



Bonner Rechtsjournal

Liebe Leserinnen und Leser,

der Klimawandel bedeutet nicht nur politische und gesellschaftliche Veränderungen, sondern birgt zugleich neue rechtliche Herausforderungen. Eine Herausforderung für Studierende kann auch das Verfassen der Seminararbeit darstellen. So bietet diese Ausgabe neben dem Fokus auf die Bedeutung des Klimawandels im Recht gleichzeitig drei herausragende Seminararbeiten sowie vorab einen didaktischen Beitrag zum Verfassen einer Seminararbeit.

In einem einleitenden Interview stellt Prof. Dr. *Christian Theobald* das sich insbesondere in den letzten zwei Jahrzehnten etablierte Rechtsgebiet des Energierechts vor. Dabei thematisiert er den Prozess der Vereinheitlichung des Energierechts auf EU-Ebene und analysiert aktuelle Maßnahmen im Rahmen der Energiewende und des Klimaschutzes sowie die Einführung von Preisbremsen.

Im Anschluss beleuchten *Karolin Jung* und Dr. *Dominik Snjka* die Vorlagepflicht von Artenschutzgutachten in der Vorhabenplanung. *Henrik Burbach* und *Sophie Kammerer* setzen den Fokus auf das Wohnen in der Energiekrise und stellen Maßnahmen zur Erreichung des im Klimaschutzgesetz verankerten Ziels der Dekarbonisierung des Gebäudesektors dar. Schließlich befasst sich Dr. *Johanna Fournier*, LL.M. in Ihrem Beitrag – außerhalb des Fokus, dafür aber mal mit einem wirklich ganz anderen Blickwinkel auf unser Recht – mit der Kombination aus Recht und Popkultur im Rahmen eines in der Serie Star Trek: Deep Space Nine dargestellten Falles.

Sodann eröffnet Dr. *Kevin Franzke* das „Seminararbeiten-Spezial“ mit einem Beitrag, der aus Sicht eines Prüfers verschiedenste Tipps und Tricks für Seminararbeiten an die Hand gibt. Anschließend folgen drei Seminararbeiten, die zwar gekürzt wurden, gleichwohl aber als praktische Beispiele für überdurchschnittliche Leistungen dienen. Die Themen sind alle gleichsam spannend und aktuell, so verschafft *Lennard Walker* einen Überblick über das Institut der Neutralität im Völkerrecht und beschreibt in diesem Zusammenhang den Sonderfall des Ukrainekrieges. *Peter Grunwald* erläutert, warum die Abwesenheit von Interessenkonflikten eine notwendige Voraussetzung für die Anwendung der Business Judgment Rule darstellt und schließlich geht *Manuel Beh* der Frage nach, ob die internationalen Menschenrechte in der Lage sind, eine solidarische Verteilung der Covid-19-Impfstoffe in der Welt zu erreichen.

In unserer Rubrik „Studium“ stellen wir Ihnen in dieser Ausgabe zwei herausragende Abschlussklausuren der Vorlesungen BGB AT und Staatsrecht I aus dem Sommersemester 2022 vor. Passend zum Fokus Klimaschutz in dieser Ausgabe beschreibt Dr. *Cornelia Karla Nicklas* Ihre Tätigkeit als Leiterin Recht der Deutschen Umwelthilfe e. V.

Zudem freuen wir uns, unseren Leserinnen und Lesern mit den Professorinnen *Susanne Lilian Gössl*, *Birke Häcker* und *Shu-Perng Hwang* drei neue Mitglieder unserer Fakultät vorzustellen. Außerdem präsentiert *Kathrin Rieger* die Klausurenklinik des Bonner Examenskurses und gibt Anregungen zur richtigen Klausurmethodik.

Unser herzlicher Dank gilt wie stets allen mitwirkenden Autorinnen und Autoren sowie unserem Interviewpartner, unserem Kuratorium sowie insbesondere dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Bonn für die fortwährende Unterstützung.

Wir wünschen Ihnen eine spannende und anregende Lektüre!

F. Dortmann

Fine Dortmann

Helena Falke

Helena Falke, LL.B.

A. Stephy

Antonetta Stephy

Herausgeberinnen des Bonner Rechtsjournals

In dieser Ausgabe

1

Nationale Energiepolitik erfordert eine dezentrale Umsetzung

Interview mit Herrn Prof. Dr. *Christian Theobald*, Rechtsanwalt, Honorarprofessor an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften, Speyer

Aufsätze

Dominik Snjka/Karolin Jung

11

Die Artenschutzprüfung in der Vorhabengenehmigung – Eine Aufgabe des Vorhabenträgers?

Hendrik Burbach/Sophie Kammerer

17

Wohnen in der Energiekrise und danach – Aktuelle (energie-)rechtliche Herausforderungen der Immobilienwirtschaft

Johanna Fournier

23

Eine Rechtslücke in fiktionalem Recht: Ist Jadzia Dax aus Star Trek: Deep Space Nine eine Gesellschaft?

Seminararbeiten-Spezial

| | |
|---|----|
| <i>Kevin Franzke</i> | 29 |
| Die (Pro-)Seminararbeit als Aufgabenstellung im rechtswissenschaftlichen Studium – Grundsätzliches, Neues, Zeitloses | |
| <i>Lennard Walker</i> | 40 |
| Die Unterstützung angegriffener Staaten und die Neutralität im Völkerrecht | |
| <i>Peter Grunwald</i> | 46 |
| Interessenkonflikte und die Business Judgment Rule | |
| <i>Manuel Beh</i> | 52 |
| Menschenrecht auf Covid-19-Impfstoffe? – Eine Frage völkerrechtlicher Solidarität | |

Studium

| | |
|---|----|
| <i>Ebba Neifer</i> | 58 |
| Abschlussklausur: BGB AT | |
| <i>Eva Blanz</i> | 62 |
| Abschlussklausur: Staatsrecht I | |
| <i>Cornelia Karla Nicklas</i> | 66 |
| Juristische Tätigkeit in einem Umweltverband | |

Fakultät

| | |
|--|----|
| <i>Susanne Lilian Gössl</i> | 68 |
| Professorenvorstellung | |
| <i>Birke Häcker</i> | 71 |
| Professorenvorstellung | |
| <i>Shu-Perng Hwang</i> | 73 |
| Professorenvorstellung | |
| <i>Kathrin Rieger</i> | 75 |
| Klausurtechnik im Ersten Staatsexamen | |

Nationale Energiepolitik erfordert eine dezentrale Umsetzung

Interview mit Herrn Prof. Dr. Christian Theobald, Rechtsanwalt, Honorarprofessor an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften, Speyer*



Foto: Nanna Heitmann

BRJ: *Lieber Herr Professor Theobald, wir bedanken uns sehr für Ihre Zeit! Bevor wir mit den Fachfragen beginnen, zunächst einmal zu Ihnen: Ihren beruflichen Werdegang haben Sie mit einer Ausbildung als Bankkaufmann begonnen, da stand sicher noch nicht fest, einige Jahre später zu den Energierechtsexperten zu gehören. Was hat Sie in Ihrem Werdegang beeinflusst und wie sind Sie zum Energierecht gekommen?*

Prof. Theobald: Gleich zu Beginn meines Studiums der Rechtswissenschaften in Freiburg i. B. kam ich in Kontakt zum dortigen strafrechtlichen Max-Planck-Institut und war dort einschließlich des Referendariats fast fünf Jahre wissenschaftlicher Mitarbeiter. Der Wunsch, später einmal zu promovieren, entstand schnell. Über mein weiteres Studium der Verwaltungswissenschaften in Speyer sowie an der LSE in London kam ich in Kontakt mit Fragen der Ökonomisierung von Staat und Verwaltung. Dort hat sich mein Interesse für Regulierungsfragen herauskristallisiert. Ich habe mich das erste Mal mit der Staatsaufgabenkritik, der Abgrenzung „Was macht der Markt, was macht der Staat“ beschäftigt; insbesondere auch mit dem Thema Privatisierung, die ja seinerzeit gerade auch in England und den USA groß in Mode war. Als ich aus London zurückkam, habe ich drei Jahre als Assistent

in Speyer gearbeitet und bin damit zu Klaus König zurückgekehrt, dem damals einzigen deutschen Lehrstuhl für Regulierungslehre; derzeit leider unbesetzt.

Durch die Tätigkeit am Lehrstuhl bin ich zu meinem Promotionsthema „Good Governance in der Perzeption der Weltbank“ gekommen. Dabei war ich auch eine Weile zu Recherchezwecken in Washington, wo sich mein Interesse an Regulierungsfragen noch einmal vertieft hat. Parallel zur Assistentenzeit und Promotion habe ich angefangen, mich mit energieregulierungsrechtlichen Fragen zu beschäftigen. Das war die Phase, in der es getrieben aus Brüssel über die beiden Strom- und Gasbinnemarktrichtlinien um 1996 auch in Deutschland mit der Novellierung des alten, noch aus dem Jahr stammenden EnWG von 1935 endlich losging. Diese erste Welle der Veränderungen fiel noch in die Zeit, in der ich in Speyer war. Das war im Grunde auch der Punkt zu sagen, ich befasse mich jetzt intensiver mit der Energiewirtschaft und dem Energierecht in der Erwartung, darin auch anschließend beruflich tätig zu sein; entweder in der Wissenschaft oder in der Rechtspraxis.

Als kleine Anekdote: Als ich 1998 in Berlin meine Tätigkeit als Rechtsanwalt bei BBH begonnen habe, gab es faktisch keine Anwälte für Energierecht. In unserer Kanzlei waren wir zu fünft, in den damals noch rein deutschen Großkanzleien gab es insgesamt vielleicht noch einmal fünf bis sechs Kolleginnen und Kollegen, sonst war da nichts. Das war auch Ausdruck der alten Monopolwirtschaft: Ohne echten Wettbewerb keine Verhandlungsmöglichkeiten, keine zwei Meinungen; kaum Dissens, der vor Gericht gebracht wurde, nur wenige Urteile und Urteilsanmerkungen oder wissenschaftliche Reflektionen. Die Zahl der Dissertationen bspw. war an wenigen Fingern abzuzählen, eine Gesetzessammlung Energierecht als Beck-Texte im dtv haben erstmals meine Frau und ich konzipiert, da hatten wir noch nicht einmal unsere Anwaltszulassungen. Weitere weiße Flecken bei Lehr- und Handbüchern, Kommentaren, Schriftenreihe und Fachzeitschriften haben wir dann rasch erschlossen. Intime Kenntnisse dieser Anfänge sind natürlich heute ein großer Vorteil für die Beratungspraxis. Etwa wenn man sich nach über 30 Jahren Stromeinspeisungsgesetz nun mit der omnipräsenten Energiewende beschäftigt, wobei wir jetzt umgekehrt an einem Punkt angekommen sind, dass das System wieder zu kippen droht, weil es überkomplex geworden ist. Jetzt geht es auch darum, wieder eine Reduktion der Komplexität und

* Das Interview wurde geführt von Sandra Latzko, Valon Salihu und Tessa Spitzley.

Beschleunigung der Verfahren herbeizuführen. Mit dieser spannenden Frage des Verhältnisses zwischen der Liberalisierung der Energiemärkte einerseits und den verschiedenen Ebenen und Formen der Steuerung der Energiewende (inklusive der Verkehrs- und Wärmewende) beschäftige ich mich parallel zu meiner anwaltlichen Tätigkeit auch weiterhin an der Schnittstelle zwischen Praxis und Wissenschaft; insbesondere in meiner Funktion als Honorarprofessor in Speyer in meinen Lehr- und Fortbildungsveranstaltungen sowie der Begleitung des ein oder anderen einschlägigen Promotionsvorhabens.

BRJ: *Könnten Sie noch ein bisschen Klarheit schaffen – was ist überhaupt das Energierecht und wie ist es historisch gewachsen? Aus welchen Rechtsgebieten besteht das Energierecht?*

Prof. Theobald: Das Energierecht ist historisch betrachtet ein Rechtsgebiet, welches fast 200 Jahre alt ist, also im Grunde klassisches Wirtschaftsverwaltungsrecht einerseits aber auch privates Wirtschaftsrecht andererseits. Begonnen hat die Entwicklung im 19. Jahrhundert mit Konzessionen, also einem Thema, das heute wieder topaktuell ist, wenn man hier zum Beispiel an das Land Berlin und die Konzessionsverfahren denkt, die hier geführt wurden und teilweise noch geführt werden.

Damals ging es um die Frage der Wegenutzung und den Aufbau der Energieversorgung. Ausgangspunkt war vielfach die Versorgung von entstehenden Industrieunternehmen; dann nach und nach auch von Städten und Gemeinden; erst mit Gas und dann auch Strom. So war ein Treiber der Wunsch nach öffentlicher Beleuchtung, später die Elektrifizierung von Straßenbahnen. In diesem Zuge wurde zunehmend auch die Versorgung der Bevölkerung insgesamt – Stichwort allgemeine Versorgung mit Strom und Gas – relevant.

Die Treiber der Entwicklungen waren vielfach die Kommunen. Im Grunde ist das also ein Wirtschaftsbereich, der von „unten nach oben“ entstanden ist, also dezentral. Das ist auch heute wichtig, wenn man an die Energiewende denkt, denn diese wird wohl nur funktionieren, wenn sie im Wesentlichen dezentral kombiniert mit zentralen Steuerungsinstrumenten abläuft.

Damals wurden die ersten Leitungen verlegt, vor allen Dingen aber auch kleinere Kraftwerke errichtet, in denen auch Strom erzeugt wurde. Wenn man etwa an Unternehmen wie BASF oder Bayer denkt, haben diese zum einen eine Eigenenerzeugung für sich betrieben, zum anderen aber Überschussstrom an das kommunal-regionale Umfeld weitergeleitet. Dabei wurden mehrere Dinge, heute würde man formulieren Wertschöpfungsstufen vertraglich geregelt, einmal die Erzeugung und Belieferung mit Strom sowie auch in dem Zusammenhang die Benutzung der öffentlichen Wege für die Verlegung und den Betrieb der Leitungen. Wenn man so will, waren das die Anfänge der leitungsgebundenen Energiewirtschaft. Das EnWG von 1935 war die erste grundlegende Kodifizierung im Energierecht. Es war kein „Nazigesetz“ im eigentlichen Sinne, die Gesetzesfassung ging vielmehr weitgehend auf Vorarbeiten aus Weimar zurück. Die Nationalsozialisten haben es dann aber für ihre Zwecke instrumentalisiert und genutzt, um sehr schnell Strom und Gas als Massengeschäft in die Leitungen und gerade auch in die Rüstungsindustrie zu bringen, parallel zum Ausbau sonstiger für den Krieg relevanter Infrastrukturen wie Straßen, Schienen und Flughäfen.

Unter dem Strich kann man sagen, Energierecht im weiteren Sinne ist ein echtes Querschnittsthema. Das zeigt sich deutlich, wenn ich mir meine Rechtswirklichkeit anschau und auch die der Kolleginnen und Kollegen bei uns im Büro. Als ich 1998 angefangen habe, hatte BBH wie gesagt vier bzw. fünf Anwälte, jetzt sind wir allein 250. Dazu kommen noch einmal aktuell 60 Ingenieure, Softwareentwickler, Physiker, Mathematiker; ferner Vertreter aus den Wirtschaftswissenschaften. Ein klassischer Dreiklang von Berufsträgern aus Technik, Wirtschaft und Recht hat sich als praxistauglich erwiesen. Das ist die Energiewirtschaft im weiteren Sinne. Von den Rechtsgebieten ist alles dabei, was man aus dem Wirtschaftsrecht kennt, vom Arbeitsrecht bis zum Zwangsvollstreckungsrecht: Oft geht es um das „Unbundling“ (zu Deutsch „Entflechtung“ oder „vertikale Desintegration von Monopolen“), worüber wir gleich noch sprechen werden. Dabei kann es etwa auch zu Betriebsübergängen kommen, also massiven Eingriffen in die Arbeitswelt, sodass insbesondere auch das kollektive Arbeitsrecht gefragt ist. Beim Zwangsvollstreckungsrecht fallen einem die Lieferanteninsolvenzen der letzten Jahre ein.

Energiewirtschaft und Energierecht sind einem permanenten Wandel unterzogen, nachdem man rund 150 Jahre eine Monopolwirtschaft hatte, ist diese durch die Liberalisierung 1998 massiv aufgebrochen worden. Europäisierung und Liberalisierung waren die Treiber für einen rasanten Transformationsschub in Deutschland. Zudem kam in Deutschland schon ein paar Jahre früher die Wiedervereinigung mit ihren eigenen Auswirkungen auch auf den Energiesektor; ein maßgeblicher Katalysator hierfür war der einzigartige Vergleich vor dem Bundesverfassungsgericht vom 22.12.1992. Das vergisst man heute allzu schnell.

Energierecht im engeren Sinne, das ist tatsächlich alles, was im EnWG und in den Verordnungen steht; wobei wir mittlerweile 40 Verordnungsermächtigungen im EnWG haben. Immer geht es um eine spannende Mischung aus dem privaten und dem öffentlichen Recht.

BRJ: *Und was genau ist Regulierung?*

Prof. Theobald: Regulierung ist ein spannendes Thema, da wir eigentlich rund 150 Jahre davon ausgegangen sind, dass die leitungsgebundene Energiewirtschaft, über die wir jetzt sprechen, ökonomisch und volkswirtschaftlich betrachtet ein (natürliches) Monopol darstellt, ganz nach dem Motto: „Das ist ein Wirtschaftssektor, der ist dem Wettbewerb nicht zugänglich.“ Deswegen hat Ende der 1950er Jahre auch das neu in Kraft gesetzte GWB¹ die Strom-, Gas- und Wasserwirtschaft von den kartellrechtlichen Vorschriften explizit ausgenommen; eben in der Annahme, dass in diesen Bereichen (vereinfacht gesagt) ohnehin kein Wettbewerb möglich sei und man deswegen auch keinen Wettbewerb schützen müsse. Diese Annahme ist nach und nach erodiert; als Stichwort möge die „Essential-Facilities-Doktrin“ aus den USA genügen. Es stellte sich heraus, dass es im Wesentlichen um die (Transport-)Infrastrukturen geht und damit um die sogenannten natürlichen Monopole. Alles, was (dem Transport über ein Netz) vor- und nachgelagert ist, war dann eben doch dem Wettbewerb zugänglich.² Die Frage war aber, wie man das verbleibende natürliche Monopol, also dasjenige auf dem Transportweg zugänglich machen kann für diejenigen, die auf dem vor- und nachgelagerten Markt der Erzeugung, des Handels bzw. des Vertriebs von Strom oder Gas tätig werden wollten. Das war die Geburtsphase verschiedener Überlegungen und Konzepte zur Regulierung von natürlichen Monopolen. Regulierung im eigentlichen Sinne bezieht sich also im Wesentlichen immer auf natürliche Monopole als eine Fallgruppe von Marktversagen.

Das ist auch der entscheidende „Triggerpunkt“ für bzw. in den beiden Strom- und Gasbinnenmarkttrichtlinien gewesen, in Verbindung mit der Schwester oder dem Bruder im Geiste, nämlich dem Unbundling. Das sind, wenn man so will, zwei Seiten derselben Medaille. Regulierung ist klassisches staatliches Steuerungshandeln. Es geht darum, Verhalten von Netzbetreibern als monopolistisches Unternehmen zu beeinflussen. Mit Unbundling habe ich aber auch die Möglichkeit, dieses natürliche Monopolnetz nicht nur durch permanent aufs Neue notwendige Steuerung des Verhaltens zu beeinflussen, sondern auch dauerhaft durch einmalige strukturelle Veränderungen. Indem man etwa in relevante Funktionen bzw. Eigentum und/oder Besitz eingreift und das natürliche Monopol aus einem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen³ herauslöst. Das kann in unterschiedlichen Intensitätsformen erfolgen, informatorisch und buchhalterisch sind die schwächsten Eingriffsformen auch im Sinne des deutschen und europäischen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Es gibt daher gesteigerte Intensitäten, also operationelles Unbundling und gesellschaftsrechtliches Unbundling bis hin zur Zerschlagung, nämlich dem Ownership Unbundling.

