carina, Endler, Sonja, Ganser, Achim, Greger, Veronika, Hamelmann, Ulrike, Hauber, Theresa, Heßlau, Henner, Heyland, Thomas, Hummel, Roland, Jansen, Bela, Lange, Martin, Redert, Thomas, Röhrbein, Jens, Rüsch, Gary, Seufert, Florian, Thumbs, Werner (Mitarb.). 1. Aufl. – München: C.H.Beck. 1500 S. (Beck'sche Steuerkommentare) Erscheinungstermin: Mai 2023 ISBN 978-3-406-79409-4 Leinen: ca. € 199.00 (DE)

Jann, Martin: Umgründungen um Steuerrecht. Grundlagen & Praxisbeispiele. 3. Aufl. – Graz: dbv-Verlag (Österreich), 2022. 332 S. ISBN 978-3-7041-0804-3: € 59.40 (DE), € 52.80 (AT) (Sonderpreis: ab 2 Exemplaren)

Joder, Kevin: Die Hinzurechnungsbesteuerung als Treaty Override. Zwischen legitimer Missbrauchsbekämpfung und Unionsrechtsverstoß. 1. Aufl. – Berlin: Duncker & Humblot. 322 S. (Schriften zum Steuerrecht; 176) Erscheinungstermin: Juni 2022 ISBN 978-3-428-18514-6: € 99.90 (DE), € 102.70 (AT)

Kleiber, Wolfgang: Verkehrswertermittlung von Grundstücken. Kommentar und Handbuch zur Ermittlung von Marktwerten (Verkehrswerten) und Beleihungswerten sowie zur steuerlichen Bewertung unter Berücksichtigung der ImmoWertV. 10., vollständig überarbeitete Aufl. – Köln: Reguvis Fachmedien. 3296 S. Erscheinungstermin: November 2022 ISBN 978-3-8462-1403-9: € 259.00 (DE), € 226.00 (DE) (Subskriptionspreis bis 31. 12. 2022), € 266.30 (AT), € 232.40 (AT) (Subskriptionspreis bis 31. 12. 2022)

Klose, Martina: Steuer- und stiftungsrechtliche Fragen des Erbrechts. 4., überarb. Aufl. – Hagen: Hagener Wissenschaftsverlag, 2022. 207 S. ISBN 978-3-7321-0533-5: € 33.95 (DE), € 34.90 (AT)

Miessl, Gerold: Die Besteuerung von Grenzgängern in die Schweiz. 2., erweiterte Aufl. – Stuttgart: Richard Boorberg Verlag. 352 S. Erscheinungstermin: Juni 2022 ISBN 978-3-415-07124-7: € 59.80 (DE), € 61.50 (AT)

Nacke, Alois Th.: Haftung für Steuerschulden. Beratung. Gestaltung. Verfahren. Neu bearbeitete Aufl. – Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG. 450 S. Erscheinungstermin: Oktober 2022 ISBN 978-3-504-20158-6: ca. € 90.00 (DE), ca. € 92.60 (AT)

9. Recht und Medizin. Recht und Kunst. Recht und Religion

Assistierter Suizid. Ein interdisziplinärer Austausch zu Fragen eines selbstbestimmten Todes. Kämper, Burkhard, Schilberg, Arno (Hrsg.). 1. Aufl. – Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2022. 207 S. (Kirche und Recht – Beihefte; 8) ISBN 978-3-8305-5170-6 kart.: € 42.00 (DE)

Burda, Gloria: Der Suizid im Strafrecht. § 77 StGB und § 78 StGB. Tatbestand, Menschenrechtskonformität und Reformvorschläge. Dissertation. 1. Aufl. – Reichenau: Pro Libris Verlagsgesellschaft, 2022. 253 S. ISBN 978-3-99099-396-5: € 37.00 (DE)

Gärditz, Klaus Ferdinand: Gesundheitswissen aus Behördenhand. Bundeseinrichtungen mit Forschungsaufgaben zwischen Verwaltung, Wissenschaft, Politik und Recht. 1. Aufl. – Tübingen: Mohr Siebeck, 2022. XI, 233 S. ISBN 978-3-16-161583-2 brosch.; ISBN 978-3-16-161584-9 eBook: € 69.00 (DE)

Gmundner Kommentar zum Gesundheitsrecht. Neumayr, Matthias, Resch, Reinhard, Wallner, Felix (Hrsg.). 2. Aufl. – Wien: MANZ Verlag Wien, 2022. XXXIV, 3378 S. (Großkommentar) ISBN 978-3-214-03918-9: ca. € 528.00 (DE)

Hügel, Max Georg: Verhandelte Gesundheit. Zur effektiven Förderung der Mediation im Sozialleistungsrecht. 1. Aufl. – Tübingen: Mohr Siebeck, 2022. XI, 179 S. (MGR) ISBN 978-3-16-161447-7 Leinen; ISBN 978-3-16-161470-5 eBook: € 84.00 (DE)

Kimmig, Louisa: National wertvolles Kulturgut. Die listenbasierte Unterschutzstellung nach dem Kulturgutschutzgesetz. 1. Aufl. – Zürich: Dike Verlag Zürich, 2022. 485 S. (Schriften zum Kunst- und Kulturrecht) ISBN 978-3-03891-463-1: € 136.00 (DE), CHF 150.00 (freier Preis)

Kuzu, Bercin: Die Bedeutung der negativen Religionsfreiheit im deutsch-türkischen Verfassungsvergleich. Mit Rücksicht auch auf die Europäische Menschenrechtskonvention. – Berlin: Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2022. ISBN 978-3-631-86691-7 Festeinband: € 54.95 (DE), € 56.50 (AT), CHF 64.00 (freier Preis)

Moderne Polizeipsychologie in Schlüsselbegriffen. Ein Handbuch für die professionelle Konflikt- und Krisenbewältigung. Körber, Bernd, Schmalzl, Hans Peter, Hermanutz, Max (Hrsg.). 4., völlig neu bearbeitete und erweiterte Aufl. – Stuttgart: Richard Boorberg Verlag. 544 S. Erscheinungstermin: Juni 2022 ISBN 978-3-415-07224-4: € 68.00 (DE), € 70.00 (AT)