Und es ist klar, wenn ich ein „knallhartes“ Ownership Unbundling habe, also einen Netzbetreiber, der vollkommen isoliert ist – dem es also egal ist, wer sein Netz nutzt, Hauptsache, er bezahlt dafür – der hat im Zweifel auch keine Interessen, jemanden zu diskriminieren oder zu bevorzugen. Trotzdem existiert damit noch nicht automatisch ein „Als-Ob“-Wettbewerb, sondern es ist immer noch eine Preiskontrolle *ex post* oder aber *ex ante*, da Angebot und Nachfrage den Preis im natürlichen Monopol auf den Transportwegen nicht bestimmen können. Das heißt, ich benötige immer einen Rest an regelmäßiger Verhaltenssteuerung. Aber je stärker ich auf der zweiten Seite der Medaille eingreife, desto weniger oder mehr Intensität benötige ich bei der *ex ante*-Regulierung; möglicherweise reicht irgendwann auch der Rückgriff auf die *ex post* wirkenden kartellrechtlichen Instrumente der Missbrauchsaufsicht.

BRJ: *Sie haben eben bereits angesprochen, dass einige Regelungen nicht mehr national, sondern auf europäischer Ebene erfolgen. Welche Entwicklung hat dieser Prozess der Vereinheitlichung auf EU-Ebene im Energierecht genommen, gerade, seitdem es die Strom- und Gasrichtlinie Ende der 90er-Jahre gibt und ist diese Entwicklung aus Ihrer Sicht abgeschlossen? Erwarten Sie weitere Vereinheitlichungen auf EU-Ebene?*

Prof. Theobald: Ursprünglich hatte Europa ja gar keine Kompetenz im Bereich des Energierechts, sondern nur im Bereich der Warenverkehrsfreiheit. Deshalb war hier die zentrale Entscheidung die Almelo-Entscheidung⁴ zur Warenverkehrsfreiheit: Strom und Gas werden in dieser Entscheidung als ganz normale Kommoditäten eingestuft, das heißt, es ist

¹ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

² Also die Bereiche Erzeugung und Vertrieb.

³ Vgl. Art. 2 Nr. 53 RL 2019/944 (sog. Strom-RL): „ein Elektrizitätsunternehmen oder eine Gruppe von Elektrizitätsunternehmen, in der dieselbe Person berechtigt ist bzw. dieselben Personen berechtigt sind, direkt oder indirekt die Kontrolle auszuüben, wobei dieses Unternehmen bzw. diese Gruppe von Unternehmen mindestens eine der Funktionen Übertragung oder Verteilung und mindestens eine der Funktionen Erzeugung von oder Versorgung wahrnimmt“.

⁴ *EuGH*, Urt. v. 27.4.1994, Rs. C-393/92 – Almelo.

unerheblich, ob man Schweinebäuche, Glasperlen oder aber Strom und Gas transportiert, alles muss europaweit im Sinne der Warenverkehrsfreiheit möglich sein und es darf grundsätzlich keine Behinderungen geben. Weder auf den Straßen noch in den Strom- oder Gasnetzen. Diese Gerichtsentscheidung war der Treiber für die Strom- und Gasbinnenmarkttrichtlinie, wie gesagt, damals noch ohne EU-Energiekompetenz, die dann erst später kam und jetzt auch Grundlage für das Thema Klimaschutz auf europäischer Ebene ist.

Die Regulierung der natürlichen Monopole in der Strom- und Gasrichtlinie, insbesondere mittels Unbundling, waren jedenfalls die Anfänge der Beeinflussung des nationalen Energierechts aus europäischer Sicht. Daneben gab es 2003 und 2009 weitere Beschleunigungsrichtlinien. Damit haben sich die Vorgaben für Regulierung und Unbundling immer weiter verschärft. Das Ownership-Unbundling kam etwa erst im dritten EU-Binnenmarktpaket in die Richtlinie; damit zugleich die Alternativen zum Ownership Unbundling, nämlich ISO (Independent System Operator) und ITO (Independent Transmission Operator) 2011 ins Energiewirtschaftsgesetz hinein.

Es gibt noch viele Gestaltungsspielräume für die nationale Umsetzung, das ist in Art. 194 AEUV auch angelegt; teilweise gibt es nur eine Weichenstellung der Kommission. Umso überraschter war ich von der Kommissionsentscheidung, die dann auch durch den EuGH bestätigt worden ist,⁵ in der der Bundesrepublik Deutschland vorgeworfen wurde, dass die Bundesnetzagentur als Regulierungsbehörde nicht unabhängig genug sei, weil im Grunde die normierende Regulierung des Gesetz- und Verordnungsgebers schon so viel vorweggenommen habe. Tatsächlich ist es so, dass ohne das in der Zeit von 1998 bis 2005 unter Inanspruchnahme der Gerichte nach und nach entwickelte System einer normierenden-administrierenden Regulierung die Marktöffnung im heutigen Sinne gar nicht möglich gewesen wäre. Hinzu kommt, möglicherweise in Brüssel nicht bekannt, dass noch 2005 jedenfalls die maßgeblichen (Netzentgelt- und Anreizregulierungs-) Verordnungen intensiv von Experten aus der Bundesnetzagentur gestaltet wurden. Das was seitens der neuen Marktteilnehmer vor 2005 immer beklagt wurde, nämlich zu wenige öffentlich-rechtliche Vorgaben, hat nunmehr der EuGH als ein Zuviel an Vorgaben kritisiert. Es ist aber müßig, über diese Entscheidung des EuGH zu diskutieren, sie ist jetzt nun einmal in der Welt und wir warten alle darauf, was der nationale Gesetzgeber und die Bundesnetzagentur daraus machen werden.

Was den Klimaschutz angeht und damit auch die Europäisierung der dazugehörigen Rechtssetzung, ist in den letzten Jahren ebenfalls viel passiert. Hier ist es so, dass die nationalen Gesetzgeber bzw. die Mitgliedsstaaten im Grunde versuchen, die europäischen Vorgaben umzusetzen. Beim Thema Wasserstoffregulierung war es interessanterweise andersherum: Der nationale Gesetzgeber in Deutschland war derjenige, der den zweiten Schritt vor dem ersten gemacht hat. In der Regel ist es aber doch so, dass Europa den Takt vorgibt und dann die Mitgliedsstaaten folgen. Das ist eigentlich auch der Befund, wenn man sich etwa das Klima- und Energiepaket, den EU-Klima- und Energierahmen bis 2030 oder den europäische Green Deal von 2019 sowie die Verordnung über das Governance-System für die Energieunion anschaut.

BRJ: *Aktuell steigen die Energiepreise in die Höhe und von vielen Seiten wird immer wieder vorgebracht, dass etwas passieren muss. Woraus bestehen Strom- und Gaspreis? Welche Faktoren beeinflussen die Preisbildung? Inwieweit gibt es dafür einen rechtlichen Rahmen? Wie wird die Preisbildung reguliert?*

Prof. Theobald: Strom- und Gaspreise setzen sich aus einer ganzen Reihe von einzelnen Bestandteilen zusammen. Noch bis zum Beginn der Energie-Ukrainekrise, also bis Ende vorletzten Jahres, konnte man eine Entwicklung festhalten, die im Grunde mit der Liberalisierung 1998 *de jure* begonnen hat, aber faktisch erst richtig 2005 in Deutschland einsetzte, da zu diesem Zeitpunkt der regulierte Netzzugang eingeführt wurde.

Mit der Zeit sind vor allem auch viele andere „Hürden“ geschleift worden, etwa durch diverse Verfahren vor den Wettbewerbsbehörden und insbesondere Gerichtsverfahren. Diese zogen sich durch alle Wertschöpfungsstufen, sie gingen in der Regel auch hinauf bis zum Bundesgerichtshof. Bei den behaupteten Durchleitungsverweigerungsgründen war die Kreativität besonders hoch, einschließlich der Ablehnung aufgrund bereits mit einem anderen (zufälliger Weise dem eigenen) Unternehmen bestehender, zudem kritischer langfristiger Lieferverträge. Da gab es fast nichts, was es nicht gab, also was nicht gegen den Wettbewerb bzw. die hierfür notwendige Durchleitung (bspw. später die sogenannte Netznutzung) technisch, wirtschaftlich und rechtlich eingewendet wurde. Die ersten Jahre waren gerade für Anwältinnen und Anwälte oder auch für die Wissenschaft daher natürlich ein wahres Eldorado.

Man kann sagen, dass sich seit 1998 bezogen auf die Energiepreise die Effekte der Liberalisierung tatsächlich gezeigt haben. Auch die Netznutzungsentgelte als Preisbestandteil waren im Rahmen des verhandelten Netzzugangs im Durch-

⁵ *EuGH*, Urt. v. 2.9.2021, Rs. C-718/18 – Kommission v. Deutschland.

schnitt bereits leicht gesunken bzw. weniger stark angestiegen. Die Liberalisierung führte insofern zu einer gewissen Selbstdisziplinierung. Das Kostenbewusstsein begann sich in den Unternehmen zunehmend stärker auszubilden.

Warum sind die Preise aber gesunken? Das waren Abwehrmechanismen im Markt, weil dann doch neue Marktteilnehmer, etwa aus den USA, aber auch aus dem europäischen Ausland, nach Deutschland kamen. Um hier in den Markt einzutreten, haben sie sehr günstige Angebote gemacht und die etablierten Energieversorgungsunternehmen mussten dann reagieren, indem sie selbst noch günstigere (Unterbietungs-) Angebote gemacht haben. Trotzdem merkte man dann aber, so richtig funktioniert das immer noch nicht mit der Netznutzung und der Netzentgeltregulierung; das war im Wesentlichen in den Jahren 2001 und 2002, als die ersten Unternehmen und Newcomer auch schon aufgegeben oder sich aus dem deutschen oder europäischen Raum wieder zurückgezogen haben.

Zu denken ist etwa an die Enron-Pleite⁶. Diese hat zwar mit der Liberalisierung in Deutschland nicht direkt zu tun, aber dennoch war Enron ein großer Marktöffner in Deutschland und in Europa. Jeder wollte die Amerikaner kennenlernen, die den europäischen Markt aufmischten. Dann waren sie plötzlich weg – wegen Bilanzfälschungen. Andere wiederum haben sich zurückgezogen, weil sie gemerkt haben, dass sie zwar gute Preise bieten können, aber Transport und Netznutzung haben nicht funktioniert bzw. waren schlicht zu kompliziert. Mit dem Rückzug sind dann die Preise auch wieder gestiegen.

Zwar führte bereits der verhandelte Netzzugang zu einer gewissen Domesticizierung und Selbstdisziplinierung der Netzbetreiber. Aber der eigentliche Impact kam doch über die Fremdregulierung, über klassische Verwaltungsverfahren; mit *ex ante*-Genehmigungen der Netzentgelte für jeden einzelnen Netzbetreiber, die als Verwaltungsakte anschließend bemerkenswerterweise nicht vor den Verwaltungsgerichten, sondern vor den Oberlandesgerichten bzw. dem Bundesgerichtshof überprüft werden können. Mit der Regulierung 2005 in EnWG und Netzverordnungen, also dem Umschwung vom verhandelbaren zum regulierten Netzzugang, mussten erstmalig 800 Netzbetreiber Genehmigungsanträge für die Netzentgelte stellen. Dabei wusste kaum jemand, wie man so einen Antrag rechtskonform formuliert und wie man rechtsicher kalkuliert. Auch auf Behördenseite wusste man anfangs nicht so genau, wie man damit eigentlich umzugehen hat; auch und gerade angesichts hunderter zeitgleich zu bearbeitender Genehmigungsanträge. Als es dann endlich funktionierte, kam es dazu, dass die durchschnittlichen Netzentgelte in der Zeit 2006 bis 2008, also noch vor Beginn der 2009 einsetzenden Anreizregulierung über die Anreizregulierungsverordnung, bereits um rund 15 % gesunken waren.

Warum sind dann die Strom- und Gaspreise später trotzdem gestiegen? Das waren die Auswirkungen des Oligopols auf der Stromerzeugungstufe, also auf einer dem regulierten Netz vorgelagerten, dem Wettbewerb zugänglichen Wertschöpfungsstufe. Dort bestand ein enges Oligopol aus Atomkraft-, Braun- und Steinkohlekraftwerksunternehmen. Die jeweiligen Abnehmer hatten sehr hohe Beschaffungspreise zu tragen – das führte zu dem Strompreisanstieg im weiteren Verlauf.

Wenn man in die Gegenwart schaut und das Jahr 2022 nimmt, lag beim durchschnittlichen 4-Personen-Haushalt mit 3500 kWh Verbrauch die Kilowattstunde bei 36 Cent. Davon betrug das Netzentgelt acht Cent (das waren früher auch schon durchaus mal mehr!). Der eigentliche Energiepreis für Erzeugung und Beschaffung sowie Verkaufskosten und Marge lag ungefähr bei 13,5 Cent und der größte Brocken, 14,4 Cent, entfiel auf Steuern, weitere Abgaben und Umlagen. Dieser Anteil ist seit 1998 stark gestiegen, auch getrieben durch Umweltgesichtspunkte, EEG-Umlagen usw.

Und beim Gas ist es ähnlich: Der Netzentgeltbereich beträgt beim Haushaltskunden rund 6,7 Cent pro kWh. Da haben wir aber ähnliche Phänomene mit Steuern und Abgaben, Umlagen auch im ähnlichen prozentualen Bereich. Hier ist es so, dass der Anteil von Beschaffung, Vertrieb und Marge am größten ist, aber da merken wir, dass wir bisher importabhängig waren und die Exporteure auch ein Stückweit die Preise bestimmt haben, weniger der Markt.

BRJ: *Die Rufe nach Preisbremsen für alle Energiearten werden immer lauter, dazu soll auch das angesprochene Energiepreisbremsengesetz beitragen. Kann eine solche Bremse angesichts der europäischen Verflechtungen in der Art auf der nationalen Ebene erfolgen? Wie genau soll die Bremse funktionieren? Ist sie unter juristischen Gesichtspunkten das richtige Mittel der Wahl, um der Energiekrise zu begegnen, oder hätte es hier einen besseren Weg gegeben als mit einem so schnell verabschiedeten Gesetz?*

Prof. Theobald: Schnelligkeit der Gesetzgebung ist ein grundsätzlicher Punkt – die ist im Moment enorm, man kommt als Rechtsanwender gar nicht mehr hinterher.

⁶ Enron war ein großer Energiekonzern in den USA, der infolge eines Skandals wegen Bilanzfälschungen Anfang der 2000er Jahre insolvent ging.

Zurzeit ist es so, dass für das Thema Energiepreisbremsen auf europäischer Ebene im ersten Schritt bereits eine EU-Verordnung in Kraft getreten ist, die genau das vorsieht, was der nationale Gesetzgeber jetzt am 24.12.2022 auch gemacht hat. Es ist also kein nationaler Alleingang gewesen, das Energiepreisbremsengesetz flankiert vielmehr diese Verordnung. Diese Verordnung zu befristeten Notfallmaßnahmen vom 6.10.2022⁷ sieht eine EU weite Obergrenze von 180 Euro pro Megawattstunde vor. Die Markterlöse, die darüber hinaus gehen, können abgeschöpft werden, um dann innerhalb dieses Systems zu einer Umverteilung zu führen. Das soll Kunden, etwa Haushaltskunden und Industrieunternehmen, entlasten. Die Energiepreise werden also subventioniert, um den dortigen Anstieg ein Stück weit zu bremsen. Deswegen auch der Begriff einer „Bremsse“ an der Stelle; es ist eine Erlösabschöpfung auf der einen Seite und eine Umverteilung auf der anderen Seite. Genau das ist auch das Konzept des Gas- und des Wärmepreisbremsengesetzes auf nationaler Ebene. Verkürzt gesagt übernimmt der Staat die Differenz aus dem Vertragspreis und dem festgelegten Referenzpreis für Strom, Gas und Wärme. Flankiert wird dies durch ein spezielles Energiekartellrecht, was aber auch in diesen Fällen die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes eröffnet – nicht der Bundesnetzagentur.

Das Bundeskartellamt ist also mit an Bord und kann in Einzelfällen auch den Versorgern auf die Finger schauen und verhindern, dass die Regelung missbraucht wird. Das System beginnt wohlgerne gerade erst zu greifen. Es war auch eine Rückwirkung zum 1.9.2022 im Gespräch, dann ist es der 1.12.2022 geworden. Möglicherweise sprechen wir dann schon von einer unzulässigen Rückwirkung. Es gibt schon Stimmen, die von einer Verfassungswidrigkeit ausgehen. Dass die Überprüfung noch vor dem Bundesverfassungsgericht landen wird, ist jedenfalls nicht auszuschließen.

Die Anwendung des Gesetzes ist eine große Herausforderung, insbesondere für die Rechtspraxis. Um eine finanzielle Überlastung von Kunden zu verhindern, muss schnell geprüft und bewertet werden, was gar nicht so einfach ist. Einerseits muss der Übertragungsnetzbetreiber mit ins Boot geholt werden, der die Entlastungsbeträge ermitteln und gutschreiben muss, der Lieferant muss die Entlastungsbeträge ermitteln und das Ganze muss dann auch noch beihilferechtlichen Bestimmungen entsprechen.

Die Alternative zu der Vorgehensweise wäre eine steuerliche Abschöpfung von Gewinnen gewesen, wofür sich durchaus auch Marktteilnehmer ausgesprochen haben; jedoch gab es dafür keinen politischen Konsens. Daher hat man sich für das Energiepreisbremsengesetz entschieden. Das Thema Energiebremsen ist aktuell so bedeutsam, dass wir uns dieser Tage im Herausgeberkreis der EnWZ, in dem auch das Bundeskartellamt, die Bundesnetzagentur sowie Unternehmen und Anwaltschaft vertreten sind, entschieden haben, in der Septemberausgabe d.J. hierauf den Schwerpunkt zu setzen.

BRJ: *Springen wir zum Thema Energieversorgungssicherheit: Gib es im europäischen Sekundärrecht Vorgaben, um das im Primärrecht in Art. 194 AEUV festgelegte Ziel der Versorgungssicherheit zu erreichen und Abhängigkeiten vorzubeugen?*

Prof. Theobald: Davon gibt es einige. Eines ist etwa die zum 1.7.2022 novellierte Verordnung 2017/1938 des Europäischen Parlaments vom 25.10.2017, die sogenannte SOS-Verordnung, über Maßnahmen zur Gewährleistung der sicheren Gasversorgung. Diese Verordnung soll den Erdgasbinnenmarkt stärken und einer Versorgungskrise mit einem relativ umfassenden Maßnahmenkatalog vorbeugen, wobei sie auch eine nationale Implementierung enthält. Das wäre ein dreistufiges Eskalationssystem mit dem berühmten Frühwarn-, Alarm- und Notfallstufensystem, das durch die Bundesnetzagentur scharfgeschaltet oder entschärft werden kann. Auf den Vorgaben dieser SOS-Verordnung sind verschiedene nationale Gesetze erlassen bzw. geändert worden: Es gibt etwa entsprechende Anpassungen im Energiewirtschaftsgesetz und mehrere umfassende Novellierungen des Energiesicherungsgesetzes. Darin ist alles enthalten, was Frühwarn-, Alarm- und Notfallstufendefinitionen anbelangt, etwa die Frage, wer wann welche Stufe verhängen darf, unter welchen Voraussetzungen dies erfolgen darf, bis hin zu den Zwangsenteignungs- und Zwangsverwaltungsmöglichkeiten.

Das sind alles Instrumente, die nach vier Novellierungen seit März 2022 im Energiesicherungsgesetz aufgenommen wurden, bis hin zur Sicherung der Gasversorgung mit der Gassicherungsverordnung auf nationaler Ebene.

BRJ: *Und was ist in Sachen Energieversorgungssicherheit in Deutschland bis jetzt passiert? Ist Deutschland unabhängig von russischem Gas?*

Prof. Theobald: Es ist bereits eine Menge passiert. Schon seit geraumer Zeit wird kein russisches Gas mehr nach Deutschland transportiert – jedenfalls nicht unmittelbar. Bei den Lieferketten ist natürlich nicht immer ganz klar, ob nicht vielleicht über Dritt-, Viert- oder Fünftländer doch irgendwie Restpartikel russischen Gases importiert werden, das kann

⁷ VO (EU) 2022/1854 des Rates vom 6.10.2022.

man nicht ganz ausschließen. Und es ist so, dass in den deutschen Speichern teilweise noch Restbestände russischen Gases enthalten sind.

Mittlerweile haben wir aber wieder einen Füllstand von 90 % bzw. 75 % (Stand 16.2.2023) erreicht, insofern sieht es da sehr gut aus. Mittlerweile sind auch – sozusagen in Rekordgeschwindigkeit – die LNG-Anlagen⁸ in Wilhelmshaven, Lubmin und Brunsbüttel hinzugekommen.

BRJ: *Welche rechtlichen Maßnahmen wurden in Deutschland bisher in Sachen Energiewende und Klimaschutz getroffen? Welche Maßnahmen sind in naher Zukunft zu erwarten?*

Prof. Theobald: Der Begriff der Energiewende selbst ist ein schillernder Begriff, der aus den 70er-Jahren stammt, wenngleich unklar ist, wer ihn geprägt hat. Die Reaktorkatastrophe von Tschernobyl 1986 jedenfalls war die Initialzündung für die Gründung des Bundesumweltministeriums, das es zu diesem Zeitpunkt noch nicht gab.

Ein weiterer Schritt war das Stromeinspeisungsgesetz (StrEG) im Jahre 1990. Man erkannte, Atomenergie ist in vieler Hinsicht mit, auch auf der Zeitachse kaum kalkulierbaren Risiken behaftet; fossile Energieträger wurden – als endliche Ressource und auch mit Emissionen verbunden – ebenfalls kritischer gesehen. Weshalb man den Fokus immer mehr auf erneuerbare Energien lenkte. Das Strompreisungsgesetz war hier insofern Vorreiter des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG). Unter der Anwendung des StrEG Energieanlagen ans Netz zu bekommen, war in der Vergangenheit ein mühsames und komplexes Geschäft, das ist dann aber über diverse EEG-Novellen deutlich vereinfacht worden.

Heute gibt es andere Fragestellungen und Hemmnisse, etwa Flächenausweisungen und Abstände zu Wohnbebauungen, Flughäfen sowie das Verhältnis zum Umwelt- bzw. Artenschutz. Derzeit wird etwa daran gearbeitet, dass auch im Einzugsgebiet von Flughäfen großflächig Windenergieanlagen errichtet werden dürfen. Ansonsten haben wir auch weitere Gesetze, die das beschleunigen sollen. Etwa die Änderung des Gesetzes zur Entwicklung und Förderung der Windenergie auf See; das betrifft die Offshore-Anlagen. So ist ein großer Offshore-Park in der Lage, ein großes Atomkraftwerk oder ein großes Kohlekraftwerk zu ersetzen.

Darüber hinaus geht es darum, auch die Wärmewende gerade auf kommunaler Ebene voranzubringen, indem man die Gasbelieferung beispielsweise durch den Einsatz von Wärmepumpen substituiert. An dieser Stelle kommt die Sektorenkopplung ins Spiel. Sektorenkopplung bedeutet, dass Netze und die Erzeugung sowie die Medien Strom, Gas, Wasser und Abwasser wieder ganzheitlich gedacht werden. Ein einfaches Beispiel: Es ist im Sinne der Sektorenkopplung, die erst vor wenigen Jahren in § 1a Abs. 3 EnWG aufgenommen worden, die Wärme aus Abwasserleitungen abzufangen. Ein Haus oder Häuserkomplex etwa erzeugt Abwasser mit einer gewissen Wärme und dann macht es Sinn, die Wärme durch Wärmetauscher aus dem Abwasser „herauszuholen“, bevor es zu einer Kläranlage oder in die nächste öffentliche Leitung fließt. Die so gewonnene Wärme kann dann unmittelbar in das Haus zurückgeführt werden. Das kann man noch mit Wärmepumpen oder mit Geothermie verbinden, die mittlerweile technisch weit entwickelt ist. Mit einer tiefen Geothermie, wir sprechen von 50-60 Meter Tiefe, kann man so viel Wärme fördern, dass diese Gas oder Öl ersetzen könnte. Klar ist natürlich – für den Vorgang braucht man wiederum Strom. Es wird also zu einer stärkeren Elektrifizierung unseres bundesdeutschen Energiesystems kommen.

Deswegen lohnt es sich wiederum, auch dezentral mit Photovoltaik zu arbeiten, um den Strom, der vor Ort für solche Häuser oder Quartierslösungen genutzt wird bspw. mit der Ladesäuleninfrastruktur für den öffentlichen Verkehrsraum sowie den Speichermodulen der Elektroautos zu verbinden.

Man muss sagen, bei erneuerbaren Energien lagen wir letztes Jahr bei fast 50 %. Das ist ein absoluter Rekordwert. Man muss sich aber auch vor Augen führen – 2030 haben wir das Ausbauziel 80 %. Das sind noch sieben Jahre und uns fehlen noch 30 %. Das ist gewaltig. Es muss an dieser Stelle also schneller gehen bspw. mit ganzheitlichen Energie-, Verkehrs- und Wärmewendekonzepten. Die Lösungen müssen ganzheitlich gedacht und dezentral umgesetzt werden, auch unter Berücksichtigung der Frage, wie dabei die Verkehrsflüsse in den Städten beeinflusst werden. Wenn ich irgendwo viele Ladesäulen habe, zieht es viel elektrischen Individualverkehr an.

Ein weiteres spannendes Thema im Zusammenhang mit der Wärmewende ist die gleichermaßen mich anwaltlich und zugleich meine Wirtschaftsprüfungskollegen aktuell beschäftigende Frage: Was passiert eigentlich mit den Gasverteilnetzen? Wenn wir wirklich bis 2045 dekarbonisieren, also aus der Methangasversorgung aussteigen wollen, liegen die Gasnetze weiter in der Erde. Die Unternehmen haben in der Regel Rückbauverpflichtungen, wenn die Anlagen stillgelegt

⁸ Flüssigerdgasterminal (Liquefied natural gas terminal).

werden – das kostet Geld. Möglicherweise kann man die Gasverteilnetze aber nutzen, um Wasserstoff zu transportieren. Das ist durchaus denkbar und auch möglich, schon heute wird häufig in Gasnetzen Wasserstoff beigemischt.

Wenn man dann grünen Wasserstoff hat, der (über Elektrolyse) regenerativ gewonnen worden ist, kann man diesen auch schon heute in Gasverteilnetzen nutzen und in der Gasversorgung ein Stück weit die Energiewende umsetzen, indem das Gas, das dort fließt, zu 30 % bis 40 % durch Anreicherung von Wasserstoff dekarbonisiert wird.

Umgekehrt brodeln derzeit aber auch die Diskussion zum Thema „Wasserstoff als Champagner der Energiewende“. Wer soll, gerade am Anfang in der Hochlaufphase, wenn es noch nicht so viel Wasserstoff gibt, in den Genuss kommen? Sollen das die Haushaltskunden sein, die statt ihrer Gaszentralheizung dann mittels Wasserstoffs heizen? Oder bleibt das erst einmal den stromintensiven Industrien vorbehalten oder auch dem Flugverkehr, für die das natürlich auch eine echte Alternative darstellt? Hier stellen sich nicht ganz einfach zu beantwortende Fragen der Allokation (noch) knapper Güter.

BRJ: *Sie haben eben die Gasverteilungsinfrastruktur erwähnt, die eng mit Genehmigungsfragen verknüpft ist. Haben die Betreiber hier Dauergenehmigungen? Ist der Betrieb oder Nicht-Betrieb der Gasnetze den Betreibern selbst überlassen? Könnten die Betreiber, deren Geschäftsmodell ausläuft, den Betrieb einfach einstellen und die Netze zurückbauen?*

Prof. Theobald: Das ist eine gute Frage und in weiten Teilen noch ungeklärt. Zunächst ist es so, dass es grundsätzlich keine Genehmigungspflichten und damit auch keine Genehmigungen gibt, die irgendwann auslaufen könnten. Umgekehrt ist es so, dass die Leitungen aber typischerweise im öffentlichen Verkehrsraum liegen, der in aller Regel den Kommunen gehört. Diese vergeben Wegenutzungsrechte mit Konzessionsverträgen. Daraus leitet sich dann eine Genehmigung zur Wegenutzung für Verlegung und Betrieb von Leitungen ab. Es handelt sich um keine staatliche Genehmigung im engeren Sinne, sondern eher um eine Wegenutzungserlaubnis, also letztlich um einen nach herrschender Meinung zivilrechtlichen Vertrag. Diese Verträge werden auf der einen Seite von dem Versorgungsunternehmen, respektive dem Netzbetreiber, und auf der anderen Seite von der jeweiligen Kommune geschlossen. Die angesprochenen Rückbauverpflichtungen ergeben sich also nicht aus dem Gesetz – es sei denn, man konstruiert einen Umweg über § 1004 BGB –, sondern sie ergeben sich meist aus den Konzessionsverträgen. Entweder beinhalten diese die Rückbauverpflichtungen oder eben nicht; wenn ja, dann ist es das Recht der Kommune, sie geltend zu machen.

Eine weitere spannende Frage ist mit Blick auf 2045: Was ist, wenn sich Gasversorgungsunternehmen und der Gasnetzbetreiber nun nicht mehr auf Konzessionen bewerben? Da das Konzept der fossilen Gasversorgung nach und nach unwirtschaftlicher wird, besteht die Gefahr des fortlaufenden Rückgangs der Anzahl der Gaskunden und damit der nachgefragten Menge bzw. Transportkapazität. Im Extremfall müsste der letzte verbleibende Kunde die kompletten Netzkosten zahlen. Das macht natürlich kein Kunde, sodass die Unternehmen am Ende des Tages auf dem Geld sitzen bleiben würden, also sich schon jetzt genau überlegen, ob sie sich heute noch auf die Gaskonzessionen bewerben sollen. Hierbei geht es ja um Zeiträume vertraglich von 20 Jahren sowie von 40 oder mehr Jahren technischer Nutzungsdauer. Wir sind also heute schon in den Jahren 2043 bis 2045 angekommen. Das Thema haben wir als Anwälte jetzt schon in zunehmender Zahl auf unseren Schreibtischen.

Scheidet ein Unternehmen tatsächlich aus, dann kann die Kommune vielleicht noch einen anderen Betreiber finden. Nach § 46 EnWG hat der neue Betreiber zwar einen Anspruch gegenüber dem alten Betreiber auf Eigentumsübertragung – er aber muss natürlich das entsprechende Entgelt entrichten, den sogenannten Ertragswert – dem alten Betreiber also alles abkaufen. Die jetzigen Betreiber bekämen jetzt noch Geld, müssten ihrerseits dann in 20 Jahren nicht noch Geld investieren, um die eigenen Leitungen aus der Erde zu reißen; möglicherweise ein heute bereits den Kaufpreis mindernder negativer Ertragswert im Sinne vermiedener späterer Investitionen ohne Gegenwert.

Und was machen die Kommunen? Diese erwarten jetzt schon teilweise nicht mehr von den Unternehmen bei Neuausschreibungen, dass Gasnetze betrieben werden; vielmehr fokussieren sie sich auf Wärmenetze, Stichwort kommunale Wärmewende. Und genau das passiert jetzt auch auf der Landesebene: Länder wie Baden-Württemberg oder Schleswig-Holstein sind mit ihren Landesklimaschutzgesetzen schon seit einigen Jahren Vorreiter.

BRJ: *Sie haben eben schon das Thema Wasserstoff angerissen. Vielleicht können Sie es hier noch einmal zusammenfassen, wie die Regulierung für Wasserstoff gerade aussieht? Welche Unterschiede sieht man vor allem im Vergleich zu Strom- und Gasregulierung?*

Prof. Theobald: Wasserstoff ist ein vielschichtiges Thema, weil wir, ähnlich wie bei Strom, u. a. auch über den Transport von Wasserstoff sprechen. Wir sind also zum einen bei dem Thema Netze: Woher kommen diese notwendigen Netze, müssen sie neu gebaut werden? Können wir Bestandsgasnetze nutzen? Wie ist es mit dem Ownership Unbundling auf dieser Ebene? Die Vorstellung der EU-Kommission ist, dass ab 2030 jedenfalls Gasnetzbetrieb und Wasserstoffnetzbetrieb nicht in einer Hand sein dürfen, sog. „Ownership Unbundling“. Auf europäischer Ebene dominiert diese Vorstellung, aber das letzte Wort ist sicher noch nicht gesprochen. Das Parlament hat dem gerade widersprochen. Eine solche Trennung würde etwa erschweren, was heute unter dem Namen „Kombinetzbetreiber“ zusammenläuft. Hierbei wird ein typisches Gasnetz als Kombinetz betrieben, durch das zwar klassisches Methangas fließt, dieses aber mit Wasserstoff angereichert wird. Dieser Betrieb würde 2030 zum Erliegen kommen. Das würde die Attraktivität, heute in Wasserstoff und die dazugehörige Infrastruktur zu investieren – jedenfalls für die etablierten Gasverteilnetzbetreiber – deutlich reduzieren.

Nach meiner Einschätzung ist diese Trennung kontraproduktiv. Als Beispiel: Ich wohne in Berlin, hier haben wir die Besonderheit, dass wir traditionell früher zwei Stadtwerke hatten, die heute in privater Hand befindlichen Unternehmen GASAG sowie strom- und wärmeseitig die Rechtsnachfolgerinnen der früheren BEWAG. Wenn Sie mit dem Vorstandsvorsitzenden der GASAG sprechen, weiß er, dass 2045 sein Geschäftsmodell tot ist, außer es handelt sich zu 100 % um Biogas – aber woher soll das kommen? Daher ist für ihn natürlich der Wasserstoff eine echte Alternative. Wenn ich aber im Jahr 2023 zu einer Bank gehe mit der Anfrage für die Finanzierung des neuen Geschäftsfelds „Aufbau einer Wasserstoffinfrastruktur“, ich im gleichen Atemzug aber eingestehen muss, dass ich – wegen des vermeintlichen Ownership Unbundlings Gas- und Wasserstoffnetze – spätestens 2030 dieses Geschäftsfeld wieder veräußern – oder alternativ das Geschäftsfeld „Gasnetzbetreiber“ einstellen muss, dann kann man sich die Antwort des Bankmitarbeiters in etwa vorstellen.

Auch tauchen beim Wasserstoff wiederum Fragen der Wegenutzung auf: Wiederum muss ich Konzessionsverträge abschließen, so wie bei Strom und Gas. Und das Ganze vor dem Hintergrund, dass § 46 EnWG, wo es um die Strom- und Gaskonzessionen geht, bisher nicht reformiert worden ist. Noch haben wir kein Konzessionsregime bezogen auf Wasserstoffleitungen, obwohl solche Leitungen heute schon benötigt werden. Wir haben derzeit nur eine Übergangsvorschrift in § 113a EnWG. Da steht: Unter noch laufende Gaskonzessionsverträge, die – also zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der EWG-Novelle – praktisch noch wirksam waren, sollen auch die Wasserstoffleitungen subsumiert werden. Aber was ist, wenn ein solcher Konzessionsvertrag ausläuft? Dann haben wir eben keine rechtliche Regelung, zumindest in der jetzigen Fassung des EnWG. Das hängt insbesondere damit zusammen, dass der Gesetzgeber sich entschieden hat, neben Strom und Gas auch Wasserstoff als dritten Energieträger aufzunehmen. Man hätte alternativ regeln können: Gas im Sinne des EnWG ist auch Wasserstoff. Das wäre eine grundlegend andere Weichenstellung gewesen. Dann hätte man nämlich von vornherein gesagt, alles, was für Gas gilt, gilt auch für Wasserstoff. Das genannte Konzessionsregime gilt dafür und auch die ganze Netzentgeltkalkulatorik. Letztendlich hat man sich in der letzten Legislatur mit der noch damaligen Bundesregierung in der EnWG-Novelle 2021 für eine andere Variante entschieden.

Die Frage ist zudem, woher beziehen wir den grünen Wasserstoff? Wasserstoff muss entweder hier erzeugt werden oder importiert werden. Da sind wir, so wie bei klassischem Gas, nun bei der Frage: Wo kommt der Wasserstoff her? Aus welchen Ländern importieren wir? Im Moment sind wir in Deutschland jedenfalls noch nicht so weit, dass wir selbst Wasserstoff aus erneuerbaren Energien produzieren können. Es wird sicherlich ein Thema sein, auch die Inlandsproduktion stark zu fördern.

Wir sind im Grunde mit dem Wasserstoff heute genau dort, wo wir bei Strom und Gas 1998 waren – nur mit dem Unterschied, dass es da in Deutschland schon über 100 Jahre Strom- und Gasnetze gab, die nicht mehr errichtet werden mussten. In Wasserstoffleitungen hingegen muss erst noch investiert werden. Außerdem war damals bereits Strom und Gas da, konnte aber wegen der Probleme mit der Durchleitung bzw. Netznutzung nicht geliefert werden. Wasserstoffseitig ist es so, dass wir ein funktionsfähiges Regulierungssystem schon heute haben – es fehlt aber an Wasserstoff, und zwar, weil es den zu liefernden Wasserstoff noch nicht gibt. Das müssen wir nun überbrücken und deshalb haben wir auch das Ziel der Dekarbonisierung nicht bis 2025, sondern bis 2045. Da muss man nun an vielen Stellen schrauben, und zwar auf europäischer, nationaler, aber auch auf kommunaler Ebene. Nach meiner Einschätzung darf letztere nicht vergessen werden. Das ist gerade auch auf europäischer Ebene schwierig, weil man in Brüssel zwar die Mitgliedsstaaten wahrnimmt, aber das, was darunter ist, vielleicht nicht mehr so richtig. Gerade in der nationalen Energiepolitik müssen die Kommunen stark eingebunden sein, denn ohne die dezentrale Umsetzung wird es nicht gehen.

BRJ: *Wie sieht es in der Praxis aus: Wie viele Fälle haben Sie tatsächlich bezüglich Wasserstoffs auf dem Tisch? Oder ist das ein Randgebiet, bei dem der Gesetzgeber vorgeprescht, aber die Praxis noch nicht nachgezogen ist?*

Prof. Theobald: Der Gesetzgeber ist zwar vorgeprescht, aber unzulänglich, nicht vollständig. Zumindest hätte man inhaltlich auch anders entscheiden können. Das Thema Wasserstoff ist heute schon ein großes und wird zunehmend immer größer. Gerade die Industrieunternehmen sind auf der Suche nach Wasserstoff. Sie müssen und wollen umstellen. Da ist die Ukraine gerade noch mal ein zusätzlicher Katalysator. Die Industrien haben drastisch reduziert – dass wir im Moment mit den Füllständen so gut dastehen, liegt zwar zum einen daran, dass wir noch einen sehr moderaten Winter haben. Zum anderen ist es aber so, dass der Gasverbrauch in Deutschland aufgrund des Sparverhaltens der Kunden zusätzlich zurückgegangen ist, auch bei Industriekunden. Irgendwo muss ein anderer Energieträger herkommen, da ist Wasserstoff gefragt. Insofern ist das kein Thema, das man erst in ein paar Jahren behandelt, sondern schon heute. In der Tat beraten wir bereits viele Industrieunternehmen ganz konkret bei der Ausgestaltung der Transportmodalitäten und der Ermittlung der Transportentgelte. Hilfreich hierfür sind unsere, bei den etwas älteren Kolleginnen und Kollegen vorhandenen Erfahrungen aus den Anfängen der Strom- und Gasmarktliberalisierung Ende der 90er Jahre.

BRJ: *Lieber Herr Professor Theobald, wir bedanken uns herzlich für Ihre Zeit und die spannenden Einblicke!*

Prof. Theobald: Ich habe zu danken!

Die Artenschutzprüfung in der Vorhabengenehmigung – Eine Aufgabe des Vorhabenträgers?

Dr. Dominik Snjka/Karolin Jung, Bonn*

Der Beitrag befasst sich mit der Vorlagepflicht von Artenschutzgutachten in der Vorhabengenehmigung. Dabei geht er anhand einer überblickhaften Zusammenstellung dem Zusammenspiel der Regelungen in den verschiedenen Genehmigungsregimen sowie der Frage nach, inwieweit für den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsatz der Amtsermittlung nach § 24 Abs. 1 VwVfG aufgrund von zahlreichen spezialgesetzlichen Beibringungspflichten im Umwelt- und Planungsrecht überhaupt noch Raum bleibt. Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass die Zulassungsbehörden sich (mittlerweile) fast vollständig auf die nachvollziehende Prüfung der vorgelegten Unterlagen zurückziehen (können).