Mooser, Dorothee: Nervendrucktechniken im Polizeieinsatz. Unzulässiges Zwangsmittel und Verstoß gegen die Menschenrechte? 1. Aufl. – Baden-Baden: Nomos. 226 S. Erscheinungstermin: Juni 2022 ISBN 978-3-8487-8959-7 brosch.: ca. € 64.00 (DE)

Presting, Claire-Kathrin: Die Erfassung psychischer Erkrankungen in der gesetzlichen Unfallversicherung. 1. Aufl. – Berlin: Duncker & Humblot. 237 S. (Schriften zum Gesundheitsrecht; 67) Erscheinungstermin: Juni 2022 ISBN 978-3-428-18572-6: € 74.90 (DE), € 77.00 (AT)

Schlegel, Stephan: BetmG Kommentar. Betäubungsmittelgesetz mit weiteren Erlassen. – Zürich: Orell Füssli Verlag. 830 S. Erscheinungstermin: August 2022 ISBN 978-3-280-07465-7 Festeinband: ca. € 178.00 (DE), ca. € 183.00 (AT), ca. CHF 178.00 (freier Preis)

Yamanaka, Yuri: Maßnahmen bei psychisch kranken Straftätern. Ein Vergleich zwischen Deutschland und Japan. 2., unveränderte Aufl. (Erstauflage 2008) – München: utzverlag GmbH, 2022. 344 S. (Münchner Juristische Beiträge; 71) ISBN 978-3-8316-8555-4: € 53.00 (DE), € 54.50 (AT)

Zeitschriftenübersicht*

1. Grundlagen und Praxis

1.1 Rechtstheorie. Rechtsgeschichte. Ausländisches Recht

DÖV Nr. 10: *Berkemann,* Präjudizien – Eine Rezension (JöR 2020, 1–211) (410).

Der Staat Nr. 1: *O'Hara,* Intuitionen in der staatlichen Normarbeit (1).

ZEuP Nr. 2: *Seinecke,* Ehrlichbilder: Freirecht, Rechtssoziologie und Rechtspluralismus – zum 100. Todestag von Eugen Ehrlich (302); *D'Onofrio,* Das pactum de non petendo aus einer historisch-rechtsvergleichenden Perspektive (413).

1.2 Ausbildung und Praxis. Mediation

GRUR Nr. 10: *Werner,* Die technische Befähigung für den Beruf des Patentanwalts (694).

2. Öffentliches Recht

2.1 Völkerrecht. Europarecht. Ausländisches Recht. Rechtsvergleichung

DB Nr. 20: *Rammos/Wilken,* Der Data Act – Chancen und Risiken für Unternehmen durch das geplante europäische Datengesetz (1241).

EuZW Nr. 9: *Brauneck,* Wunderwaffe Sondervermögen: Europäische Friedensfazilität für Waffenlieferungen an die Ukraine (402); *Knäbe,* Gekommen um zu bleiben? 20 Jahre Informationsfreiheit auf EU-Ebene – Teil 2 (408).

FamRZ Nr. 10: *Uerpmann-Wittzack,* Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum Familienrecht in den Jahren 2020 und 2021 (749).

NJW Nr. 21: *Hennemann/Steinrötter,* Data Act – Fundament des neuen EU-Datenwirtschaftsrechts? (1481).

ZBl (Schweiz) Nr. 5: *Christian Meyer,* Das Formular im Verwaltungsverfahren – Elemente einer Dogmatik (231).

* Soweit nichts anderes angegeben ist, handelt es sich um Zeitschriften des Jahrgangs 2022.

JuristenZeitung 77, 378*–381* DOI: 10.1628/jz-2022-0212
ISSN 0022-6882 © Mohr Siebeck 2022

scheinungstermin: Juli 2022 ISBN 978-3-8487-7468-5 brosch.: ca. € 92.00 (DE)

Handausgabe zum reformierten Grundsteuer- und Bewertungsrecht. 1. Aufl. – Stuttgart: Richard Boorberg Verlag. 250 S. Erscheinungstermin: Dezember 2022 ISBN 978-3-415-07246-6: € 17.80 (DE), € 18.30 (AT)

Immobilienbewertung. Lehrbuch und Kommentar. Inkl. 69. Ergänzungs- und Aktualisierungslieferung. Sprengnetter, Hans O. (Hrsg.). – Bad Neuenahr-Ahrweiler: Sprengnetter, 2022. Loseblattsammlung. ISBN 978-3-945689-47-9: € 416.23 (DE), € 427.90 (AT)

Investmentsteuergesetz. Jansen, Bela, Greger, Veronika (Hrsg.). Berberich, Carina, Endler, Sonja, Ganser, Achim, Greger, Veronika, Hamelmann, Ulrike, Hauber, Theresa, Heßlau, Henner, Heyland, Thomas, Hummel, Roland, Jansen, Bela, Lange, Martin, Redert, Thomas, Röhrbein, Jens, Rüsch, Gary, Seufert, Florian, Thumbs, Werner (Mitarb.). 1. Aufl. – München: C.H.Beck. 1500 S. (Beck'sche Steuerkommentare) Erscheinungstermin: Mai 2023 ISBN 978-3-406-79409-4 Leinen: ca. € 199.00 (DE)

Jann, Martin: Umgründungen um Steuerrecht. Grundlagen & Praxisbeispiele. 3. Aufl. – Graz: dbv-Verlag (Österreich), 2022. 332 S. ISBN 978-3-7041-0804-3: € 59.40 (DE), € 52.80 (AT) (Sonderpreis: ab 2 Exemplaren)

Joder, Kevin: Die Hinzurechnungsbesteuerung als Treaty Override. Zwischen legitimer Missbrauchsbekämpfung und Unionsrechtsverstoß. 1. Aufl. – Berlin: Duncker & Humblot. 322 S. (Schriften zum Steuerrecht; 176) Erscheinungstermin: Juni 2022 ISBN 978-3-428-18514-6: € 99.90 (DE), € 102.70 (AT)