A. Problemstellung

Die Biodiversität erfährt nach den Fachprognosen seit Jahrzehnten bislang nie dagewesene Verluste, die auf anthropogene Einflüsse zurückzuführen sind.¹ Vor dem aktuellen Hintergrund der jüngsten Förderprogramme für den Ausbau der Windenergie mag man vermuten, dass sich dieser Trend vorerst nicht wesentlich ändern wird. Daher überrascht es nicht, wenn das zum 1.2.2023 in Kraft getretene sog. „Wind-an-Land-Gesetz“, mit dem das Zwei-Prozent-Flächenziel aus dem derzeitigen Koalitionsvertrag 2021 umgesetzt werden soll,² von den Naturschutzverbänden dahingehend kritisiert wird, dass dem Artenschutz durch die Öffnung von Landschaftsschutzgebieten für den Bau von Windrädern nicht ausreichend Rechnung getragen werde.³

Freilich ist das Spannungsfeld zwischen Infrastrukturausbau einerseits sowie Natur- und Artenschutz andererseits kein neues Phänomen. Insbesondere die unionsrechtlich begründeten Anforderungen des besonderen Gebietsschutzes (§ 34 BNatSchG) und des besonderen Artenschutzes (§§ 44, 45 BNatSchG) haben im letzten Jahrzehnt zu einem

„intensiven Arbeitsbeschaffungsprogramm“⁴ im Bereich der Planungs- und Umweltwissenschaften – einschließlich des Umweltrechts – geführt, und die Artenschutzprüfung stellt bei jeglicher Infrastrukturplanung längst einen der kosten- und zeitintensivsten Faktoren dar.⁵ In der Praxis scheuen die Vorhabenträger aus Sorge um die Vorhabenzulassung – und damit vor allem aus Angst um die damit verbundenen Investitionen – keine Kosten, um durch intensive naturschutzfachliche Begutachtungen im Vorfeld größtmögliche Rechtssicherheit zu erreichen.⁶ Zunehmend sehen sich auch kleinere Investoren und private Bauherren mit der gesteigerten Naturschutzsensibilität der Genehmigungsbehörden konfrontiert. Wie selbstverständlich gehen alle Beteiligten (mitunter in Bagatellfällen) davon aus, dass durch den jeweiligen Antragsteller umfangreiche und kostspielige Gutachten vorzulegen seien, um nachzuweisen, dass z.B. eine signifikante Beeinträchtigung relevanter Arten durch das Vorhaben *nicht* erfolgt. Dies verwundert, liegt doch nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen die Darlegungslast für belastende hoheitliche Maßnahmen – wie Auflagen zum Ergreifen von vorgezogenen Ausgleichsmaßnahmen oder anderen Kompensationsmaßnahmen – in erster Linie bei der öffentlichen Hand.⁷

Vor diesem Hintergrund möchte der vorliegende Beitrag dazu beitragen, die *verfahrensrechtliche* Frage zu ordnen, ob bzw. inwieweit die Artenschutzprüfung in der Vorhabengenehmigung eine Aufgabe des Vorhabenträgers darstellt.

B. Der Untersuchungsgrundsatz und die Mitwirkungspflichten der Vorhabenträger

I. Der Untersuchungsgrundsatz gemäß § 24 Abs. 1 VwVfG

Gemäß § 24 Abs. 1 VwVfG gilt im Verwaltungsverfahren der Untersuchungsgrundsatz, wonach die Behörde den

* Der Autor und die Autorin sind Rechtsanwalt bzw. Rechtsanwältin der Sozietät Redeker Sellner Dahs am Standort Bonn.

¹ Vgl. nur UFZ (Hrsg.), Das Millennium Ecosystem Assessment und seine Relevanz für Deutschland, Leipzig 2006, S. 20 ff.

² Mehr Windenergie für Deutschland, bundesregierung.de, <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/klimaschutz/wind-anland-gesetz-2052764>, Abruf v. 14.2.2023.

³ Dake, Windkraft und Artenschutz – ein Widerspruch?, tagesschau.de, <https://www.tagesschau.de/inland/windkraft-artenschutz-101.html>, Abruf v. 14.2.2023.

⁴ So Klement/Sauerer, in: Reh binder/Schink (Hrsg.), Grundzüge des Umweltrechts, 5. Aufl. 2018, § 5 Rn. 132.

⁵ Schober/Calabro, NVwZ 2022, 115 (116).

⁶ Wegener, ZUR 2010, 227 (227 ff.) zur Kritik an diesbezüglicher staatlicher Willkür.

⁷ Hünnekens, in: Johlen/Oerder, MAH Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2017, § 11 Rn. 12.

Sachverhalt von Amts wegen ermittelt. Gemäß § 26 Abs. 1 VwVfG kann sie sich dabei aller Beweismittel bedienen, die sie nach pflichtgemäßem Ermessen zur Ermittlung des Sachverhalts für erforderlich hält und hierbei u. a. auch Sachverständige heranziehen.

Allerdings muss die Behörde die fachliche Prüfung grundsätzlich selbst vornehmen. Sie kann eine externe Begutachtung der Genehmigungsvoraussetzungen regelmäßig nur dann durchführen lassen, wenn sie aufgrund des vorhandenen personellen Bestandes sowie dessen fachlicher Qualifikation oder der sächlichen Mittel außerstande ist, selbstständig eine Begutachtung durchzuführen. Die Beauftragung eines Gutachtens kommt etwa nur dann in Betracht, wenn es sich um Verfahren von außergewöhnlichem Umfang oder außergewöhnlicher Schwierigkeit handelt.⁸ Vor diesem Hintergrund dürfte eine systematische und flächendeckende Praxis des Einsatzes externer privater Sachverständiger für die Sachverhaltsermittlung im Ausgangspunkt unzulässig sein⁹ und würde – u. a. im Hinblick auf das Demokratie- und das Rechtsstaatsprinzip – auch verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen.¹⁰

II. Allgemeine Mitwirkungsobliegenheit gemäß § 26 Abs. 2 VwVfG

Nach § 26 Abs. 2 VwVfG *sollen* die am Verwaltungsverfahren Beteiligten bei der Ermittlung des Sachverhalts mitwirken. Sie sollen insbesondere ihnen bekannte Tatsachen und Beweismittel angeben. Hiernach kann der private Vorhabenträger beispielsweise gehalten sein, über ihm bekannte besonders geschützte Arten Auskunft zu geben. Die Vorhabenträger sind jedoch in der Regel nicht zu einer Mitwirkung verpflichtet.¹¹ Der Gesetzgeber wollte mit § 26 Abs. 2 VwVfG lediglich eine sog. Mitwirkungsobliegenheit statuieren, keine durch die Behörde rechtlich durchsetzbare Pflicht.¹²

Zurückzuführen ist diese Mitwirkungsobliegenheit auf die Annahme, dass derjenige, der etwas Günstiges – wie einen positiven Bescheid – erhalten will, alles ihm Bekannte vortragen wird, um das Gewünschte zu erreichen.¹³ Eine weitergehende Pflicht, bei der Ermittlung des Sachverhalts mitzuwirken, besteht nur, soweit sie durch Rechtsvorschrift vorgesehen ist. Die Verantwortung der Sachverhaltsermittlung bleibt folglich grundsätzlich bei der Behörde, ihre Ermittlungspflichten werden aber relativiert, indem die Norm eine Risikoverteilung vornimmt für die Beibringung solcher Tatsachen, die aus der Sphäre eines Beteilig-

ten stammen.¹⁴ Die Untersuchungspflicht der Behörde wird durch diese Mitwirkungslast der Beteiligten begrenzt.¹⁵

Allerdings besteht die allgemeine Mitwirkungsobliegenheit – auch aus Gründen der Verhältnismäßigkeit – nur hinsichtlich solcher Umstände, die aus der Sphäre oder dem Erkenntnisbereich des Beteiligten stammen.¹⁶ Vor diesem Hintergrund dürfte es daher zu weit führen, eine grundsätzliche „Nachweispflicht“ über die Erfüllung der naturschutzrechtlichen Anforderungen schon aus allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen zu folgern. Denn hierbei handelt es sich weder um Informationen aus der Sphäre des Vorhabenträgers noch dürften sie beim Vorhabenträger (von Beginn an) vorhanden sein. Einem Vorhabenträger auf der Grundlage des allgemeinen Verwaltungsrechts die Informationsbeschaffung für die Artenschutzprüfung aufzuerlegen dürfte daher unzumutbar sein.¹⁷

C. Besondere Mitwirkungspflichten im Naturschutzrecht (§§ 17, 34, 44 BNatSchG)

Da sich somit aus dem allgemeinen Verwaltungsrecht keine allgemeine Rechtspflicht zur Ausarbeitung und Vorlage aller notwendigen Unterlagen ergibt, stellt sich die Frage, inwieweit direkt aus dem Naturschutzrecht entsprechende Anforderungen erwachsen, mit der Folge, dass auch unabhängig davon, ob das jeweilige Verfahrensregime eine Vorlagepflicht vorsieht, die Ausarbeitung und Vorlage der notwendigen Gutachten von der Behörde eingefordert werden kann.

Tatsächlich ist dies gemäß § 34 Abs. 1 Satz 3 BNatSchG im Bereich der sog. FFH-Verträglichkeitsprüfung der Fall. Danach hat der Projektträger die zur Prüfung der Verträglichkeit sowie der Ausnahmevoraussetzungen nach den Absätzen 3 bis 5 erforderlichen Unterlagen vorzulegen. Der Amtsermittlungsgrundsatz greift insoweit nicht.¹⁸ Kommt der Projektträger dieser Pflicht nicht nach, kann dem Antrag auf Zulassung des Betriebsplans nicht stattgegeben werden und die darauf beruhende Ungewissheit über die habitatschutzrechtliche Bewertung des Vorhabens geht zu seinen Lasten.¹⁹ Die Pflicht aus § 34 Abs. 1 Satz 3 BNatSchG erfordert jedoch nicht, das floristische und faunistische Inventar des betreffenden FFH-Gebiets flächendeckend und umfassend zu ermitteln und anzugeben; es genügt vielmehr, dass auf die für die Erhaltungsziele maßgeblichen Gebietsbestandteile abgestellt wird.²⁰

⁸ *VG Meiningen*, Urt. v. 30.3.1998, 5 K 37/96.Me, Rn. 24 – juris.

⁹ *Bay. VGH*, Urt. v. 12.3.2010, 22 B 09/1187, Rn. 27 f. – juris.

¹⁰ Hierzu näher *Scherzberg*, NVwZ 2006, 377 (383 ff.).

¹¹ *Erbguth*, LKV 1997, 233 (235 f.).

¹² BT-Drs. 7/910, 50.

¹³ Vgl. bereits *BVerwG*, Urt. v. 28.11.1969, VII C 18/69, Rn. 10 – juris.

¹⁴ *Engel/Pfau*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 2. Aufl. 2019, § 26 Rn. 53.

¹⁵ *OVG NRW*, Urt. v. 06.09.1993, 11 A 694/90, Rn. 57 – juris.

¹⁶ *Engel/Pfau*, (Fn. 14), § 26 Rn. 58.

¹⁷ Ausführlicher *Erbguth* (Fn. 11), S. 235.

¹⁸ *Stöckel/Müller-Walter*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 239. EL 2021, BNatSchG § 34 Rn. 10.

¹⁹ *BVerwG*, Beschl. v. 11.5.2015, 7 B 18/14, Rn. 20 – juris.

²⁰ *BVerwG*, Urt. v. 12.3.2008, 9 A 3/06, Rn. 72 ff. – juris.

Eine vergleichbare Regelung für die Artenschutzprüfung als solche sieht das Gesetz dagegen nicht vor; insbesondere können die für den Habitatschutz geltenden Anforderungen nicht unesehen und unterschiedslos auf den Artenschutz übertragen werden.²¹ Vor diesem Hintergrund weist die Fachliteratur – wie eingangs bereits erwähnt – zumeist darauf hin, dass die Prüfung der artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote grundsätzlich der zuständigen Behörde obliegt. Sie habe hierzu sämtliche entscheidungserhebliche Tatsachen und Umstände auf der Grundlage von wissenschaftlichen und ehrenamtlichen Datenbanken, Berichten und Literatur, Abfragen bei Fachbehörden sowie ggf. auch Erfassungen vor Ort zu ermitteln.²² Detaillierte Vorgaben an den Inhalt bzw. die Prüftiefe der Unterlagen existieren ebenfalls nicht.²³ Daher ist primär auf die in der Rechtsprechung aufgestellten Anforderungen zurückzugreifen, nach denen die Prüfung, ob einem Vorhaben naturschutzrechtliche Verbote, insbesondere solche nach § 44 BNatSchG, entgegenstehen, eine (maßgeblich von den naturräumlichen Gegebenheiten im Einzelfall abhängende) ausreichende – aber nicht lückenlose – Ermittlung und Bestandsaufnahme der im Vorhabensbereich vorhandenen Tierarten und ihrer Lebensräume voraussetzt.²⁴ Soweit die Antragsteller die Darlegungspflicht trifft, wirkt die staatliche Sachverhaltsermittlung dabei lediglich als „Auffangnetz bei unzulänglicher Darlegung des Antragstellers“.²⁵

Allerdings darf nicht übersehen werden, dass namentlich im Hinblick auf Kompensationsmaßnahmen für Eingriffe in Natur und Landschaft gemäß §§ 14 ff. BNatSchG (insbesondere Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen) der Vorhabenträger gemäß § 17 Abs. 4 BNatSchG verpflichtet ist, die für die Beurteilung des Eingriffs und der notwendigen Maßnahmen erforderlichen Angaben zu machen. Insbesondere kann die zuständige Behörde die Vorlage von Gutachten verlangen, soweit dies zur Beurteilung der Auswirkungen des Eingriffs und der Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen erforderlich ist. Zu den Kompensationsmaßnahmen gehören dabei u. a. auch die (artenschutzrechtlichen) sog. vorgezogenen Ausgleichsmaßnahmen gemäß § 44 Abs. 5 Satz 3 BNatSchG, mit denen Verstöße gegen die artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände schon vermieden werden sollen (sodass insbesondere keine Ausnahme gemäß §§ 45 Abs. 7 BNatSchG erforderlich wird). Die Darlegung der Anforderungen erfolgt dabei in aller Regel in Form einer „umweltfachlichen Stellungnahme“ oder eines „naturschutzfachlichen Fachbeitrags“ eines geeigneten Fachgutachters.

Damit dürfte sich die Fragestellung im Hinblick auf die einzureichenden Unterlagen letztlich dahingehend verkürzen, inwieweit die Einreichung artenschutzfachlicher Beiträge auch dann erforderlich ist, wenn eine (Vor-)Prüfung

ergeben hat, dass ausgleichs- oder ausnahmpflichtige Beeinträchtigungen insoweit nicht zu erwarten sind. Die Pflicht zur Vorlage einer solchen „Negativbescheinigung“ dürfte sich also – was insbesondere für kleinere Bauvorhaben relevant sein könnte – allenfalls aus spezielleren Unterlagenbebringungs- und Planfeststellungs- und Anlagenehmigungsrechts ergeben.

D. Spezialgesetzliche Bebringungspflichten im Genehmigungsrecht

Wie vorstehend kurz erläutert besteht eine über die Angabe der bekannten Tatsachen und Beweismittel hinausgehende Mitwirkungspflicht nach der Konzeption des § 26 Abs. 2 VwVfG nur, wenn diese spezialgesetzlich geregelt ist.²⁶ Für den Großteil der Vorhaben lassen sich hier Erfordernisse zur Bebringung von aussagekräftigen Unterlagen bereits direkt den Bestimmungen des Bundesnaturschutzgesetzes entnehmen. Gerade in den jeweiligen Gesetzen zur Genehmigung größerer (und damit vor allem auch artenschutzfachlich relevanter) Vorhaben finden sich aber darüber hinausgehende konkretisierende bzw. klarstellende Vorschriften über den Umfang der beizubringenden, prüffähigen Unterlagen.

I. Einreichung des Plans im Planfeststellungsverfahren u. a. gemäß § 73 VwVfG

Hauptvertreter der „großen“ Vorhabengenehmigungen ist das Planfeststellungsrecht gemäß §§ 72 ff. VwVfG, dem der Großteil aller raumgreifenden Bauvorhaben – insbesondere linienförmige Infrastrukturen (Straßen, Schienen, Pipelines, Stromkabel), Deponien sowie größere Bergbauvorhaben und Windenergieanlagen auf See – nach Maßgabe der jeweiligen spezialgesetzlichen Ausgestaltung unterworfen ist (z. B. § 17 FStrG und § 38 StrWG NRW, § 18 AEG, § 43 EnWG, § 35 Abs. 2 KrWG, § 52 Abs. 2a BBergG, § 68 WindSeeG 2023).

Im Hinblick auf die Antragsunterlagen muss dabei nach der „Grundregel“ des § 73 Abs. 1 VwVfG der Vorhabenträger einen Plan mit Zeichnungen und Erläuterungen einreichen, die das Vorhaben, seinen Anlass und die vom Vorhaben betroffenen Grundstücke und Anlagen erkennen lassen. Dabei muss der Antragsteller alle wesentlichen baulichen und technischen Aspekte des Vorhabens darlegen, ohne deren Kenntnis eine Beurteilung des Vorhabens nicht möglich ist. Die Unterlagen müssen der Planfeststellungsbehörde – die sich den Plan durch die Planfeststellung letztlich zu eigen macht – die Gesamtbeurteilung des Vorhabens ermöglichen, und zwar einschließlich der naturschutzrechtlichen Betroffenheiten.²⁷ Die Prüftiefe ergibt sich dabei

²¹ BVerwG, Urt. v. 9.7.2008, 9 A 14/07, Rn. 56 – juris.

²² Gellermann, in: Landmann/Rohmer UmweltR, 99. EL 2022, BNatSchG § 44 Rn. 23 m. w. N.

²³ Schober/Calabro, (Fn. 5), S. 117.

²⁴ Vgl. etwa BVerwG, Urt. v. 9.7.2008, 9 A 14/07, Rn. 53 ff. – juris.

²⁵ BVerfG, Urt. v. 7.5.1998, 2 BvR 1876/91, BVerfGE 98, 83 Rn. 124.

²⁶ Schneider, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, 3. EL 2022, VwVfG § 26 Rn. 28 ff. mit zahlreichen Beispielen.

²⁷ Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs, 10. Aufl. 2022, VwVfG § 73 Rn. 18 ff.

letztlich aus dem betroffenen Fachrecht. Denn gemäß § 75 Abs. 1 Satz 1 VwVfG hat der Planfeststellungsbeschluss Konzentrationswirkung und umfasst daher auch alle notwendigen Genehmigungen, einschließlich etwaig erforderlicher naturschutzrechtlicher Ausnahmebescheide, wobei aber das materielle Fachrecht maßgeblich bleibt. Dabei ist erneut festzuhalten, dass das Naturschutzrecht in § 17 Abs. 4 Sätze 3 bis 5 BNatSchG eigens detaillierte Angaben über die vorzulegenden Unterlagen im Rahmen von Planverfahren enthält: Danach hat bei einem Eingriff, der auf Grund eines nach öffentlichem Recht vorgesehenen Fachplans – zu dem auch Planfeststellungen gehören – vorgenommen werden soll, der Planungsträger die erforderlichen Angaben entweder im Fachplan selbst oder in einem sog. landschaftspflegerischen Begleitplan in Text und Karte darzustellen. Der Begleitplan wird Bestandteil des Fachplans und soll – soweit für das Vorhaben von Belang – auch Angaben zu den zur Sicherung des Zusammenhangs des Netzes Natura 2000 notwendigen Maßnahmen nach § 34 Abs. 5 BNatSchG sowie zu vorgezogenen Ausgleichsmaßnahmen nach § 44 Abs. 5 BNatSchG enthalten. Besonders ausdifferenziert sind die Regelungen über die Vorlage der Antragsunterlagen für die Planfeststellung von – für die Energiewende entscheidenden – Vorhaben des (beschleunigten) Stromnetzausbaus gemäß §§ 18 ff. NABEG. Es wird hier – in Ergänzung der Regelungen der §§ 43 ff. EnWG – gemäß § 19 NABEG ein besonderes Antragsverfahren eingeführt, das noch vor der Konkretisierung des Vorhabens ansetzt und eher einer sog. planerischen Mitteilung entspricht, dass ein Verfahren eingeleitet werden soll. Der Antrag beinhaltet in diesem Stadium aber noch kein endgültig festgelegtes Vorhaben, sondern (lediglich) einen Vorschlag für den beabsichtigten Trassenverlauf sowie in Frage kommende Alternativen und Erläuterungen zur Auswahl zwischen den in Frage kommenden Alternativen unter Berücksichtigung der erkennbaren Umweltauswirkungen (§ 19 Satz 4 Nr. 1 und 2 NABEG).²⁸ Erst im Anschluss werden auf Grundlage der sog. Antragskonferenz von der Bundesnetzagentur als Planfeststellungsbehörde der maßgebliche Untersuchungsrahmen für das weitere Planfeststellungsverfahren und der erforderliche Inhalt der nach § 21 NABEG einzureichenden Unterlagen festgelegt. Dabei kann die Planfeststellungsbehörde gemäß § 21 Abs. 3 NABEG von dem Vorhabenträger die Vorlage von Gutachten verlangen *oder* – als Ausfluss des Amtsermittlungsgrundsatzes²⁹ – auch selbst Gutachten einholen. Vor allem hat die Behörde die eingereichten Unterlagen innerhalb eines Monats auf Vollständigkeit sowie Plausibilität zu prüfen und – soweit sie dies nicht bestätigen kann – den Vorhabenträger unverzüglich aufzufordern, die Unterlagen innerhalb einer angemessenen Frist zu ergänzen (§ 21 Abs. 5 NABEG). Im Ergebnis liegt also im Planfeststellungsrecht die Beibringungslast nahezu vollständig beim Vorhabenträger, der

der Behörde die nachvollziehende Überprüfung der (artenschutz-)rechtlichen Anforderungen im Hinblick auf das – in aller Regel höchst komplexe und vielschichtige – Vorhaben in einem kommunikativen Wechselspiel zu ermöglichen hat und ggf. auch den „Negativbeweis“ zu erbringen hat, dass die artenschutzrechtlichen Anforderungen nicht verletzt sind.

II. Vorlage der Antragsunterlagen gemäß § 10 BImSchG

Nicht wesentlich anders stellt sich die Situation für immissionsschutzrechtliche Genehmigungen gemäß §§ 4 ff. BImSchG dar, nach deren Maßgaben u. a. auch – wie der Großteil aller Industrieanlagen – Windenergieanlagen an Land in aller Regel (d. h. ab einer Gesamthöhe von mehr als 50 Metern) zu genehmigen sind (vgl. Ziffer 1.6 der Anlage 1 der 4. BImSchV).

Eine Pflicht zur Vorlage der notwendigen Unterlagen zur Prüfung, ob ein Verstoß gegen die artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote vorliegt oder die Voraussetzungen für eine Ausnahme oder Befreiung gegeben sind, ergibt sich hier ausdrücklich aus § 10 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 4 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 der 9. BImSchV: Danach bestimmen sich die Anforderungen an den Inhalt der Unterlagen nach den naturschutzrechtlichen Vorschriften.³⁰ Dies ist schlüssig, weil auch der BImSchG-Genehmigung gemäß § 13 BImSchG (weitgehende) Konzentrationswirkung zukommt und daher u. a. naturschutzrechtliche Eingriffserlaubnisse und artenschutzrechtliche Ausnahmen „miterteilt“ werden.

Die notwendigen „Unterlagen“ im Sinne von § 10 Abs. 1 Satz 2 BImSchG umfassen regelmäßig auch Analysen und Prognosen in Form von Fachgutachten. Ob Unterlagen vorzulegen sind, bestimmt sich danach, ob unter Berücksichtigung der Besonderheiten des jeweiligen Vorhabens und seiner Auswirkungen Zweifel an der Genehmigungsfähigkeit bestehen und eventuell Nebenbestimmungen zur Genehmigung geboten sein können. Die Behörde kann folglich verlangen, dass der Antragsteller die Erfüllung bestimmter Anforderungen durch Sachverständigengutachten nachweist.³¹

III. Erarbeitung des UVP-Berichts gemäß § 16 UVPG

Auch im Anwendungsbereich des Gesetzes über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG) gelten weitreichende Mitwirkungspflichten der Vorhabenträger, wobei die maß-

²⁸ Keienburg, in: Theobald/Kühling, Energierecht, 116. EL 2022, NABEG § 19 Rn. 1.

²⁹ Keienburg, (Fn. 28), § 21 Rn. 6.

³⁰ Auch *OVG NRW*, Urt. v. 18.9.2018, 8 A 1886/16, Rn. 80 – juris.

³¹ *OVG Sachsen-Anhalt*, Urt. v. 20.4.2016, 2 L 64/14, Rn. 78 – juris; *Jarass*, BImSchG, 14. Aufl. 2022, § 10 Rn. 31.

gebliche Prüftiefe weiterhin durch das zugrundeliegende Fachrecht bestimmt wird (vgl. § 3 UVPG).³²

Im Hinblick auf die Bebringung hat der Vorhabenträger eines UVP-pflichtigen Vorhabens (§§ 5 ff. i. V. m. Anlagen 1 ff. UVPG) – z. B. die Errichtung einer Windfarm mit 20 oder mehr Anlagen (Ziffer 1.6. der Anlage 1 zum UVPG) – eine sehr weitreichende Ermittlungsverantwortung, auch wenn die zuständigen Behörden verpflichtet sind, bereits vorliegende Informationen, die für die Erarbeitung des UVP-Berichts zweckdienlich sind, zur Verfügung zu stellen.³³ Schon zu Beginn hat der Vorhabenträger der zuständigen Behörde geeignete Unterlagen zu den Merkmalen des Vorhabens, einschließlich seiner Größe oder Leistung, und des Standorts sowie zu den möglichen Umweltauswirkungen vorzulegen, damit die Behörde den maßgeblichen Untersuchungsrahmen für die sich anschließenden fachgutachterlichen Untersuchungen bestimmen kann (sog. Unterrichtung gemäß § 15 UVPG). Gemäß § 16 Abs. 1 UVPG hat der Vorhabenträger dann einen Bericht zu den voraussichtlichen Umweltauswirkungen des Vorhabens (UVP-Bericht) vorzulegen, der die in der Vorschrift im Einzelnen bezeichneten Mindestinhalte aufweisen muss, u. a. eine Beschreibung der zu erwartenden erheblichen Auswirkungen des Vorhabens auf die Umwelt (Nr. 5). Soweit dies für das Vorhaben relevant ist, muss der UVP-Bericht gemäß Ziffern 9 und 10 der Anlage 4 zum UVPG auch eine Beschreibung der Auswirkungen auf Natura 2000-Gebiete sowie die besonders geschützten Arten im Sinne des § 44 BNatSchG enthalten.³⁴

Unter anderem die Artenschutzprüfung obliegt damit im Anwendungsbereich des UVPG den Vorhabenträgern. Gleichzeitig soll die Bebringungslast der Vorhabenträger aber nicht uferlos, sondern zielgerichtet sein. Der UVP-Bericht hat daher (nur) diejenigen Angaben zu enthalten, die die zuständige Behörde in die Lage versetzen, eine begründete Bewertung der Umweltauswirkungen des Vorhabens zu erstellen.³⁵ Auf dieser Grundlage kontrolliert die Behörde dann (im Rahmen der Amtsermittlung) die vorgelegten Angaben auf Richtigkeit und Vollständigkeit und stellt im Zweifelsfall eigene Ermittlungen an (vgl. § 24 Abs. 1 UVPG).³⁶ Sie ist dabei aber verpflichtet, die Unterlagen einer *eigenständigen* rechtlichen Prüfung zu unterziehen³⁷ und selbst eine zusammenfassende Darstellung der Umweltauswirkungen zu erarbeiten.³⁸

IV. Bebringungspflichten nach dem Bauordnungsrecht in Nordrhein-Westfalen

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen erscheinen die Bebringungspflichten im Baugenehmigungsverfahren vergleichsweise diffizil.³⁹ Zwar sind auch gemäß § 70 Abs. 2 Satz 1 BauO NRW mit dem Bauantrag alle für die Beurteilung des Bauvorhabens und die Bearbeitung des Bauantrags erforderlichen Unterlagen (Bauvorlagen) gemäß BauPrüfVO NRW einzureichen; gemäß § 1 Abs. 2 Satz 2 BauPrüfVO NRW kann die Bauaufsichtsbehörde in begründeten Einzelfällen zudem weiterführende Unterlagen einfordern (vgl. auch § 71 Abs. 3 Satz 3 BauO NRW). Allein vom Wortlaut her betrachtet, unterscheiden sich diese Regelungen also nicht wesentlich von den Regelungen im Planfeststellungs- und Immissionsschutzrecht. Wesentlicher Unterschied ist aber die fehlende Konzentrationswirkung der Baugenehmigung. Die Einforderung von Unterlagen kann nur so weit reichen, wie sie Gegenstand der behördlichen Beurteilung des Bauvorhabens sind. Hier ist der behördliche Prüfraum im Einzelnen zu betrachten: Die Bauaufsichtsbehörde prüft gemäß §§ 74 Abs. 1, 64 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 bzw. 65 Satz 1 Nr. 3 BauO NRW zwar auch die Vereinbarkeit mit sonstigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften, dies aber nur soweit deren Einhaltung nicht in einem anderen Genehmigungs-, Erlaubnis- oder sonstigen Zulassungsverfahren geprüft wird.

Im Bereich des Naturschutzrechts ergibt sich damit folgendes Bild:

Bezüglich des FFH-Schutzes (§ 34 BNatSchG) entscheidet die Baugenehmigungsbehörde gemäß § 53 Abs. 2 LNatSchG als Behörde, die das Projekt zulässt, im Benehmen mit der Naturschutzbehörde über die Verträglichkeit eines Projektes mit den Erhaltungszielen eines Natura 2000-Gebietes bzw. die Zulassung des Projektes im Wege der Ausnahme. Zudem entscheidet sie über die Anforderungen des Eingriffsfolgenregimes der §§ 14, 15 BNatSchG gemäß § 17 Abs. 1 BNatSchG i. V. m. § 33 Abs. 1 LNatSchG NRW.

Auch im Rahmen des besonderen Artenschutzes bleibt die Baugenehmigungsbehörde bei bauordnungsrechtlich zu genehmigenden Vorhaben zunächst zuständig, weil sie gemäß §§ 70 Abs. 2 Satz 1 und 74 Abs. 1 BauO NRW auf Grundlage der Antragsunterlagen auch über etwaige Verstöße gegen die artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände des § 44 BNatSchG entscheidet; gemäß § 18 Abs. 3 BNatSchG im Benehmen mit der Naturschutzbehörde, die die Baubehörde durch ihre fachkundige Stellungnahme unterstützen wird. In diesem Rahmen ist es folglich nicht zu beanstanden, wenn die Baubehörde die für die Beurteilung notwendigen Unterlagen einfordert. Hingegen ist die untere Naturschutzbehörde gemäß § 2 Abs. 4 und 6 LNatSchG NRW für Ausnahmeentscheidungen im Rahmen des besonderen Artenschutzes der §§ 44, 45 BNatSchG sowie für die Erteilung von Befreiungen gemäß § 67

³² Namentlich die Artenschutzprüfung sowie die FFH-Verträglichkeitsprüfung sind daher eigenständige Institute, die zwar auch im Rahmen einer UVP umgesetzt werden können, aber ein eigenständiges Anforderungsprofil aufweisen.

³³ Hilgers, NVwZ 2021, 438 (440).

³⁴ Reidt/Augustin, in: Schink/Reidt/Mitschang, UVPG, UmwRG, 2. Aufl. 2023, UVPG § 16 Rn. 31.

³⁵ OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 23.07.2019, OVG 11 S 80.18, Rn. 11 – juris; Reidt/Augustin, (Fn. 34), § 16 Rn. 29.

³⁶ Wulfhorst, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, 99. EL 2022, § 24 UVPG Rn. 26.

³⁷ BVerwG, Urt. v. 24.3.2011, 7 A 3/10, Rn. 85 – juris.

³⁸ Wulfhorst, (Fn. 36), Rn. 10.

³⁹ Vgl. zu dieser Frage aus landesrechtlicher Sicht bereits *Erbguth*, (Fn. 11), 233 ff.

BNatSchG i. V. m. § 75 LNatSchG NRW zuständig. Im Rahmen dieses Ausnahme- bzw. Befreiungsverfahrens könnte also (zumindest rein dogmatisch) lediglich die Naturschutzbehörde die Beibringung der erforderlichen Unterlagen einfordern (vgl. etwa § 33 Abs. 3 Satz 1 LNatSchG NRW). In der Praxis werden freilich die vom Vorhabenträger eingeholten Fachgutachten ohnehin, soweit Beeinträchtigungen besonders geschützter Arten festgestellt werden, auch Ausführungen zu geeigneten Alternativen sowie Vermeidungs- und Ausgleichsmaßnahmen enthalten. Im Ergebnis lässt sich also auch für das Bauverfahren resümieren, dass der zuständigen Baubehörde die Befugnis zukommt, von dem Vorhabenträger die notwendigen habitat- und artenschutzfachlichen Gutachten einzufordern.

E. Folgen einer zurückhaltenden Mitwirkung der Vorhabenträger

Angesichts dieser weitreichenden Mitwirkungspflichten und -obliegenheiten stellt sich die Frage nach den rechtlichen Folgen einer unzureichenden oder fehlenden Mitwirkung des Vorhabenträgers.

Hier wird man klar resümieren können, dass sich die auf den fehlenden oder unvollständigen Unterlagen beruhende Ungewissheit zu Lasten des Vorhabenträgers auswirkt.⁴⁰ Missachtet der Vorhabenträger eine Mitwirkungspflicht oder -obliegenheit, indem er beispielsweise ein nicht hinreichend aussagekräftiges Gutachten vorlegt, kann bzw. muss die Behörde ihn (etwa im Rahmen einer Vollständigkeitsprüfung) zunächst zur Ergänzung der Unterlagen auffordern.⁴¹ Unterlässt der an einer Begünstigung Interessierte daraufhin die Konkretisierung der Unterlagen und trägt er nicht alles dazu bei, die Voraussetzungen des Begünstigungstatbestandes darzulegen, kann bzw. muss die Behörde letztlich – wenn sie die gesetzlichen Voraussetzungen der Erteilung nicht feststellen kann – die Begünstigung (d. h. die Genehmigung) versagen.⁴²

In der Praxis müssen Vorhabenträger freilich vor allem mit massiven Verzögerungen rechnen: So läuft beispielsweise im Anwendungsbereich des BImSchG für die genehmigungsbedürftigen Anlagen bei fehlenden Unterlagen gemäß § 7 der 9. BImSchV die Frist zur Prüfung der Unterlagen ebenso wenig an, wie die Frist für die Erteilung der Genehmigung gemäß § 10 Abs. 6a BImSchG. Bei konkurrierenden, sich gegenseitig ausschließenden oder einschränkenden Vorhaben kann das Fehlen prüffähiger Unterlagen auch zur Folge haben, dass nach dem Prioritätsprinzip demjenigen Vorhaben, für das bereits die vollständigen Unterlagen vorliegen, der Vorrang gewährt wird.⁴³

⁴⁰ *BVerwG*, Beschl. v. 11.5.2015, 7 B 18/14, Rn. 20 – juris.

⁴¹ *OVG NRW*, Urt. v. 5.2.2001, 7 A 410/01, Rn. 3 – juris; *OVG Sachsen-Anhalt*, Urt. v. 20.4.2016, 2 L 64/14, Rn. 80 – juris.

⁴² Vgl. *BVerwG*, Urt. v. 24.11.1998, 1 C 33/97, Rn. 44 – juris.

⁴³ *OVG NRW*, Urt. v. 18.9.2018, 8 A 1886/16, Rn. 51 ff. – juris.

F. Ergebnis

In der Vorhabenplanung verzeichnet sich eine Verschiebung der Amtsermittlung hin zu weitreichenden, spezialgesetzlich geregelten Mitwirkungspflichten und Argumentationslasten der Vorhabenträger.⁴⁴ Namentlich im Recht der größeren Vorhabengenehmigungen (Planfeststellungsrecht, Immissionsschutzrecht, UVP-Recht) obliegt die Sachverhaltsermittlung (traditionell) weitestgehend dem Vorhabenträger, wengleich die Behörde (im Rahmen der Amtsermittlung) die vorgelegten Angaben auf Richtigkeit und Vollständigkeit kontrollieren und im Zweifelsfall eigene Ermittlungen anstellen muss. Im Ergebnis hat aber auch der Blick in das Naturschutzrecht selbst und auch das Bauordnungsrecht in Nordrhein-Westfalen gezeigt, dass davon ausgegangen werden kann bzw. muss, dass von (privaten) Bauherren die Vorlage der notwendigen arten- und naturschutzfachlichen Gutachten verlangt werden kann.

Dieser Befund wird in der Literatur nicht durchweg positiv bewertet: Zum einen stellen spät oder unvollständig eingereichte Antragsunterlagen eine der Hauptursachen für Verzögerungen im Genehmigungsverfahren dar.⁴⁵ Zum anderen sei aber auch die Objektivität der beigebrachten Informationen teilweise in Frage gestellt,⁴⁶ wenn sich die Ergebnisse zu Lasten des Vorhabenträgers auswirken könnten. Nicht zuletzt belasten die Mitwirkungspflichten den Vorhabenträger auch in finanzieller Hinsicht: Er hat regelmäßig die Kosten für die Sachverhaltsermittlungen zu tragen,⁴⁷ ohne dass ihm ein Aufwendungsersatzanspruch gegen die Behörde zusteht.⁴⁸

Diese Erwägungen sind zwar in der Tat nicht von der Hand zu weisen. Es stellt sich aber auch die Frage nach den Alternativen: Denn es dürfte weder davon auszugehen sein, dass die fachliche Kontrolldichte höher wäre, nur weil die Untersuchungspflichten in behördlicher Hand verbleiben noch dass es durch behördliche Fachuntersuchungen zu erheblichen Verfahrensbeschleunigungen käme. Die beauftragten Umweltgutachter wären jedenfalls oftmals dieselben.

⁴⁴ So auch *Hufen/Siegel*, Fehler im Verwaltungsverfahren, 7. Aufl. 2021, Rn. 202.

⁴⁵ *Ziekow*, Dauer von Zulassungsverfahren: eine empirische Untersuchung zu Implementation und Wirkungsgrad von Regelungen zur Verfahrensbeschleunigung, 2005, S. 83.

⁴⁶ *Hufen/Siegel*, (Fn. 44), Rn. 204; *Hilgers*, (Fn. 33), S. 440, der insofern von der „Gefahr“ spricht, dass dem Vorhabenträger „eine Filtrierung, Instrumentalisierung und Manipulation der Sachverhaltsermittlung für seine Belange eingeräumt wird“.

⁴⁷ So etwa nach § 52 Abs. 4 S. 3 BImSchG.

⁴⁸ *VG Frankfurt a.M.*, Urt. v. 22.12.1999, 15 E 3251/96 (V) – juris.

Wohnen in der Energiekrise und danach – Aktuelle (energie-)rechtliche Herausforderungen der Immobilienwirtschaft

Hendrik Burbach, Köln*/Sophie Kammerer, Köln*

Die Sektoren des Bauens und Wohnens stehen derzeit vor enormen Herausforderungen. Auf der einen Seite ist der Gebäudesektor für die Dekarbonisierung und die Erreichung des im Klimaschutzgesetz verankerten Ziels der vollständigen Dekarbonisierung bis 2045 eine wichtige Komponente. Auf der anderen Seite sorgen Wohnungsknappheit, eine sinkende Zahl von Neubauten sowie die enormen Preissteigerungen infolge der Energiekrise und der Inflation des vergangenen Jahres dafür, dass das Wohnen insgesamt deutlich teurer geworden ist.¹ Diese Kostensteigerungen treffen Eigentümer wie Mieter gleichermaßen.

A. Einleitung

Die Bundesregierung hat im Rahmen der Bewältigung der Energiekrise etliche Maßnahmen getroffen, durch welche die sowohl für Eigentümer als auch Mieter deutlich spürbaren Kostensteigerungen für das Wohnen gemindert werden sollen.

Gleichzeitig besteht mit Blick auf die Umsetzung der langfristigen Energiewende sowie der Dekarbonisierung im Gebäudesektor Handlungsbedarf zur Erreichung der Sektorziele. Hierbei relevant ist nicht nur die Sanierung des Gebäudebestands sowie der energieeffiziente Neubau, sondern auch der Umgang mit den hierdurch entstehenden Kosten.

In dem vorliegenden Beitrag werden zunächst die kurzfristigen Entlastungsmaßnahmen der Bundesregierung zur Bewältigung der Energiekrise und der daraus resultierenden Preissteigerungen im Wohnen dargestellt (hierzu unter A.). Anschließend zeigt der Beitrag die für die Dekarbonisierung des Gebäudesektors maßgeblichen Vorschriften auf (hierzu unter B.).