Kleiber, Wolfgang: Verkehrswertermittlung von Grundstücken. Kommentar und Handbuch zur Ermittlung von Marktwerten (Verkehrswerten) und Beleihungswerten sowie zur steuerlichen Bewertung unter Berücksichtigung der ImmoWertV. 10., vollständig überarbeitete Aufl. – Köln: Reguvis Fachmedien. 3296 S. Erscheinungstermin: November 2022 ISBN 978-3-8462-1403-9: € 259.00 (DE), € 226.00 (DE) (Subskriptionspreis bis 31. 12. 2022), € 266.30 (AT), € 232.40 (AT) (Subskriptionspreis bis 31. 12. 2022)

Klose, Martina: Steuer- und stiftungsrechtliche Fragen des Erbrechts. 4., überarb. Aufl. – Hagen: Hagener Wissenschaftsverlag, 2022. 207 S. ISBN 978-3-7321-0533-5: € 33.95 (DE), € 34.90 (AT)

Miessl, Gerold: Die Besteuerung von Grenzgängern in die Schweiz. 2., erweiterte Aufl. – Stuttgart: Richard Boorberg Verlag. 352 S. Erscheinungstermin: Juni 2022 ISBN 978-3-415-07124-7: € 59.80 (DE), € 61.50 (AT)

Nacke, Alois Th.: Haftung für Steuerschulden. Beratung. Gestaltung. Verfahren. Neu bearbeitete Aufl. – Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG. 450 S. Erscheinungstermin: Oktober 2022 ISBN 978-3-504-20158-6: ca. € 90.00 (DE), ca. € 92.60 (AT)

9. Recht und Medizin. Recht und Kunst. Recht und Religion

Assistierter Suizid. Ein interdisziplinärer Austausch zu Fragen eines selbstbestimmten Todes. Kämper, Burkhard, Schilberg, Arno (Hrsg.). 1. Aufl. – Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2022. 207 S. (Kirche und Recht – Beihefte; 8) ISBN 978-3-8305-5170-6 kart.: € 42.00 (DE)

Burda, Gloria: Der Suizid im Strafrecht. § 77 StGB und § 78 StGB. Tatbestand, Menschenrechtskonformität und Reformvorschläge. Dissertation. 1. Aufl. – Reichenau: Pro Libris Verlagsgesellschaft, 2022. 253 S. ISBN 978-3-99099-396-5: € 37.00 (DE)

Gärditz, Klaus Ferdinand: Gesundheitswissen aus Behördenhand. Bundeseinrichtungen mit Forschungsaufgaben zwischen Verwaltung, Wissenschaft, Politik und Recht. 1. Aufl. – Tübingen: Mohr Siebeck, 2022. XI, 233 S. ISBN 978-3-16-161583-2 brosch.; ISBN 978-3-16-161584-9 eBook: € 69.00 (DE)

Gmundner Kommentar zum Gesundheitsrecht. Neumayr, Matthias, Resch, Reinhard, Wallner, Felix (Hrsg.). 2. Aufl. – Wien: MANZ Verlag Wien, 2022. XXXIV, 3378 S. (Großkommentar) ISBN 978-3-214-03918-9: ca. € 528.00 (DE)

Hügel, Max Georg: Verhandelte Gesundheit. Zur effektiven Förderung der Mediation im Sozialleistungsrecht. 1. Aufl. – Tübingen: Mohr Siebeck, 2022. XI, 179 S. (MGR) ISBN 978-3-16-161447-7 Leinen; ISBN 978-3-16-161470-5 eBook: € 84.00 (DE)

Kimmig, Louisa: National wertvolles Kulturgut. Die listenbasierte Unterschutzstellung nach dem Kulturgutschutzgesetz. 1. Aufl. – Zürich: Dike Verlag Zürich, 2022. 485 S. (Schriften zum Kunst- und Kulturrecht) ISBN 978-3-03891-463-1: € 136.00 (DE), CHF 150.00 (freier Preis)

Kuzu, Bercin: Die Bedeutung der negativen Religionsfreiheit im deutsch-türkischen Verfassungsvergleich. Mit Rücksicht auch auf die Europäische Menschenrechtskonvention. – Berlin: Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2022. ISBN 978-3-631-86691-7 Festeinband: € 54.95 (DE), € 56.50 (AT), CHF 64.00 (freier Preis)

Moderne Polizeipsychologie in Schlüsselbegriffen. Ein Handbuch für die professionelle Konflikt- und Krisenbewältigung. Körber, Bernd, Schmalzl, Hans Peter, Hermanutz, Max (Hrsg.). 4., völlig neu bearbeitete und erweiterte Aufl. – Stuttgart: Richard Boorberg Verlag. 544 S. Erscheinungstermin: Juni 2022 ISBN 978-3-415-07224-4: € 68.00 (DE), € 70.00 (AT)

Mooser, Dorothee: Nervendrucktechniken im Polizeieinsatz. Unzulässiges Zwangsmittel und Verstoß gegen die Menschenrechte? 1. Aufl. – Baden-Baden: Nomos. 226 S. Erscheinungstermin: Juni 2022 ISBN 978-3-8487-8959-7 brosch.: ca. € 64.00 (DE)

Presting, Claire-Kathrin: Die Erfassung psychischer Erkrankungen in der gesetzlichen Unfallversicherung. 1. Aufl. – Berlin: Duncker & Humblot. 237 S. (Schriften zum Gesundheitsrecht; 67) Erscheinungstermin: Juni 2022 ISBN 978-3-428-18572-6: € 74.90 (DE), € 77.00 (AT)

Schlegel, Stephan: BetmG Kommentar. Betäubungsmittelgesetz mit weiteren Erlassen. – Zürich: Orell Füssli Verlag. 830 S. Erscheinungstermin: August 2022 ISBN 978-3-280-07465-7 Festeinband: ca. € 178.00 (DE), ca. € 183.00 (AT), ca. CHF 178.00 (freier Preis)

Yamanaka, Yuri: Maßnahmen bei psychisch kranken Straftätern. Ein Vergleich zwischen Deutschland und Japan. 2., unveränderte Aufl. (Erstauflage 2008) – München: utzverlag GmbH, 2022. 344 S. (Münchner Juristische Beiträge; 71) ISBN 978-3-8316-8555-4: € 53.00 (DE), € 54.50 (AT)

Zeitschriftenübersicht*

1. Grundlagen und Praxis

1.1 Rechtstheorie. Rechtsgeschichte. Ausländisches Recht

DÖV Nr. 10: *Berkemann,* Präjudizien – Eine Rezension (JöR 2020, 1–211) (410).

Der Staat Nr. 1: *O'Hara,* Intuitionen in der staatlichen Normarbeit (1).

ZEuP Nr. 2: *Seinecke,* Ehrlichbilder: Freirecht, Rechtssoziologie und Rechtspluralismus – zum 100. Todestag von Eugen Ehrlich (302); *D'Onofrio,* Das pactum de non petendo aus einer historisch-rechtsvergleichenden Perspektive (413).

1.2 Ausbildung und Praxis. Mediation

GRUR Nr. 10: *Werner,* Die technische Befähigung für den Beruf des Patentanwalts (694).

2. Öffentliches Recht

2.1 Völkerrecht. Europarecht. Ausländisches Recht. Rechtsvergleichung

DB Nr. 20: *Rammos/Wilken,* Der Data Act – Chancen und Risiken für Unternehmen durch das geplante europäische Datengesetz (1241).

EuZW Nr. 9: *Brauneck,* Wunderwaffe Sondervermögen: Europäische Friedensfazilität für Waffenlieferungen an die Ukraine (402); *Knäbe,* Gekommen um zu bleiben? 20 Jahre Informationsfreiheit auf EU-Ebene – Teil 2 (408).

FamRZ Nr. 10: *Uerpmann-Wittzack,* Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum Familienrecht in den Jahren 2020 und 2021 (749).

NJW Nr. 21: *Hennemann/Steinrötter,* Data Act – Fundament des neuen EU-Datenwirtschaftsrechts? (1481).

ZBl (Schweiz) Nr. 5: *Christian Meyer,* Das Formular im Verwaltungsverfahren – Elemente einer Dogmatik (231).

* Soweit nichts anderes angegeben ist, handelt es sich um Zeitschriften des Jahrgangs 2022.

JuristenZeitung 77, 378*–381* DOI: 10.1628/jz-2022-0212
ISSN 0022-6882 © Mohr Siebeck 2022

ZEuP Nr. 2: *Rahmatian:* Der feudale Liberalismus des englischen Liegenschaftsrechts (273); *Christian Kohler/Puffer/Rosch,* Unionsrecht und Privatrecht: Zur Rechtsprechung des EuGH im Jahre 2020 (366).

2.2 Deutsches Recht

BB Nr. 20: *Flöter/Jakob Friedrich Krüger,* Praxishinweise: Reaktion des Arbeitgebers auf einen Auskunftsantrag nach Art. 15 DS-GVO (1141).
DAR Nr. 5: *Kalus,* Rechtsprechungsübersicht im Verkehrsverwaltungsrecht im Jahr 2021 (241).
DB Nr. 20: *Rammos/Wilken,* Der Data Act – Chancen und Risiken für Unternehmen durch das geplante europäische Datengesetz (1241); *Haußmann/Zeh,* ESG und Mitarbeiterbefragungen – Arbeits- und Datenschutzrecht (1256). – Nr. 21: Nr. 21: *Gaul/Pitzer,* Der Anspruch auf Datenkopie aus Art. 15 DSGVO (1321).
DÖV Nr. 10: *Froese,* Das Verhältnismäßigkeitsprinzip in der Krise (389); *Kratzmann,* Licht und Schatten im PSPP-Urteil des Bundesverfassungsgerichts (400).
EuZW Nr. 9: *Knäbe,* Gekommen um zu bleiben? 20 Jahre Informationsfreiheit auf EU-Ebene – Teil 2 (408).
GRUR Nr. 10: *Paschke/Wiedemann,* Keine Klarnamenspflicht in sozialen Netzwerken (704).
NJ Nr. 5: *Fromm,* Praxisrelevante Fallkonstellationen im Verkehrsstraf-/Bußgeld- und Verwaltungsrecht (215).
NJW Nr. 21: *Csaki,* Die Entwicklung des Vergaberechts seit 2021 (1502); *Kloepfer,* Die Wahlen von Bundesverfassungsrichtern im Sechsparteienstaat (1509).
SGb Nr. 5: *Kluckert,* Rechtsfragen der Beschaffung und Verteilung knapper Gesundheitsgüter durch staatliche Stellen während einer Gesundheitsnotlage (257); *Schreiber,* Unionsrecht in der sozialrichterlichen Fallbearbeitung (Teil I) (267).
Der Staat Nr. 1: *O'Hara,* Intuitionen in der staatlichen Normarbeit (1); *Janssen,* Der Verfassungsbegriff „Religionsgesellschaft" – eine methodengerechte Rekonstruktion (33); *Stefan Lenz,* Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts – eine Dekonstruktion (73); *Grosche,* Recht und intertemporale Gerechtigkeit (113); *Hölscheidt,* Obstruktion im Parlament (129).
VersR Nr. 10: *Martin Müller,* Der Kostenersatzanspruch gegen den Fahrzeughalter nach Feuerwehreinsätzen (606).
ZEuP Nr. 2: *Christian Kohler/Puffer/Rosch,* Unionsrecht und Privatrecht: Zur Rechtsprechung des EuGH im Jahre 2020 (366).
ZUM Nr. 5: *Gerdemann,* Ein Stück Rechtsgeschichte zu den Grenzen der Meinungsfreiheit in sozialen Medien? – Zugleich Besprechung von BVerfG, Beschluss vom 19. 12. 2021 – 1 BvR 1073/20 (364); *Stöhr,* Der Modelagentur-Vertrag: Rechtsnatur, Inhaltskontrolle und Datenschutz (379).

3. Bürgerliches Recht

3.1 Internationales Privatrecht. Europarecht. Ausländisches Recht

FamRZ Nr. 10: *Uerpmann-Wittzack,* Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum Familienrecht in den Jahren 2020 und 2021 (749).
StAZ Nr. 5: *Plitzko,* Die Auswirkungen des Generationenschnitts auf Art. 23 Satz 1 EGBGB und das Zustimmungserfordernis nach dem deutschen Sachenrecht zu einer unter ausländischem Recht abgegebenen Abstammungserklärung (129); *Wall,* Neugeborene ohne gewöhnlichen Aufenthalt i. S. v. Art. 19 Abs. 1 Satz 1 EGBGB? – Zugleich eine Kritik an KG 17. 11. 2020 – 1 W 1037/20 (133).
ZEuP Nr. 2: *Christian Kohler/Puffer/Rosch,* Unionsrecht und Privatrecht: Zur Rechtsprechung des EuGH im Jahre 2020 (366).