B. Kurzfristige Maßnahmen zur Abfederung der Folgen der Energiekrise

Die Bundesregierung hat in den vergangenen Monaten mit unterschiedlichen Maßnahmen für eine Entlastung der Bürgerinnen und Bürger gesorgt. Eine erste Entlastungsmaßnahme für die Letztverbraucher war die Dezember-Soforthilfe (hierzu I.). Zentrales Element zur Abfederung der Energiepreisanstiege ist die Erdgas-, Wärme- und Strompreisbremse (hierzu II.). Daneben sind mit der Senkung der Umsatzsteuer auf die Erdgas- und Wärmelieferung² sowie der Auszahlung einer Energiepauschale³, die auch für Studierende gewährt wurde, weitere Maßnahmen zur Entlastung der Letztverbraucher umgesetzt worden (hierzu unter III.).

I. Dezember-Soforthilfe

Basierend auf den Vorschlägen der von der Bundesregierung eingesetzten ExpertInnenkommission⁴ sollten die Bürgerinnen und Bürger mit dem Erdgas-Wärme-Soforthilfegesetz (EWSG) von den Preissteigerungen für Erdgas und Wärme entlastet werden. Das EWSG sieht im Grundsatz vor, dass der Dezember-Abschlag für die Lieferung von Erdgas oder Wärme der Letztverbraucher entfallen sollte. Stattdessen sollten die Lieferanten einen entsprechenden Entlastungsantrag stellen und die nicht erhobenen Abschläge vom Bund zurückerstattet verlangen können. Die Vorschriften des EWSG sehen dabei eine grundsätzliche Anspruchsberechtigung der Vermieter für ihre Mieter vor, § 5 EWSG regelt jedoch weitergehende Informationspflichten der Vermieter, damit die Informationen über die Entlastung der Mieter auch bei diesen ankommen. Vermieter müssen daher die Mieter nach § 5 Abs. 2 Satz 1 EWSG über die enthaltene Soforthilfe, deren Höhe sowie den Ursprung informieren. Die Entlastung ist auf die Heiz- und Betriebskosten der Mieter anzurechnen und nach dem Mietvertraglich vereinbarten Umlageschlüssel aufzuteilen, § 5 Abs. 1 EWSG. Die jeweilige Entlastung der einzelnen

* Hendrik Burbach ist Rechtsanwalt in der auf Energie- und Infrastrukturrecht spezialisierten Kanzlei Becker Büttner Held.

* Sophie Kammerer ist Referendarin in der auf Energie- und Infrastrukturrecht spezialisierten Kanzlei Becker Büttner Held.

¹ Handelsblatt v. 17. Januar 2023, S. 14.

² Gesetz zur temporären Senkung des Umsatzsteuersatzes auf Gaslieferungen über das Erdgasnetz, BGBl. I 2022, Nr. 28, S. 1743.

³ HeizkZuschG, BGBl. I S. 2018; Wohngeld-Plus-Gesetz, BT-Drs. 20/4230, BR-Drs. 581/22.

⁴ Abschlussbericht „Sicher durch den Winter“ vom 31.10.2022.

Mietpartei hat der Vermieter ebenfalls auf der Heiz- und Betriebskostenabrechnung des Jahres 2022 auszuweisen. Die Entlastung für Mieter wird somit im Wege der Heiz- und Betriebskostenabrechnung mit zeitlichem Versatz eintreten und vor allem die Nachzahlung reduzieren. Haben Mieter oder Eigentümer selbst einen Erdgas- oder Wärmeliefervertrag geschlossen, erfolgt eine unmittelbare Entlastung durch den Entfall bzw. die Rückerstattung des Dezember-Abschlags.

In Mietverhältnissen, in denen im Laufe des Jahres 2022 die Vorauszahlungen auf die Heiz- und Betriebskosten aufgrund der Kostensteigerung für die Wärmeversorgung des Gebäudes angepasst wurden, waren die Mieter nach § 5 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 EWSG von der Zahlung des Erhöhungsbetrags im Dezember 2022 befreit. Eine pauschale Verringerung der Betriebskostenvorauszahlung im Dezember hat gemäß § 5 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 EWSG dann zu erfolgen, wenn Vermieter erstmalig seit dem 19.2.2022 Betriebskostenvorauszahlungen mit den Mietern vereinbart haben. Dies dürfte insbesondere in Fällen der Neuvermietung von Wohnungen der Fall sein. In diesen Fällen geht der Gesetzgeber davon aus, dass der Kalkulation der Betriebskosten bereits die gestiegenen Beschaffungskosten zugrunde gelegt wurden.⁵ Anzuwenden ist diese Regelung allerdings nur bei Gebäuden, die mit leitungsgebundenem Erdgas versorgt werden, nicht von § 5 Abs. 4 Nr. 2 EWSG umfasst sind wärmeversorgte Gebäude.

II. Entlastung durch die Gas-, Wärme- und Strompreisbremse

Die Gas-, Wärme- und Strompreisbremse ist das umfassendste Hilfsprogramm zur Abfederung der Folgen der Energiekrise. Das Strompreisbremsengesetz (StromPBG) und das Erdgas-Wärme-Preisbremsengesetz (EWPBG) werden im März 2023 in Kraft treten und rückwirkend für die Monate Januar und Februar 2023 gelten.⁶ Damit wird von Januar 2023 bis April 2024 der Bruttopreis für Gas auf 12 Cent/kWh, der Wärmepreis auf 9,5 Cent/kWh und der für Strom auf 40 Cent/kWh für 80 Prozent des prognostizierten Jahresverbrauchs 2022 gedeckelt (Referenzpreis).⁷ Für jede verbrauchte Kilowattstunde, die über dem vergünstigten 80-Prozent-Kontingent liegt, zahlen Mieter den vereinbarten Arbeitspreis.

Energieversorger bekommen den Entlastungsbetrag – Arbeitspreis minus Referenzpreis – vom Übertragungsnetzbetreiber zurückerstattet. Die Rückerstattung wird aus dem Konto finanziert, in das die abgeschöpften Zufallsgewinne der Energiewirtschaft und die Förderung aus dem Wirtschaftsstabilisierungsfonds fließen.⁸

Konkret bedeutet dies für die Mieter, dass sie über die Abrechnung ihres Energieversorgers oder über die Betriebskostenabrechnung ihres Vermieters entlastet werden. Bis spätestens zum 1.3.2023 müssen die Versorger ihre Kunden über ihre bisherige und ab dem 1.3.2023 vorgesehene Höhe der Abschlagszahlung, die Höhe des Entlastungskontingentes und den individuellen Entlastungsbetrag informieren. Da in Mietverhältnissen – insbesondere mit Blick auf die Wärmeversorgung des Gebäudes – der Vermieter Vertragspartner des Lieferanten ist, sieht § 26 EWPBG sowie § 12a StromPBG (für mit Strom beheizte Gebäude) etliche Mitteilungspflichten der Vermieter gegenüber den Mietern vor. Außerdem haben diese zu prüfen, ob nach § 26 Abs. 2 EWPBG oder § 12a Abs. 2 StromPBG die monatlichen Vorauszahlungen auf die Heiz- und Betriebskosten anzupassen sind.

Dabei wird der Energieverbrauch in Wohngebäuden mit einem Jahresverbrauch von weniger als 1,5 GWh/Jahr im Januar und Februar 2023 noch zum vereinbarten Arbeitspreis abgerechnet. Erst im März 2023 wird sich die monatliche Abschlagszahlung verringern. Dann wird sowohl der gedeckelte Arbeitspreis für die Monate Januar und Februar 2023 als auch der gedeckelte Arbeitspreis für den Monat März 2023 auf die Abschlagszahlung angerechnet. Durch die gedeckelten Preise wird sich auch die Nachzahlung auf der Jahresendabrechnung 2023 reduzieren.⁹ Sollten die Mieter trotz der gedeckelten Preise nicht in der Lage sein, ihre Energiekosten zu bezahlen, kann eine Abwendungsvereinbarung mit dem Energieversorger getroffen werden.¹⁰ Danach kann vereinbart werden, dass Letztverbraucher ihre Energiekosten in Raten leisten.

Die Konzeption der Strom- und Gaspreisbremse setzt daran an, einen Anreiz zum Energiesparen zu setzen. Verbraucht ein Mieter weniger als 80 Prozent seines Vorjahresverbrauchs, wird er zusätzlich entlastet, weil die staatliche Förderung in gleicher Höhe auf seinen geringeren Verbrauch angerechnet wird.

III. Energiepauschale (HeizkZuschG und Wohngeld-Plus-Gesetz) und Senkung der Umsatzsteuer

Eine weitere Maßnahme der Bundesregierung zur Abfederung der Kostensteigerungen ist der Heizkostenzuschuss. Der Zuschuss wird von Amts wegen ausgezahlt und muss nicht beantragt werden. Anspruchsberechtigt sind sowohl Wohngeldempfänger als auch Auszubildende und Studierende.

Gemäß § 1 Abs. 2 HeizkZuschG haben Studierende, Auszubildende, Schüler und Menschen mit Behinderung einen Anspruch, die in mindestens einem der Monate vom 1.9.–31.12.2022 Leistungen nach dem BAföG, einen Unterhaltsbeitrag nach § 10 Abs. 2 AFBG, Berufsausbildungs-

⁵ BT-Drs, 20/4373, S. 34.

⁶ StromPBG, BGBl. I S. 2512; EWPBG, BGBl. I S. 2560.

⁷ § 6 Nr. 1 b) bb) SPBG; Herlitz, NZM 2022, 857.

⁸ FAQ-Liste, Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz vom 1.2.2023.

⁹ Herlitz, NZM 2022, 857.

¹⁰ § 19 Abs. 3, 5 Stromgrundversorgungsverordnung, § 19 Abs. 3, 5 Gasgrundversorgungsverordnung, § 118b Abs. 7 EnWG.

beihilfe nach § 56 SGB III oder Ausbildungsgeld nach § 122 SGB III bezogen haben, sofern sie nicht mehr bei ihren Eltern wohnen und nicht bei der Wohngeldbewilligung berücksichtigt wurden.

Wohngeldempfänger haben nach § 1 Abs. 1 HeizkZuschG einen Anspruch auf einen Heizkostenzuschuss, wenn sie in mindestens einem der Monate vom 1.9.–31.12.2022 Wohngeld bezogen haben.

Studenten und Auszubildende bekommen im Jahr 2023 einen Pauschalbetrag in Höhe von 345 Euro überwiesen.¹¹ Bei Wohngeldempfängern richtet sich der Zuschuss gem. § 2a Abs. 1 HeizkZuschG nach der Haushaltsgröße: Wer allein lebt, bekommt 415 Euro, zu zweit gibt es 540 Euro – und für jeden weiteren Mitbewohner zusätzlich noch einmal 100 Euro.

Vorteilhaft an diesen Entlastungsmaßnahmen ist, dass einkommensschwache Haushalte finanziell entlastet werden. Da es sich um einen Pauschalbetrag handelt, können allerdings besondere Härtefälle nur bedingt individuell unterstützt werden.

Zudem trat am 1.1.2023 die Wohngeld-Plus-Reform in Kraft.¹² Das Wohngeld für einkommensschwache Haushalte enthält erstmals eine nach Anzahl der Personen gestaffelte dauerhafte Heizkostenpauschale. Dies führt bei der Wohngeldberechnung im Schnitt zu 1,20 Euro mehr Wohngeld pro qm.

Eine weitere Maßnahme insbesondere zur Entlastung derjenigen Letztverbraucher, die Erdgas- oder Wärme für die Wärmeversorgung ihres Gebäudes beziehen, ist die temporäre Absenkung der Umsatzsteuer auf diese Lieferungen. Die Absenkung der Umsatzsteuer von 19 Prozent auf 7 Prozent ist auf den Zeitraum 1.10.2022 bis März 2024¹³ zeitlich befristet.

C. Langfristige Maßnahmen zur Dekarbonisierung des Gebäudesektors

Um die Klimaschutzziele zu erreichen, sind erhebliche Investitionen im Gebäudesektor notwendig. Hierfür schafft der Bund derzeit einen Rechtsrahmen, um sowohl Anreize zu setzen als auch verpflichtende Maßnahmen einzuführen. Hierbei ist gerade die Verteilung der entstehenden Kosten bei vermietetem Wohn- und Gewerberaum von zentraler Bedeutung. Zwar unterstützen Bund und Länder Investitionsmaßnahmen mit diversen Förderprogrammen. Bei der Planung der erforderlichen Maßnahmen ist aber auch zu berücksichtigen, ob etwa ein Dienstleister (beispielsweise für die Wärmeversorgung des Gebäudes, den Betrieb von PV-Anlagen oder die Umsetzung eines Mieterstromprojektes) miteinbezogen werden könnte.

Die Umsetzung derartiger Sanierungsmaßnahmen führt gerade in Mietverhältnissen dazu, dass die Frage der Kos-

tentragung relevant wird. Denn die Durchführung von Sanierungsmaßnahmen ist trotz Förderprogrammen kapitalintensiv. Daher sieht das Mietrecht einen klaren Rechtsrahmen vor, unter welchen Voraussetzungen Kosten der Sanierung auf die Mieter umgelegt werden dürfen.

Im Folgenden wird zunächst der Rechtsrahmen dargestellt, der Anreize und Vorgaben für die im Wege der Kostenaufteilung und das zukünftige Ziel eines effizienteren Gebäudesektors regelt. Insbesondere das CO₂-Kostenaufteilungsgesetz enthält Anreize für Vermieter, den energetischen Gebäudestandard zu verbessern (hierzu I.). Das Gebäudeenergiegesetz regelt ordnungsrechtlich unter anderem die Integration erneuerbarer Energien in den Gebäudebestand (hierzu II.). Für die Umsetzung dieser Vorgaben kommen Contracting-Modelle in Betracht (hierzu III.). Zudem wird die mietrechtliche Komponente der Sanierungsmaßnahmen anhand der § 555a ff. BGB dargestellt (hierzu IV.). Am Schluss werden die Förderprogramme zur Dekarbonisierung des Gebäudesektors dargestellt (hierzu V.).

I. CO₂-Kostenaufteilungsgesetz

Um einen Anreiz für Reduktionen der Treibhausgasemissionen auch in den Sektoren Gebäude und Verkehr zu setzen, belegt das Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG) auf nationaler Ebene das Inverkehrbringen von bestimmten Kraft- und Brennstoffen seit 2021 mit einem CO₂-Preis. Im Gebäudesektor führt dies zu Kostensteigerungen für die Beheizung und Warmwasserversorgung der Gebäude. Bislang konnten Vermieter die Heizkosten einschließlich des darin enthaltenen Teils der CO₂-Kosten vollumfänglich auf ihre Mieter umlegen.

Kern des am 1.1.2023 in Kraft getretenen Kohlendioxidkostenaufteilungsgesetzes (CO₂KostAufG) ist die Aufteilung letztgenannter Kosten unter den Mietvertragsparteien entsprechend ihrer Verantwortungsbereiche, um nicht nur den Mieter zu Energieeinsparungen, sondern auch den Vermieter zu Investitionen in klimaschonende Heizungssysteme und energetischen Sanierungen anzuregen.¹⁴ Die Aufteilung der CO₂-Kosten erfolgt für Wohngebäude anhand eines Stufenmodells entsprechend des CO₂-Ausstoßes der Gebäude je Quadratmeter Wohnfläche. Je höher dieser ausfällt, desto größer ist der durch den Vermieter zu tragende Anteil an den CO₂-Kosten, vgl. § 6 Abs. 1 i.V.m. Anhang 1 CO₂KostAufG. Für Nichtwohngebäude ist nach § 8 Abs. 1 CO₂KostAufG eine hälftige Teilung der CO₂-Kosten vorgesehen, wobei ab 2025 auch hier ein Stufenmodell vorgesehen ist.

Die Aufteilung der CO₂-Kosten ist dabei im Rahmen der Heizkostenabrechnung vorzunehmen. Auf der Heizkostenabrechnung sind durch den Vermieter die zugrundeliegenden Informationen sowie der Gebäudestandard auszuweisen. Damit die Vermieter die Aufteilung der CO₂-Kosten vornehmen können, haben die Brennstoff- bzw. Wärmelieferanten etliche Informationen zu dem gelieferten Brenn-

¹¹ § 2a Abs. 2 HeizkZuschG.

¹² BT-Drs. 20/4230; BR-Drs. 581/22.

¹³ Gesetz zur temporären Senkung des Umsatzsteuersatzes auf Gaslieferungen über das Erdgasnetz, BGBl. I 2022, Nr. 28, S. 1743.

¹⁴ Vgl. zum CO₂KostAufG ausführlich Ahlers/Burbach, IR 2023, 2 ff.

stoff auf der Rechnung mitzuteilen, vgl. § 3 CO₂Kost-AufG.

II. Gebäudeenergiegesetz (GEG)

Das neugefasste GEG, welches am 1.1.2023 in Kraft getreten ist,¹⁵ regelt die Verbesserung der energetischen Qualität von Gebäuden durch den Einsatz erneuerbarer Energien. Das GEG enthält Anforderungen an Neubauten (§§ 10-45 GEG) und Bestandsbauten (§§ 46-56 GEG). Neubauten sollen einen möglichst niedrigen Primärenergiebedarf haben.¹⁶ Nach § 23 Abs. 1 GEG darf gebäudenah erzeugter Strom aus erneuerbaren Energien dabei in Abzug gebracht werden. § 31 GEG regelt das Verfahren zum Nachweis der Einhaltung der energetischen Anforderungen bei Neubauten. Bei Bestandsbauten darf die bestehende energetische Qualität gemäß § 46 GEG hingegen nicht verschlechtert werden.

Zudem regelt das GEG die Förderung der Nutzung erneuerbarer Energien für die Erzeugung von Wärme und Kälte sowie von Energieeffizienzmaßnahmen bei Gebäuden (§§ 89 f. GEG). Finanziell unterstützt wird u. a. die Errichtung von solarthermischen Anlagen und Anlagen zur Nutzung von Biomasse.

III. Dekarbonisierung von Heizungsanlagen im Wege des sog. Contractings

Eine Möglichkeit, insbesondere die Dekarbonisierung von Heizungsanlagen vorwiegend in Mehrparteienhäusern voranzutreiben, ist das sog. Contracting. Dabei übernimmt ein energiewirtschaftlich versiertes Unternehmen den Betrieb der Heizungsanlage und liefert die dort erzeugte Wärme an den Gebäudeeigentümer.

Zwei Contracting-Modelle sind dabei besonders relevant: das Energieliefer-Contracting (hierzu unter 1.) und das Energieeinspar-Contracting (hierzu unter 2.). Weitere Modelle, wie das Heizpachtungsmodell und das Betriebsführungs-Contracting werden am Schluss dargestellt (hierzu unter 3.)

1. Energieliefer-Contracting

Beim Energieliefer-Contracting schließen Vermieter mit einem Contractor (Dienstleistungsunternehmen) einen Contracting-Vertrag. Darin verpflichtet sich der Contractor zum Aufbau und Betrieb einer neuen effizienteren Energieerzeugungsanlage im Wohngebäude und zur Energiebelie-

ferung.¹⁷ Die Finanzierung der neuen Energieerzeugungsanlage wird zumeist vom Contractor übernommen. Im Gegenzug erhält der Contractor das Recht, das Wohngebäude über einen langen Zeitraum (zumeist mindestens zehn Jahre) exklusiv mit Energie zu beliefern. Der Contracting-Vertrag ist insoweit als gemischter Vertrag anzusehen, da er sowohl eine Kaufkomponente als auch eine Dienstleistungskomponente enthält. Rechtlich handelt es sich bei der Energielieferung um einen Kaufvertrag nach §§ 433 ff. BGB.¹⁸

Zum Aufbau der Energieerzeugungsanlage im Wohngebäude mietet der Contractor den Heizungsraum an. Damit die Anlage nach dem Einbau in das Gebäude nicht nach §§ 93, 94 BGB in das Eigentum des Gebäudeeigentümers übergeht, vereinbaren die Parteien oft, dass die Anlage nur ein Scheinbestandteil des Gebäudes nach § 95 BGB sein soll.¹⁹ Daher wird für gewöhnlich eine Ausbaupflichtung des Contractors nach Vertragsende in den Contracting-Vertrag aufgenommen.