3.2 Deutsches Recht

FamRZ Nr. 10: *Born,* Unterhalt wegen Krankheit (759).
NJ Nr. 5: *Christl,* Die Entwicklung des Familienrechts 2021 (193); *Ring,* Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht zum 28. Mai 2022 (206).
NJW Nr. 21: *Keim/Sophie Scholz,* Reichweite der notariellen Beurkundungspflicht bei zusammengesetzten Verträgen (1486); *Kainz,* Abnahme und Verjährung bei stufenweiser Beauftragung von Architektenleistungen (1492).
StAZ Nr. 5: *Plitzko,* Die Auswirkungen des Generationenschnitts auf Art. 23 Satz 1 EGBGB und das Zustimmungserfordernis nach dem

Friederike Gebhard
Impfpflicht und Grundgesetz
Eine verfassungsrechtliche Analyse der Einführung einer allgemeinen Impfpflicht

2022. XX, 612 Seiten (Studien und Beiträge zum Öffentlichen Recht 55). Leinen
ISBN 978-3-16-161167-4; eBook ISBN 978-3-16-161168-1
€ 114,–

Eine allgemeine Impfpflicht greift in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit ein. Friederike Gebhard widmet sich der Frage, unter welchen Voraussetzungen dieser Eingriff mit der Erfüllung der Schutzpflicht für die körperliche Unversehrtheit vulnerabler Gruppen gerechtfertigt werden kann und welche Anforderungen an eine verfassungskonforme Ausgestaltung zu stellen sind.

Eine allgemeine Impfpflicht berührt zuallererst das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit der Pflichtadressaten, kann jedoch mit der grundrechtlichen Schutzpflicht für Leben und körperliche Unversehrtheit impfunfähiger Personen gerechtfertigt werden. Beide Dimensionen derselben Gewährleistung stehen sich im Grundrechtsdreieck gegenüber. Friederike Gebhard analysiert die grundrechtliche Schutzpflicht, untersucht, unter welchen Voraussetzungen diese aktiviert wird, und entwickelt Maßstäbe für die Abwägung beider Grundrechtsdimensionen im Rahmen einer Prognoseentscheidung. Dabei zeigt sie, dass die Eingriffsrechtfertigung eine detaillierte Betrachtung der Risiken der jeweiligen Infektionskrankheit und der entsprechenden Impfung voraussetzt, und wendet die entwickelten Maßstäbe exemplarisch auf mehrere Infektionskrankheiten an. Abschließend stellt sie dar, welche Anforderungen bei der einfachgesetzlichen Umsetzung einer Impfpflicht zu beachten sind.

Informationen zum eBook-Angebot: *mohrsiebeck.com/ebooks*

Mohr Siebeck
Tübingen
info@mohrsiebeck.com
mohrsiebeck.com

deutschen Sachenrecht zu einer unter ausländischem Recht abgegebenen Abstammungserklärung (129); *Wall,* Neugeborene ohne gewöhnlichen Aufenthalt i. S. v. Art. 19 Abs. 1 Satz 1 EGBGB? – Zugleich eine Kritik an KG 17. 11. 2020 – 1 W 1037/20 (133).

WM Nr. 19: *Buck-Heeb,* Fortentwicklung des Deliktsrechts durch die Diesel-Entscheidungen des BGH – Ein Überblick zur Haftung aus § 826 BGB – Teil II (893).

WuM Nr. 5: *Gsell,* Dynamischer Mangelbegriff im Mietrecht (249); *Drsado,* Rechtsprechungs- und Literaturübersicht zum vermieteten Wohnungs- und Teileigentum im Jahre 2021 (258).

ZEuP Nr. 2: *Christian Kohler/Puffer/Rosch,* Unionsrecht und Privatrecht: Zur Rechtsprechung des EuGH im Jahre 2020 (366); *D'Onofrio,* Das pactum de non petendo aus einer historisch-rechtsvergleichenden Perspektive (413).

ZMR Nr. 5: *Strake,* Wandfarbengestaltung beim Auszug aus der Mietwohnung – der Schadensersatzanspruch des Vermieters (349); *Tobias Weber,* (Kein) 13-monatiges kostenfreies Wohnen für Mieter (353).

4. Handels- und Gesellschaftsrecht. Wirtschaftsrecht. Immaterialgüterrecht

4.1 Internationales Recht. Europarecht. Ausländisches Recht

DB Nr. 20: *Rammos/Wilken,* Der Data Act – Chancen und Risiken für Unternehmen durch das geplante europäische Datengesetz (1241).

EuZW Nr. 9: *Thiede,* Die Entwicklung der Europäischen Fusionskontrolle 2020 und 2021 (397); *Knäbe,* Gekommen um zu bleiben? 20 Jahre Informationsfreiheit auf EU-Ebene – Teil 2 (408).

GRUR Nr. 10: *Ackermann,* Die „inhärente" Trennlinie zwischen BGH und EPA (683).

ZEuP Nr. 2: *Christian Kohler/Puffer/Rosch,* Unionsrecht und Privatrecht: Zur Rechtsprechung des EuGH im Jahre 2020 (366).

4.2 Deutsches Recht

AG Nr. 10: *Buck-Heeb,* Kausalität bei der Haftung von Wirtschaftsprüfern nach § 826 BGB (337); *Ruthardt/Popp,* Unternehmensbewertung im Spiegel der Rechtsprechung – Entwicklungen im Jahr 2021 (347).

BB Nr. 20: *Bernsau/Hans Beyer,* Sanieren mit dem StaRUG: von der Regelung einer finanziellen Schieflage bis zur Durchsetzung eines Gesellschafterwechsels – ein Praxisbericht (1090); *Gehrlein,* Rechte der Gesellschafter im Restrukturierungsverfahren (1096). – Nr. 21: *Barbara Mayer/Jenne/Miller,* „Rolle rückwärts" – der Regierungsentwurf des Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen (1155).

DB Nr. 20: *Eymann,* Die Refinanzierung und ökonomische Eigenkapital-Unterlegung von Konzerndarlehen unter Beachtung des Bankensektors bei der Zinskalkulation i. S. v. § 1 Abs. 3 Satz 1 AStG (Teil 1) (1209); *Rammos/Wilken,* Der Data Act – Chancen und Risiken für Unternehmen durch das geplante europäische Datengesetz (1241). – Nr. 21: *Eymann,* Die Refinanzierung und ökonomische Eigenkapital-Unterlegung von Konzerndarlehen unter Beachtung des Bankensektors bei der Zinskalkulation i. S. v. § 1 Abs. 3 Satz 1 AStG (Teil 2) (1273); *Gill/Helios,* Wirtschaftliches Eigentum bei Wertpapierdarlehen: Muss das BMF jetzt die Schreiben vom 09. 07. 2021 zur steuerlichen Zurechnung von Aktien revidieren? (1280); *Birkholz,* CSDD-E: Konkrete Sorgfaltspflichten für Unternehmen statt Vorgaben zur Sustainable Corporate Governance? (1306).

DZWIR Nr. 4: *Geißler,* Wegweisungen durch die Systematik und Haftungstatbestände des § 9a GmbHG (173); *Hippeli,* Offensichtliche Verstöße von Angaben in der Angebotsunterlage nach § 15 Abs. 1 Nr. 2 WpÜG (185).

GRUR Nr. 10: *Ackermann,* Die „inhärente" Trennlinie zwischen BGH und EPA (683); *Böhler,* Bis zum Bitteren Ende (689); *Werner,* Die technische Befähigung für den Beruf des Patentanwalts (694); *Paschke/Wiedemann,* Keine Klarnamenspflicht in sozialen Netzwerken (704); *Schoene,* Vitamine im Zutatenverzeichnis (702).

NJ Nr. 5: *Ring,* Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht zum 28. Mai 2022 (206).

NJW Nr. 21: *Harriehausen,* Die aktuellen Entwicklungen im Leasingrecht (1495).

VersR Nr. 10: *Rudkowski/Chrzan/Pott,* Offenlegungspflichten gegenüber VN als Instrument der Förderung grüner Investitionen (601); *Martin Müller,* Der Kostenersatzanspruch gegen den Fahrzeughalter nach Feuerwehreinsätzen (606).

WM Nr. 20: *Guido Hoffmann,* Zur Gestaltung von Vendor-Finanzierungen (945); *Vogt/Hüttemann,* Der neue Entwicklungsförderungsfonds im Kapitalanlagegesetzbuch (954).

ZEuP Nr. 2: *Podszun/Offergeld,* Plattformregulierung im Zivilrecht zwischen Wissenschaft und Gesetzgebung: Die ELI Model Rules on Online Platforms (244); *Christian Kohler/Puffer/Rosch,* Unionsrecht und Privatrecht: Zur Rechtsprechung des EuGH im Jahre 2020 (366).

ZUM Nr. 5: *Grünberger,* Die Entwicklung des Urheberrechts im Jahr 2021 (321); *Malin Fischer/Klostermeyer/Mc Grath,* Urheberrechtliche Zulässigkeit der Archivierung von Prüfungsarbeiten in einer Plagiatssoftware-Datenbank (371); *Stöhr,* Der Modelagentur-Vertrag: Rechtsnatur, Inhaltskontrolle und Datenschutz (379).

5. Zivilprozessrecht. Schiedsverfahrensrecht. Insolvenzrecht. Freiwillige Gerichtsbarkeit

5.1 Internationales Recht. Europarecht. Ausländisches Recht

FamRZ Nr. 10: *Uerpmann-Wittzack,* Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum Familienrecht in den Jahren 2020 und 2021 (749).

GRUR Nr. 10: *Heister,* Ende des Dornröschenschlafs von Art. 17 HBÜ? (699).

WM Nr. 19: *Reichert-Facilides,* Zur Zielvorgabe des Koalitionsvertrages für ein kodifiziertes Staateninsolvenzrecht (897).

ZEuP Nr. 2: *Witt,* Die Beweisanforderungen an die Kommission in der Europäischen Fusionskontrolle – Entscheidung des EuG in der Rechtssache CK Telecoms UK Investments/Kommission (337).

5.2 Deutsches Recht

FamRZ Nr. 10: *Born,* Unterhalt wegen Krankheit (759).

GRUR Nr. 10: *Heister,* Ende des Dornröschenschlafs von Art. 17 HBÜ? (699).

NJ Nr. 5: *Christl,* Die Entwicklung des Familienrechts 2021 (193).

WM Nr. 19: *Buck-Heeb,* Fortentwicklung des Deliktsrechts durch die Diesel-Entscheidungen des BGH – Ein Überblick zur Haftung aus § 826 BGB – Teil II (893).

6. Strafrecht. Kriminologie

6.1 Internationales Recht. Europarecht. Ausländisches Recht

wistra Nr. 5: *Felix Burkhart/Busch,* Die Umsetzung der OECD-Empfehlungen zur Bekämpfung der Auslandsbestechung in Deutschland (189).

6.2 Deutsches Recht

DAR Nr. 5: *Kalus,* Rechtsprechungsübersicht im Verkehrsverwaltungsrecht im Jahr 2021 (241); *Peter König,* Strafgerichtliche Pflicht zur Einholung einer „MPU"? (250); *Koehl,* MPU bei einer BAK ab 1,1 Promille (252).

NJ Nr. 5: *Fromm,* Praxisrelevante Fallkonstellationen im Verkehrsstraf-/Bußgeld- und Verwaltungsrecht (215).

NZWiSt Nr. 5: *Mitsch,* Erpressung mit vergifteten Lebensmitteln (181); *Madauß,* Steuerliche und steuerstrafrechtliche Aspekte einer verdeckten Gewinnausschüttung (185); *Bittmann,* Bargeld: Sicherung und Abschöpfung – Teil 1 (188); *Zeyher,* Das Verfahrenshindernis als strafprozessuale Folge einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation und seine Konsequenzen (197).

wistra Nr. 5: *Dehne-Niemann,* Anerkennung eines zurechnungsausschließenden hypothetischen Einverständnisses bei § 266 StGB durch den BGH? (177); *Schelzke,* Kryptowährungen, Token und das Kapitalmarktstrafrecht (182); *Felix Burkhart/Busch,* Die Umsetzung der OECD-Empfehlungen zur Bekämpfung der Auslandsbestechung in Deutschland (189).