Erfolgt die Wärmeversorgung eines Gebäudes im Wege des Contractings, handelt es sich um eine gewerbliche Wärmelieferung²⁰. Diese Kosten können nach § 556c BGB mit den Betriebskosten auf die Mieter umgelegt werden. Bei der Umstellung von einer Wärmeversorgung durch den Vermieter etwa mittels Zentralheizung auf eine gewerbliche Wärmelieferung sind allerdings weitere rechtliche Voraussetzungen zu beachten. Nach dem Grundsatz der Kostenneutralität gem. § 556c Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB dürfen sich die bisherigen Betriebskosten durch das Contracting nicht erhöhen.²¹

2. Energiespar-Contracting

Beim Energiespar-Contracting verpflichtet sich der Contractor, zugesagte Energieeinsparziele zu erreichen.²² Er übernimmt die Finanzierung, Planung und Betreuung der Heizungsanlage, um Energieeinsparungen im Gebäude zu erreichen. Einen Teil der eingesparten Energiekosten behält der Contractor als Vergütung.

3. Weitere Modelle

Neben den klassischen Contracting-Modellen bildet sich in den vergangenen Monaten auf dem Markt auch ein reines Heizungs-pachtmodell heraus. In einer solchen Konstellati-

¹⁵ BGBl. 2020 Teil I Nr. 37, S. 1728.

¹⁶ § 10 GEG iVm. § 15 GEG (Wohngebäude), § 18 GEG (Nichtwohngebäude): Jahres-Primärenergiebedarf von 55 Prozent des Referenzgebäudes.

¹⁷ Gies, in: Hannemann/Wiegner, Münchener Anwaltshandbuch Mietrecht, 5. Aufl. 2019, § 556c BGB, Rn. 410.

¹⁸ Lammel, in: Schmidt-Futterer (Hrsg.), Mietrecht, 15. Aufl. 2021, § 556c BGB Rn. 5.

¹⁹ Lammel, in: Schmidt-Futterer (Hrsg.), Mietrecht 15. Aufl. 2021, § 556c BGB Rn. 5.

²⁰ Vgl. insoweit § 2 Nr. 4 lit. c) Betriebskostenverordnung sowie § 1 Abs. 1 Nr. 2 Heizkostenverordnung.

²¹ Schlosser, in: BeckOK, Hau/Poseck, 63. Edition 2022, Rn. 10.

²² Niesse/Wiesbrock, Rechtsfragen des Wärmecontracting im Mietverhältnis, NZM 2013, 529, S. 531.

on übernimmt ein Dienstleister die Investition in eine neue Heizungsanlage und baut diese bei dem Kunden ein. Der Kunde darf die Heizung nach dem Einbau im Wege eines Pachtvertrages nutzen. In der monatlichen Pacht sind auch die regelmäßige Wartung sowie Instandhaltungsarbeiten enthalten. In Abgrenzung zu den Contracting-Modellen fehlt es bei der bloßen Heizungspacht an einer Wärmelieferung. Der Dienstleister stellt somit lediglich die Heizung zur Verfügung und garantiert deren Funktionsfähigkeit. Zudem gibt es das Betriebsführungs-Contracting, wonach der Contractor die administrative Betriebsführung einer Anlage übernimmt. Der Contractor gewährleistet die einwandfreie Energieversorgung der Anlage, die Wartung und Instandhaltung und das Betriebs- und Abrechnungsmanagement. Zudem hebt er gezielt vorhandene Optimierungspotentiale der Anlage.²³ Eine Wärmelieferung erfolgt in dieser Contracting-Variante allerdings nicht.

IV. Überblick über die Modernisierungsmaßnahmen nach § 555a ff. BGB

Nicht nur mit Blick auf die CO₂-Emissionen beim Betrieb einer Heizungsanlage, sondern auch bei einem gesamtheitlichen Blick auf die Energieeffizienz eines Gebäudes offenbart sich immer wieder das Spannungsverhältnis, das bei der Frage der Kostenverteilung zwischen Vermieter und Mieter für energetische Maßnahmen entsteht. Denn zukünftig sind auch von den Vermietern Kosten wie etwa die CO₂-Kosten anteilig zu übernehmen, die aufgrund des energetischen Zustands des Gebäudes entstehen. Andererseits führen energetische Verbesserungen des Gebäudes auch stets zu einer Kostensenkung bei den Mietern, denn durch einen höheren Effizienzstandard eines Gebäudes werden auch die Kosten für die Wärmeversorgung des Gebäudes gesenkt.

Vor diesem Hintergrund sieht das Mietrecht die grundsätzliche Möglichkeit vor, die Mieter an den Kosten für Modernisierungsmaßnahmen im Wege einer Erhöhung der Kaltmiete zu beteiligen. Zentrale mietrechtliche Vorschrift für die Umsetzung von Modernisierungsmieterhöhungen ist § 559 BGB. Dabei ist insbesondere § 555b BGB von besonderer Bedeutung, denn § 559 Abs. 1 BGB verweist insoweit auf einige der in § 555b BGB aufgeführten Modernisierungsmaßnahmen. Die abschließend aufgelisteten Modernisierungsmaßnahmen nach § 555b Nr. 1 bis 7 BGB sind von Erhaltungsmaßnahmen nach § 555a BGB abzugrenzen. Die einzelfallabhängige Abgrenzung ist wichtig, weil die Kosten für Erhaltungsmaßnahmen vom Vermieter; die Kosten für Modernisierungsmaßnahmen dagegen vom Mieter zu tragen sind. Besonders wichtig sind die Modernisierungsmaßnahmen nach §§ 555b Nr. 1 und Nr. 2 BGB. Nach § 555b Nr. 1 BGB sind Modernisierungen bauliche Veränderungen, durch die in Bezug auf die Mietsache, Endenergie nachhaltig eingespart wird. Endenergie ist die

Energie, die in Form von Heizöl, Erdgas, Strom und Fernwärme dem Gebäude zugeführt wird.²⁴ Die Einsparung von Endenergie kann auf verschiedene Weise erreicht werden. Einerseits kann die zugeführte Energie reduziert werden, indem eine Heizungsanlage neuerrichtet oder optimiert wird.²⁵ Andererseits können die Energieverluste des Gebäudes durch Wärmedämmung verringert werden. Maßnahmen nach § 555a Nr. 1 BGB berechtigten den Vermieter dazu, eine Mieterhöhung nach § 559 BGB geltend zu machen.

§ 555b Nr. 2 BGB ist dagegen ein Auffangtatbestand. Erfasst sind Modernisierungen, die zu einer nachhaltigen Einsparung nicht erneuerbarer Primärenergie führen oder das Klima nachhaltig schützen. Diese dürfen allerdings mangels Verweises in § 559 Abs. 1 BGB nicht im Wege einer Modernisierungsmieterhöhung auf die Mieter umgelegt werden. Eine Mieterhöhung kommt nicht in Betracht, weil die nachhaltige Einsparung nicht erneuerbarer Primärenergie nicht unmittelbar zu einer Energieeinsparung beim Mieter führt. Dieser muss die Maßnahme daher nur dulden.

Wird beispielsweise eine Photovoltaik-Anlage installiert, die in das öffentliche Netz einspeist, resultiert daraus eine Einsparung nicht erneuerbarer Primärenergie – wie fossiler Brennstoffe. Allerdings führt dies nicht zu einer unmittelbaren Energieeinsparung bei Mietern, weshalb diese die Installation der Photovoltaik-Anlage zwar dulden müssen, eine Mieterhöhung aber nicht zulässig ist.²⁶ Wird der Solarstrom hingegen zur Eigenversorgung genutzt, liegt eine Einsparung von Endenergie nach § 555b Nr. 1 BGB vor, welche den Vermieter zu einer Mieterhöhung berechtigt.²⁷ In formaler Hinsicht haben Vermieter die Modernisierungsmaßnahme nach § 555c BGB spätestens drei Monate vor Beginn in Textform anzukündigen. Mieter haben diese dann gem. § 555d Abs. 1 BGB zu dulden. Ausnahmsweise können Mieter Maßnahmen nach § 555d Abs. 2 BGB zurückweisen, wenn diese eine besondere persönliche Härte bedeuten würden. Im Rahmen der Härteprüfung sind die Interessen der Parteien gegen die Belange der Energieeinsparung und des Klimaschutzes abzuwägen.²⁸ Vermieter sind aber nicht dazu berechtigt, das Mietverhältnis zu kündigen, um den Weg für die Durchführung der Modernisierungsmaßnahmen freizumachen. Wollen Vermieter trotzdem modernisieren, müssen sie die Mieter auf Duldung verklagen.

Werden Mieter infolge der Modernisierungsmieterhöhung finanziell überlastet, können sie sich nach § 559 Abs. 4 BGB auf eine persönliche finanzielle Härte berufen. Eine solche wird von der Rechtsprechung angenommen, wenn die

²³ Blank/Börstinghaus, in: Blank/Börstinghaus, *Miete*, 6. Aufl. 2020, § 556c BGB, Rn. 21.

²⁴ *Eisenschmid*, in: Schmidt-Futterer (Hrsg.), *Mietrecht*, 15. Aufl. 2021, § 555b BGB, Rn. 16.

²⁵ *Eisenschmid*, in: Schmidt-Futterer (Hrsg.), *Mietrecht*, 15. Aufl. 2021, § 555b BGB, Rn. 38.

²⁶ *Artz*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2020, § 555b BGB, Rn. 13.

²⁷ *Artz*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2020, § 555b BGB, Rn. 13.

²⁸ *Schlosser*, in: BeckOK, *Hau/Poseck* 63. Edition 2022, § 555d BGB, Rn. 9.

Miete mehr als 30 Prozent des Nettoeinkommens ausmacht.²⁹ Zum Ausgleich der Duldungspflicht gewährt das Gesetz einen Aufwendungsersatzanspruch nach § 555d Abs. 6 BGB. Zudem steht Mietern ein Sonderkündigungsgem. § 555e BGB zu.

V. Förderprogramme für die Dekarbonisierung von Gebäuden

1. Bundesförderung für effiziente Gebäude (BEG)

Der Bund fördert verschiedene Einzelmaßnahmen zur Erhöhung der Energieeffizienz von Wohn- und Nichtwohngebäuden mit der Bundesförderung für effiziente Gebäude. Die Förderrichtlinie ist am 1.1.2023 in Kraft getreten. Sowohl bei Wohngebäuden als auch bei Nichtwohngebäuden werden Einzelmaßnahmen sowie systemische Maßnahmen an Wohn- oder Nichtwohngebäuden an der Gebäudehülle wie beispielsweise Fenster, Türen sowie Dämmung der Außenwände und des Daches gefördert. Zudem wird der Einbau von Anlagentechnik wie raumluftechnische Anlagen, Kältetechnik und Beleuchtungssysteme in Bestandsgebäuden und der Einbau effizienter Wärmeerzeuger und Anlagen zur Heizungsunterstützung wie Photovoltaikanlagen, Biomasseheizungen, Wärmepumpen, sowie die Optimierung von Heizungsanlagen in Bestandsgebäuden gefördert.³⁰ Eine Förderung kann auch für die energetische Fachplanungs- und Baubegleitungsleistungen beantragt werden.

2. Förderung von Photovoltaik-Anlagen

Ein Mechanismus, um den PV-Anlagenbau durch Private weiter zu unterstützen, ist die im Jahr 2023 eingeführte Umsatzsteuerbefreiung für sämtliche Kosten der Errichtung der Anlagen (§ 12 Abs. 3 Nr. 1 UStG). Durch diese sog. Nullsteuer sollen die Anschaffungskosten der PV-Anlagen gesenkt und damit die Kosten für Private gesenkt werden. Neben der Bundesförderung ist die Inanspruchnahme der Landesförderung möglich. Das Land NRW fördert den Ausbau von Photovoltaik-Anlagen nach der Förderrichtlinie „progres.nrw – Programmbereich Klimaschutztechnik“.³¹ Daneben haben die Städte Bonn und Köln Förderprogramme für Solaranlagen aufgelegt. Die Stadt Köln bezuschusst eine Photovoltaik-Anlage mit 250 Euro pro kWp.³² Die Stadt Bonn bezuschusst eine

Photovoltaik-Anlage mit 100 Euro pro kWp.³³ Von dieser Förderung umfasst sind auch sog. Balkonkraftwerke, die auch von Mietern installiert und unmittelbar an den Stromkreislauf der Wohnung angeschlossen werden können.

Eine weitere Möglichkeit, PV-Projekte an Gebäuden umzusetzen, sind sog. Mieterstromprojekte. Bei diesen Projekten bietet ein Energieversorger, wobei auch der Vermieter als solcher auftreten kann, den Mietern einen Stromliefervertrag an. Dadurch, dass für die Stromversorgung aus den am Gebäude errichteten PV-Anlagen kein Netz der allgemeinen Versorgung genutzt werden muss, entfallen etliche Bestandteile des Strompreises (wie Netzentgelte, netzseitige Umlagen oder Konzessionsabgaben). Zudem sieht § 21 Abs. 3 EEG 2023 einen Fördertatbestand vor, nach dem der Mieterstromanbieter Anspruch auf eine Förderung hat.

Zudem können Photovoltaikanlagenbetreiber von der Einspeisevergütung profitieren, wenn sie den Solarstrom ins öffentliche Netz einspeisen. Die Einspeisevergütung wurde im EEG 2023 angehoben.³⁴ Auch bei der Installation und dem Betrieb von PV-Anlagen kommen Contracting-Varianten in Betracht. Zudem ist eine bloße Pacht des Daches durch einen Energieversorger zur Installation der PV-Anlagen denkbar.

D. Zusammenfassung

Die Herausforderungen für den Gebäudesektor sind vielschichtig. Die Maßnahmen zur Abfederung der Energiekrise haben dafür gesorgt, dass die Letztverbraucher von den Kostensteigerungen jedenfalls partiell entlastet wurden. Der Bund hat bei der Umsetzung dieser Maßnahmen vor allem die Vermieter mitverpflichtet, die konkreten Informationen an die Mieter weiterzugeben sowie die enthaltenen Entlastungen im Rahmen der Betriebs- und Heizkostenabrechnung auszuweisen.

Zur Dekarbonisierung des Gebäudesektors setzt der Gesetzgeber zunehmend auf einen ordnungsrechtlichen Rahmen zur Erreichung der Klimaziele. Diese Verpflichtungen werden aber von diversen Förderprogrammen flankiert. Die verpflichteten Gebäudeeigentümer haben dabei den energetischen Zustand ihrer Gebäude durch Sanierungsmaßnahmen zu verbessern.

²⁹ Börstinghaus, in: Blank/Börstinghaus, Miete, 6. Aufl. 2020, § 559 BGB, Rn. 34.

³⁰ Nr. 8.2 BEG WG und BEG NWG vom 9. Dezember 2022.

³¹ MBl. NRW, Ausgabe 2022 Nr. 36 vom 31.10.2022, S. 817-844.

³² <https://www.stadt-koeln.de/leben-in-koeln/klima-umwelt-tiere/klima/koeln-spezifische-massnahmenfoerderung-klimafreundliches-wohnen> (Abruf v. 13.2.2023).

³³ <https://www.bonn.de/photovoltaik> (Abruf v. 13.2.2023).

³⁴ Volleinspeisung: Anlagen bis 10 kWp 13 Cent/kWh; Anlagen ab 10 kWp 10,9 Cent/kWh.

Eine Rechtslücke in fiktionalem Recht: Ist Jadzia Dax aus Star Trek: Deep Space Nine eine Gesellschaft?

Dr. Johanna Fournier, LL.M., Lausanne/Schweiz*

Das in Deutschland noch kaum vertretene Forschungsgebiet „Recht und Popkultur“ kann dazu dienen, Rechtsfragen greifbarer zu erklären und kreative Lösungswege zu finden. Der vorliegende Artikel befasst sich mit einem in der Serie Star Trek: Deep Space Nine dargestellten Fall, welcher eine interessante Frage zur Persönlichkeit der strafrechtlichen Verantwortlichkeit aufwirft. Jedoch betrifft er eine Lebensform, die nur in beschränktem Maße mit Menschen verglichen werden kann. Daher untersucht dieser Artikel die analoge Anwendung des Unternehmens- beziehungsweise Konzernrechts auf diesen Fall.

Im Gegensatz insbesondere zu den USA finden sich im deutschsprachigen Raum nur sehr vereinzelt Veröffentlichungen, die sich mit der Kombination aus Recht und Popkultur befassen. Hierzu zählen beispielsweise der Sammelband *Recht Populär*¹ sowie eine Ausgabe von *Forum-Recht*². Wohl als Unterkategorie der „Recht und Literatur“-Bewegung zu verorten, kann die Verbindung aus juristischen Fragestellungen und Popkultur unterschiedlichen Zwecken dienen. Ein wichtiger Zweck ist es dabei, fiktionale Szenarien zu nutzen, um unser reales Recht an anschaulichen Beispielen zu erklären und um kreative Lösungen zu finden. Diese Herangehensweise findet sich nicht nur in Veröffentlichungen in Fachzeitschriften, sondern auch in von Juristen geführten Blogs, wie *Law and the Multiverse*³ oder *The Legal Geeks*⁴. Sogar ganze Jura-Kurse werden der Popkultur gewidmet, wie dem Recht in Harry Potter.⁵ Auch der vorliegende Artikel soll einen Beitrag zu dieser Form der Lehre leisten, indem ein in einer *Star Trek*-Serie behandelter Fall Anlass dazu geben soll, einen kreativen Ausflug in das deutsche Konzernrecht zu unternehmen.

Das *Star Trek*-Universum gehört zu den ersten Vertretern der Popkultur, die von einem juristischen Blickwinkel aus

untersucht wurden. Insbesondere zwei in den 1990er Jahren veröffentlichte Artikel⁶ bildeten den Auftakt für eine Reihe von Veröffentlichungen zu rechtlichen Aspekten in *Star Trek* und anderen Beispielen der Popkultur. Der vorliegende Artikel möchte diese Tradition fortsetzen und befasst sich dazu mit einem Fall aus der Folge *Dax*⁷ von *Star Trek: Deep Space Nine* (im Folgenden: „*Star Trek: DS9*“):

Die Figur der Lieutenant Jadzia Dax gehört dem Volk der Trill an und besteht aus zwei Einheiten, die miteinander in Symbiose leben, nämlich der humanoiden Jadzia und dem wurmförmigen Symbionten Dax. Der Symbiont Dax lebte zuvor in Symbiose mit dem humanoiden Curzon als Figur Curzon Dax bis zum Tode Curzons. Kann nun Jadzia Dax für Taten strafrechtlich verfolgt werden, die Curzon Dax begangen haben soll?

Da die Serie diese Frage offenlässt, möchte dieser Artikel eine Antwort darauf finden. Hierfür werden wir zunächst den außerirdischen Rahmen untersuchen (A.) und sodann das irdische Recht (B.). Dafür werden wir die Möglichkeit analysieren, die Vereinigung zwischen zwei Unternehmen analog auf Jadzia Dax anzuwenden, welche aus zwei in Symbiose lebenden Einheiten besteht. Dabei werden wir uns zunächst auf das europäische Fusionsrecht stützen (B. I.) und sodann auf das deutsche Konzernrecht (B. II.). Eine Untersuchung dieser beiden Vereinigungsformen soll sodann die Frage beantworten, ob Jadzia Dax für Taten strafrechtlich verfolgt werden kann, die Curzon Dax begangen haben soll.

A. Der außerirdische Rahmen

I. Sachverhalt

Jadzia Dax gehört dem Volk der Trill an. Die Trill sind eine humanoide Spezies und sehen also menschenähnlich aus. Einige von ihnen werden im Laufe ihres Lebens sogenannter Wirt für einen wurmförmigen Symbionten. Dieser Symbiont hat eine deutlich höhere Lebenserwartung als seine Wirte, weshalb er kurz vor dem Tode seines Wirtes in

* Die Autorin ist juristische Referentin am Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung.

¹ *Stürmer/Meier* (Hrsg.), *Recht Populär*, 20.

² *TeleVersionen – Recht in Film und Fernsehen* (2/2012), *ForumRecht*, <https://forum-recht-online.de/wp/?heft=2012-2>, Abruf v. 7.3.2022.

³ *Daily, About, Law and the Multiverse*, <https://lawandthemultiverse.com/about/>, Abruf v. 7.3.2022.

⁴ *Mederson/Gilliland*, Home, *The Legal Geeks*, <https://thelegalgeeks.com/>, Abruf v. 7.3.2022.

⁵ NUJS offers Harry Potter elective, Student Juridical Association, <https://sja.nujs.edu/newsroom/2018/10/11/the-potter-course>, Abruf v. 7.3.2022.