7. Arbeits- und Sozialrecht

7.1 Internationales Recht. Europarecht. Ausländisches Recht

SGb Nr. 5: *Schreiber,* Unionsrecht in der sozialrichterlichen Fallbearbeitung (Teil I) (267).
ZEuP Nr. 2: *Christian Kohler/Puffer/Rosch,* Unionsrecht und Privatrecht: Zur Rechtsprechung des EuGH im Jahre 2020 (366).

7.2 Deutsches Recht

BB Nr. 20: *Flöter/Jakob Friedrich Krüger,* Praxishinweise: Reaktion des Arbeitgebers auf einen Auskunftsantrag nach Art. 15 DS-GVO (1141). – Nr. 21: *Ettlinger,* Wie gewonnen, so zerronnen – Rückzahlungsklauseln aus der anwaltlichen Sicht (1204).
DB Nr. 20: *Haußmann/Zeh,* ESG und Mitarbeiterbefragungen – Arbeits- und Datenschutzrecht (1256). – Nr. 21: *Gaul/Pitzer,* Der Anspruch auf Datenkopie aus Art. 15 DSGVO (1321).
NJW Nr. 21: *Csaki,* Die Entwicklung des Vergaberechts seit 2021 (1502).
SGb Nr. 5: *Kluckert,* Rechtsfragen der Beschaffung und Verteilung knapper Gesundheitsgüter durch staatliche Stellen während einer Gesundheitsnotlage (257); *Schreiber,* Unionsrecht in der sozialrichterlichen Fallbearbeitung (Teil I) (267); *Bigge/Peters-Lange,* Fremdpersonaleinsatz und Haftung für rückständige Sozialversicherungsbeiträge (274); *Engelmann,* „Pauschaliert", aber nicht „fiktiv" – Zur Berechnung des Kurzarbeitergeldes für „echte Grenzgänger" aus Frankreich (282); *Jan Henrik Fischer,* Zehn Jahre Mehrbedarf dezentrale Warmwassererzeugung (288).
ZEuP Nr. 2: *Christian Kohler/Puffer/Rosch,* Unionsrecht und Privatrecht: Zur Rechtsprechung des EuGH im Jahre 2020 (366).

8. Steuerrecht

8.2 Deutsches Recht

BB Nr. 20: *Rüsken,* BB-Rechtsprechungsreport zum Strom- und Energiesteuerrecht 2021 (1111); *Patek,* Vorteilhaftigkeitsanalyse zu Körperschaftsteuer-Optionsregelung des § 1a KStG (1131). – Nr. 21: *Goedecke/Meissner,* Fremdenverkehrsbeitrag in Baden-Württemberg – allgemeine Übersicht und ausgewählte Rechtsprobleme (1174).
DB Nr. 20: *Eymann,* Die Refinanzierung und ökonomische Eigenkapital-Unterlegung von Konzerndarlehen unter Beachtung des Bankensektors bei der Zinskalkulation i. S. v. § 1 Abs. 3 Satz 1 AStG (Teil 1) (1209); *Kraft/Hohage,* Kaufpreisallokation beim Erwerb von Mitunternehmeranteilen unter Buchwert (1218); *Krechel/Hoyndorff/Philip Braun,* Die Einlagelösung des KöMoG und ihre Auswirkungen auf die praktischen Tätigkeiten sowie Prozesse von Konzernsteuerabteilungen (1226). – Nr. 21: *Eymann,* Die Refinanzierung und ökonomische Eigenkapital-Unterlegung von Konzerndarlehen unter Beachtung des Bankensektors bei der Zinskalkulation i. S. v. § 1 Abs. 3 Satz 1 AStG (Teil 2) (1273); *Gill/Helios,* Wirtschaftliches Eigentum bei Wertpapierdarlehen: Muss das BMF jetzt die Schreiben vom 09. 07. 2021 zur steuerlichen Zurechnung von Aktien revidieren? (1280); *Moritz,* Einkünftekorrekturen nach § 1 Abs. 1 AStG bei Teilwertabschreibungen auf unbesichert im Konzern begebene Darlehensforderungen (1287).
NZWiSt Nr. 5: *Madauß,* Steuerliche und steuerstrafrechtliche Aspekte einer verdeckten Gewinnausschüttung (185).
SGb Nr. 5: *Engelmann,* „Pauschaliert", aber nicht „fiktiv" – Zur Berechnung des Kurzarbeitergeldes für „echte Grenzgänger" aus Frankreich (282).
wistra Nr. 5: *Felix Burkhart/Busch,* Die Umsetzung der OECD-Empfehlungen zur Bekämpfung der Auslandsbestechung in Deutschland (189).

Christoph Möllers
Staat als Argument

2., unveränderte Auflage mit aktualisierter Einleitung; 2011. LXVIII, 488 Seiten. fadengeheftete Broschur ISBN 978-3-16-150783-0 € 94,–

Christoph Möllers Untersuchung zur Bedeutung der deutschen staatstheoretischen Tradition für die Dogmatik des deutschen Verfassungsrechts ist eine methodische Handreichung gegen etatistische Zumutungen im Gewand verfassungsrechtlicher Argumente.

Die unveränderte Neuauflage ist mit einer aktuellen Einleitung versehen, die die einschlägigen Entwicklungen des letzten Jahrzehnts darstellt und analysiert. »Staat als Argument« fragt nach der argumentativen Bedeutung des Staatsbegriffs im deutschen Verfassungsrecht. Christoph Möllers untersucht zunächst fünf Autoren der staatsrechtlichen Tradition vor Inkrafttreten des Grundgesetzes: Georg Jellinek, Hans Kelsen, Carl Schmitt, Rudolf Smend und Hermann Heller. Im zweiten Teil geht er anhand ausgesuchter staatstheoretischer Begrifflichkeiten – Staat als Einheit, als Träger des Gewaltmonopols, als Verfassungsvoraussetzung, Staatszwecke – methodisch zulässigen und problematischen Verwendungsweisen des Staatsbegriffs im Verfassungsrecht des Grundgesetzes nach. Abschließend widmet er sich Rechtsproblemen, in denen der Staatsbegriff Verwendung findet: Staatlichkeit als Schranke der Grundrechtsgeltung, als Eigenschaft föderaler Glieder und als Grenze der europäischen Integration.

Maßgeschneiderte Informationen: *www.mohrsiebeck.com*

Mohr Siebeck
Tübingen
info@mohrsiebeck.com
mohrsiebeck.com

Unter **www.juristenzeitung.de** finden Sie:

- Eine Kurzbeschreibung der **JuristenZeitung** mit Informationen über die Herausgeber sowie die aktuellen Bezugsbedingungen.
- Ausführliche Inhaltsverzeichnisse der aktuellen Hefte mit *abstracts* der einzelnen Beiträge.
- Informationen zur Einreichung von Manuskripten.
- Probeartikel und Probehefte im Volltext.

Festschrift

Natural Resources and International Law – Developments and Challenges. A Liber Amicorum in Honour of **Stephan Hobe.** Herausgegeben von Michael Lysander Fremuth, Jörn Griebel und Robert Heinsch. – Baden-Baden: Nomos Verlag, 2021. 321 S.; Hardcover: 86,00 €. ISBN: 978-3-8487-8441-7.

Contents

Charlotte Kreuter-Kirchhof: Energy as a Resource for Sustainable Development. The need for good governance in the energy sector (11).
Heike Krieger/Jonas Püschmann: Securing of Resources as a Valid Reason for Using Force? A Pre-Emptive Defence of the Prohibition an the Use of Force (27).
Thilo Marauhn/Barry de Vries: Natural Resources in Times of Occupation (57).
Nico Schrijver: Integrating Sustainable Management of Mineral Resources into International Mining Law (75).
Leopold von Carlowitz: Extractives for Development: Orientation and Activities of German Development Cooperation in the Mining Sector (93).
Hans-Georg Dederer: Resources and Trade Law (125).
Michael Lysander Fremuth: Resource Mining and Human Rights (145).
Steven Freeland: Crimes against the Environment? The Deliberate Destruction of the Natural Environment and Natural Resources during War (197).
Bimal N. Patel: Resource Mining and Law of the Sea: Evolving Issues and Challenges for the Indian State Practice (221).
Irmgard Marboe: Space Resources and Property Rights – Unilateral and Multilateral Approaches (231).
Marc Bungenberg: Natural Resources and Investment Law, in particular Investor-State Contracts (257).
August Reinisch: Resources and Investment – Understanding and Misunderstanding the Friction between the Right to Regulate and Investor Protection (273).
Manjiao Chi: Reforming International Investment Treaties for an Equitable Natural Resource-Related Investment Governance Regime (291).
Christian J. Tams: Authority over Natural Resources: No End of Geography (307).
Stephan Hobe: Final Word: An International Regime for the Exploitation of Natural Resources. Proceedings of an international symposium in March 2018 in Ladenburg (321).

Impressum

JuristenZeitung – JZ

Herausgeber
Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Würzburg
Prof. Dr. Matthias Jestaedt, Freiburg
Prof. Dr. Florian Möslein, LL.M. (London), Marburg
Prof. Dr. Astrid Stadler, Konstanz

Prof. Dr. Bernhard Großfeld, Münster (bis 2000) · Prof. Dr. Dr. h.c. Herbert Roth, Regensburg (bis 2021) · Prof. Dr. Christian Starck, Göttingen (bis 2006) · Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner, Freiburg (bis 2012)

Redaktion
Martin Idler, v.i.S.d.P.
Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen
Telefon (0 70 71) 9 23-0 oder -52
Telefax (0 70 71) 9 23-67
e-mail: jz@mohrsiebeck.com

Hinweise für Autoren
Zuschriften und Manuskripte werden an die Redaktion erbeten. Informationen zur Manuskripteinreichung, den dabei zu übertragenden und den beim Autor verbleibenden Rechten sowie formale Hinweise zur Manuskriptgestaltung finden Sie unter www.juristenzeitung.de in der Rubrik „Manuskripte".

Erscheinungsweise
Pro Jahr erscheint ein Band zu je 23 Heften.

Abonnements
Informationen zu Abonnements finden Sie unter: www.juristenzeitung.de in der Rubrik „Abonnement". Bei Fragen zum Bezug der Zeitschrift wenden Sie sich bitte an journals@mohrsiebeck.com.

Onlinezugang
Im Abonnement für Institutionen und Privatpersonen ist der freie Zugang zum Online-Volltext auf der Verlagswebsite enthalten. Nähere Informationen zur Registrierung und den besonderen Anforderungen für institutionelle Nutzer finden Sie unter: www.mohrsiebeck.com/elektronische-publikationen.

Hinweis
© 2022 Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Tübingen. Die Zeitschrift einschließlich aller ihrer Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Vervielfältigung und Verbreitung in gedruckter oder elektronischer Form, die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen sowie die Übersetzung. Anfragen hierzu richten Sie bitte an rights@mohrsiebeck.com.

Anzeigenservice
Tilman Gaebler
Postfach 113, 72403 Bisingen
Telefon (0 74 76) 34 05
Telefax (0 74 76) 34 06
tilman.gaebler@t-online.de
V.i.S.d.P.: Kendra Mäschke im Verlag

Verlag
Mohr Siebeck GmbH & Co. KG
Postfach 20 40, 72010 Tübingen.
www.mohrsiebeck.com
info@mohrsiebeck.com

Printed in Germany
Gesamtherstellung:
Gulde-Druck GmbH, Tübingen

Konzeption der Typographie von Brigitte und Hans Peter Willberg, Eppstein.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier entsprechend ANSII NISO Z39.48-1988.

ISSN 0022-6882 (Gedruckte Ausgabe)
ISSN 1868-7067 (Online-Ausgabe)

ISSN 0022-6882
DOI: 10.1628/jz-2022-0217
© Mohr Siebeck 2022