⁶ *Joseph/Carlton*, *University of Toledo Law Review* 24 (1992), 43; *Scharf/Roberts*, *University of Toledo Law Review* 25 (1994), 577.

⁷ *Star Trek: DS9*, Staffel 1, Folge 8: *Dax*, inoffizielles Drehbuch bei *Star Trek Minutiae*, <https://www.st-minutiae.com/resources/scripts/408.txt>, Abruf v. 7.3.2022, im Folgenden „*Dax*“.

den Körper eines neuen Wirtes transplantiert wird. Im Fall der Lieutenant Jadzia Dax lautet der Name des Symbionten Dax und derjenige der Wirtin Jadzia. Seit die Symbiose von Dax und Jadzia durch Transplantation des Symbionten Dax in den Körper Jadzias geformt wurde, heißt diese neue Person Jadzia Dax. Davor hatte der Symbiont Dax bereits sechs andere Wirte, insbesondere zuletzt Curzon, welcher ab der Symbiose mit Dax Curzon Dax hieß.

In der Folge *Dax* wird Curzon Dax vorgeworfen, eine andere Person getötet zu haben, nämlich den General Ardelon Tandro des Planeten Klaestron IV. Da Curzon inzwischen verstorben ist und Dax nun in Symbiose mit Jadzia lebt, stellt sich die Frage, ob Jadzia Dax strafrechtlich verantwortlich ist für Taten, die Curzon Dax vorgeworfen werden. Ilon Tandro, der Sohn des Opfers, fordert die Auslieferung von Jadzia Dax, während Commander Benjamin Sisko, welcher der Vorgesetzte von Jadzia Dax ist und bereits mit Curzon Dax befreundet war, als Anwalt von Jadzia Dax agiert.

Ilon Tandro bringt zwei Argumente vor: Zunächst führt er an, Curzon Dax und Jadzia Dax seien durch die Symbiose mit Dax eigentlich dieselbe Person. Sollte das Schiedsgericht dieser Hypothese nicht folgen, so argumentiert er, sei zumindest der Symbiont Dax persönlich für die vorgeworfenen Taten verantwortlich. Da Symbiont und Wirt nicht getrennt werden können, ohne dass beide innerhalb von 93 Stunden sterben, müsse Jadzia als Wirtin zusammen mit Dax ausgeliefert und strafrechtlich verfolgt werden.

Commander Sisko, der Arzt Julian Bashir sowie ein Experte für das Volk der Trill sagen als Zeugen und/oder Sachverständige zu verschiedenen Aspekten aus, um die Frage zu beantworten, ob Jadzia Dax eine neue Person ist.⁸

II. Das Recht der Trill

Es verwundert, dass das Recht der Trill keine Regelung für diese Frage zu haben scheint. Jedenfalls zeigen andere Folgen von *Star Trek: DS9*, dass das Recht und die Gesellschaft der Trill die Person, die durch Symbiose aus Symbionten und Wirt entsteht, als separat von derjenigen Person ansieht, welche durch Symbiose desselben Symbionten mit einem vorigen Wirt entstanden war. So ist es einem Trill in Symbiose beispielsweise verboten, eine Liebesbeziehung mit einer Person oder einem Symbionten einzugehen, mit welcher oder welchem der Symbiont bereits während einer früheren Symbiose eine Liebesbeziehung

hatte.⁹ Ebenso scheint es auch für Versprechen gegenüber Freunden keine Vorgabe zu geben, diese Versprechen bei einer neuen Symbiose einhalten zu müssen – im Gegenteil. Zwar fühlt sich Jadzia in einer anderen Folge der Serie an ein Versprechen gebunden, dass Curzon Dax einigen klingonischen Freunden gegeben hatte. Jedoch rechtfertigt sie dies mit ihrem Respekt für das Konzept der Ehre und der Rache bei den Klingonen und nicht mit einer etwaigen Vorgabe aus ihrem Verständnis als Trill. Ihre Freunde insistieren im Gegenteil darauf, dass sie nicht an Versprechen gebunden sei, die Curzon Dax gegeben habe.¹⁰

B. Das irdische Recht

Im Laufe der Anhörung wird es immer unwahrscheinlicher, dass die Schiedsrichterin derjenigen Argumentation folgen könnte, wonach Jadzia Dax und Curzon Dax dieselbe Person wären. Grund hierfür sind die Aussage des Trill Ministers Slein Peers als Experte für die Trill sowie des Commander Sisko. Gemäß ihrer Analysen verfügt ein Trill in Symbiose über einen eigenen Charakter, da jeder neue Wirt seine eigenen Charakterzüge und Erfahrungen hinzufügt. Auch der Symbiont selbst wird durch die Erfahrungen der vorangegangenen Symbiosen bereichert.¹¹ Besonders die Aussage des Arztes Bashir steht der Hypothese entgegen, Jadzia Dax könnte als identisch mit Curzon Dax angesehen werden. Bashir erklärt, die Gehirnströme von Curzon Dax unterschieden sich maßgeblich von denen von Jadzia Dax, was auf das Bestehen zweier unterschiedlicher Personen hinweise. Dies sei darauf zurückzuführen, dass das Gehirn eines Trill in Symbiose aus zwei Gehirn-Kernen bestehe, welche gemeinsam arbeiteten wie zwei miteinander verbundene Computer. Untersuche man jedoch nur den Gehirn-Kern des Symbionten, so zeige dieser keine Veränderung seit der Symbiose. Seine Gehirnströme würden durch die Symbiose nicht berührt.¹² Folglich könne Jadzia Dax nicht strafrechtlich verantwortlich sein für die Curzon Dax vorgeworfene Tötung.

Die zweite Argumentationslinie Ilon Tandros erweist sich hingegen als komplizierter. Sollte Jadzia im Falle einer Verurteilung des Symbionten Dax als Kollateralschaden ebenfalls die Todesstrafe erleiden müssen? Da die Serie dies offenlässt, stellt sich die Frage, ob Jadzia Dax gemäß unserem irdischen Recht für die gegebenenfalls von Curzon Dax begangene Tat rechtlich verantwortlich ist. Während Defferrard in seinem Buch auf die Grundprinzipien

⁸ An dieser Stelle ist es wichtig, die Trill aus der Serie *Star Trek: DS9* von den Trill aus der Serie *Star Trek: The Next Generation* zu unterscheiden. In ersterer koexistieren Wirt und Symbiont und ihre Charakterzüge und Erfahrungen verschmelzen (*Dax*); in letzterer dominiert der Symbiont und unterdrückt vollständig die Persönlichkeit des Wirtes (Staffel 4, Folge 23: *The Host*, inoffizielles Drehbuch bei Star Trek Minutiae, <https://www.st-minutiae.com/resources/scripts/197.txt>, Abruf v. 7.3.2022).

⁹ *Star Trek: DS9*, Staffel 4, Folge 6: *Rejoined*, inoffizielles Drehbuch bei Star Trek Minutiae, <https://www.st-minutiae.com/resources/scripts/478.txt>, Abruf v. 7.3.2022, im Folgenden „*Rejoined*“.

¹⁰ *Star Trek: DS9*, Staffel 2, Folge 19: *Blood Oath*, inoffizielles Drehbuch bei Star Trek Minutiae, <https://www.st-minutiae.com/resources/scripts/439.txt>, Abruf v. 7.3.2022).

¹¹ *Dax*.

¹² *Dax*.

des allgemeinen Strafrechts abstellt,¹³ kommt auch ein anderer Ansatz in Betracht.

I. Ist Jadzia Dax ein Unternehmen?

Das Schlüsselement des vorliegenden Falles ist die Symbiose aus zwei Einheiten. Auch wenn dies sehr weit weg von unserer menschlichen Realität erscheint, so finden sich im irdischen Recht durchaus Vorschriften über die Symbiose von zwei Einheiten, nämlich bei der Fusion zweier Unternehmen. Es bietet sich an, hier auf das europäische Recht zurückzugreifen, da dieses die Verschmelzung zweier juristischer Personen in der Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts (im Folgenden: „Richtlinie“) regelt. Die Artikel 89 und 90 der Richtlinie unterscheiden zwischen der „Verschmelzung durch Aufnahme“¹⁴ und der „Verschmelzung durch Gründung einer neuen Gesellschaft“¹⁵.

Während die Verschmelzung durch Aufnahme daraus besteht, dass mindestens eine Gesellschaft (übertragende Gesellschaft) ihre Aktiva und Passiva auf eine andere Gesellschaft (übernehmende Gesellschaft) überträgt, übertragen bei der Verschmelzung durch Gründung einer neuen Gesellschaft mindestens zwei übertragende Gesellschaften ihre Aktiva und Passiva auf eine neue übernehmende Gesellschaft, welche sie gemeinsam gründen. Beiden Arten der Fusion ist die Tatsache gemein, dass die übertragenden Gesellschaften im Moment der Verschmelzung aufhören zu existieren. Die Richtlinie regelt dies in Art. 105¹⁶ ausdrücklich für die Verschmelzung durch Aufnahme. Für die Verschmelzung durch Gründung einer neuen Gesellschaft findet sich dies in der Definition selbst, welche auf die Auflösung der Gesellschaften verweist. Fraglich ist nun, inwiefern dieser Mechanismus mit der dargestellten Situation aus *Star Trek: DS9* vergleichbar ist, um, gegebenenfalls, die genannten Vorschriften über die Fusion zweier Unternehmen analog anwenden zu können.

Im Laufe der Anhörung wird durch die verschiedenen Aussagen deutlich, dass sich die Charaktereigenschaften und Erfahrungen der beiden Einheiten, also des Wirts und des Symbionten, miteinander vermischen.¹⁷ Gleichzeitig erklären die Aussagenden, dass sowohl der Symbiont als auch der humanoide Trill weiterhin existieren. Im Hinblick auf den Symbionten erklärt dies der Arzt Bashir indem er aufzeigt, die Gehirnströme des Symbionten einzeln messen zu können und dass diese sich durch die Symbiose und trotz der Verbindung mit dem humanoiden Gehirn nicht verändert haben. Bashir äußert sich nicht direkt zum Gehirn des

Wirts. Die Tatsache jedoch, dass die beiden Einheiten voneinander getrennt werden und noch 93 Stunden ohne den anderen leben können, weist darauf hin, dass die Einheiten nicht schon mit der Symbiose aufhören zu existieren, sondern erst nach ihrer Trennung. Folglich ist eines der Kernelemente der Verschmelzung zweier Gesellschaften nicht erfüllt, sodass die Fusion nicht analog auf die Symbiose eines humanoiden Trills mit einem Symbionten angewendet werden kann. Jadzia Dax kann mithin nicht mit einem Unternehmen verglichen werden.

II. Ist Jadzia Dax zwei Unternehmen?

Vielleicht war die Frage jedoch lediglich nicht ganz richtig gestellt. Anstatt zu fragen, ob Jadzia Dax ein Unternehmen ist, könnte der Vergleich des Arztes Bashir mit zwei verbundenen Computern noch weiter berücksichtigt werden. Ist Jadzia Dax also zwei Unternehmen?

1. Rechtsgrundlage

Wenn sich mindestens zwei Unternehmen zusammenschließen und dennoch ihre jeweilige Rechtspersönlichkeit behalten möchten, so können sie einen Konzern bilden. Es bietet sich also an, das Konzernrecht auf seine analoge Anwendbarkeit auf den vorliegenden Fall hin zu untersuchen.

§ 18 AktG definiert die verschiedenen Arten von Konzernen. Die wichtigste Art ist in Abs. 1 geregelt und zeichnet sich durch eine hierarchische Beziehung zwischen den Konzernunternehmen aus. Ein sogenannter Unterordnungskonzern besteht demnach aus einem herrschenden und mindestens einem abhängigen Unternehmen, welche zusammen der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens unterstehen. Diese hierarchische Beziehung ist in erster Linie unter den Begriffen „Muttergesellschaft“ für das herrschende Unternehmen und „Tochtergesellschaft“ für das abhängige Unternehmen bekannt. Um einen solchen Unterordnungskonzern zu bilden, müssen drei Voraussetzungen erfüllt sein: Es muss sich um mindestens zwei Unternehmen handeln, welche jeweils ihre eigene Rechtspersönlichkeit haben und die sich unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammenschließen.

Im Hinblick auf die erste Voraussetzung besteht kein Anlass daran zu zweifeln, dass ein Wirt und ein Symbiont vor ihrer Symbiose jeweils eine eigene Rechtspersönlichkeit besitzen. Da nur ein geringer Teil der humanoiden Trill in Symbiose mit einem Symbionten lebt,¹⁸ ist es unzweifelhaft, dass humanoide Trill sowohl ohne als auch mit Sym-

¹³ Defferrard, *Le droit selon Star Trek*, 2015, S. 191 ff., mit Hinweis auf eine Analyse aus philosophischer Sicht durch Hanley, *The Metaphysics of Star Trek*, 1997.

¹⁴ Art. 89 der Richtlinie.

¹⁵ Art. 90 der Richtlinie.

¹⁶ Art. 105 Abs. 1 lit. c) der Richtlinie.

¹⁷ Siehe oben, unter Punkt II.

¹⁸ Selbst wenn etwa die Hälfte der Trill Bevölkerung dazu in der Lage wäre, siehe *Star Trek: DS9*, Staffel 3, Folge 4: *Equilibrium*, inoffizielles Drehbuch bei Star Trek Minutiae, <https://www.st-minutiae.com/resources/scripts/450.txt>, Abruf v. 7.3.2022; im Folgenden „*Equilibrium*“.

bionten eine eigene Rechtspersönlichkeit haben. Die Symbionten leben bis zu ihrer Symbiose in einem unterirdischen See auf dem Planeten Trill. Sie können sowohl untereinander als auch mit bestimmten humanoiden Trill, den sogenannten Wächtern, mittels elektrischer Entladungen kommunizieren und verfügen jeweils über individuelle Charakterzüge. Ihr Leben kann mehrere Jahrhunderte dauern und sie behalten die Erinnerung an all diese verschiedenen Phasen ihres Lebens.¹⁹ Trotz ihrer wurmähnlichen Erscheinung besteht daher kein Zweifel an ihrer Rechtspersönlichkeit.

Auch der Zusammenschluss der beiden Einheiten und damit die zweite Voraussetzung sind fraglos gegeben. Für die Symbiose zwischen einem humanoiden Trill und einem Symbionten wird letzterer im Rahmen einer Operation in den Bauch des ersteren eingesetzt. Sodann funktionieren die beiden Einheiten gemeinsam wie eine einzelne Person.²⁰ Wie bereits oben dargestellt,²¹ ist diese Symbiose nicht mit einer Verschmelzung im rechtlichen Sinne vergleichbar, da die beiden Einheiten jeweils ihre Persönlichkeit behalten und keine von ihnen aufhört, zu existieren. Folglich kann die Symbiose ohne Weiteres als Zusammenschluss im Sinne des § 18 Abs. 1 AktG angesehen werden. Es bleibt also die Frage, ob Wirt und Symbiont während der Symbiose der einheitlichen Leitung einer der beiden Einheiten unterstehen. Einer der beiden muss also gegenüber dem anderen herrschend sein, während der andere von der herrschenden Einheit abhängig sein müsste. Das Gesetz sieht hierfür zwei verschiedene Möglichkeiten vor: a) eine unwiderlegbare Vermutung sowie b) eine widerlegbare Vermutung.

a) Unwiderlegbare Vermutung

Zunächst muss untersucht werden, ob die Voraussetzungen der unwiderlegbaren Vermutung vorliegen. Gemäß § 18 Abs. 1 S. 2 AktG handelt es sich jedenfalls dann um einen Unterordnungskonzern, wenn ein sogenannter Beherrschungsvertrag im Sinne des § 291 AktG zwischen den beiden Einheiten vorliegt oder wenn eine der Einheiten in die andere eingegliedert wurde gemäß den §§ 319 ff. AktG. Für die erste Variante muss also ein Beherrschungsvertrag gegeben sein. Es scheint jedoch kein wie auch immer gearteter Vertrag zwischen Wirt und Symbionten über ihre Symbiose zu geben. Die sogenannte *Symbiosis Commission* weist die Symbionten ihren für die Symbiose ausgewählten Wirten zu. In einer anderen Folge der Serie²² erklärt Jadzia Dax, Jadzia habe darum gebeten, den Dax Symbionten zu erhalten, als sie erfuhr, dass Curzon im Sterben lag. Ihr Gesprächspartner, ein anderer Trill, fragt sie daraufhin, wie Curzon darauf reagiert habe. Die Tatsa-

che, dass der Gesprächspartner nicht fragt, wie der Symbiont Dax reagiert hatte, zeigt, dass der Symbiont nicht das Recht oder nicht die Möglichkeit zu haben scheint, seinen Willen dazu zu äußern. Ein Vertrag zwischen Wirt und Symbionten scheint also nicht zu existieren.

Die zweite Variante, um eine unwiderlegbare Vermutung auszulösen, beruht auf der Eingliederung im Sinne des § 319 AktG. Diese Eingliederung wird oft mit der Verschmelzung zweier Unternehmen²³ verglichen mit dem Unterschied, dass die übertragende Gesellschaft ihre Rechtspersönlichkeit behält²⁴. Sie wird eine Abteilung der übernehmenden Gesellschaft, jedoch mit eigener Rechtspersönlichkeit. Dennoch hat die Leitung der übernehmenden Gesellschaft gemäß § 323 AktG das Recht, der Abteilung Weisungen zu erteilen. Nach Auffassung der herrschenden Meinung umfasst dies auch das Recht, diese Abteilung sowie die übertragende Gesellschaft aufzulösen.²⁵ Zwar würde das Konzept einer Art Fusion, bei welcher auch die übertragende Gesellschaft ihre Rechtspersönlichkeit behält, dem Grunde nach zur Symbiose zwischen Wirt und Symbionten passen, allerdings steht das genannte Recht zur Auflösung einer Analogie zur Eingliederung im Sinne der §§ 319 ff. AktG entgegen. Die Tatsache, dass der Wirt als übernehmende Einheit das Recht hätte, den Symbionten als übertragende Einheit zu eliminieren, widerspricht der hohen Achtung, welche die Trill Gesellschaft den Symbionten entgegenbringt. Diese beruht vermutlich auf der hohen Lebenserwartung der Symbionten sowie darauf, dass es deutlich weniger Symbionten als humanoide Trill gibt. Bei einem Notfall wird es als wichtiger angesehen, das Leben eines Symbionten zu retten als dasjenige eines humanoiden Trills.²⁶

Daher kann die Symbiose eines Trill Wirtes mit einem Symbionten mit keiner der vorgenannten Varianten verglichen werden, welche als Folge eine unwiderlegbare Vermutung zugunsten eines Unterordnungskonzerns haben.

b) Widerlegbare Vermutung

In einem zweiten Schritt gilt es nun zu untersuchen, ob die Voraussetzungen für eine widerlegbare Vermutung erfüllt sind. Gemäß § 18 Abs. 1 S. 3 AktG wird das Bestehen eines Unterordnungskonzerns vermutet, wenn eine der beiden Gesellschaften von der anderen abhängig ist im Sinne des § 17 AktG. Es stellt sich also die Frage, ob eine der beiden Einheiten einen beherrschenden Einfluss auf die andere ausüben kann, sei es unmittelbar oder mittelbar. Wie bereits dargestellt²⁷ besteht das Gehirn eines Trill in Symbiose aus zwei miteinander verbundenen und gemeinsam arbeitenden Gehirn-Kernen, nämlich demjenigen des Wirts und

¹⁹ *Equilibrium*.

²⁰ Siehe oben, unter Punkt II.

²¹ Siehe oben, unter Punkt II. A.

²² *Star Trek: DS9*, Staffel 2, Folge 17, *Playing God*, inoffizielles Drehbuch bei Star Trek Minutiae, <https://www.st-minutiae.com/resources/scripts/437.txt>, Abruf v. 7.3.2021.

²³ Siehe hierzu oben, unter Punkt II. A.

²⁴ Siehe hierzu beispielsweise *Grigoleit*, in: Grigoleit (Hrsg.), *Aktien-gesetz*, 2. Aufl. 2020, § 319 AktG Rn. 1.

²⁵ Z. B. *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Hrsg.), *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, 9. Aufl. 2019, § 323 AktG Rn. 2.

²⁶ *Equilibrium*.

²⁷ Siehe oben, unter Punkt II.

demjenigen des Symbionten. Dies könnte für eine gemeinsame Leitung der Person in Symbiose sprechen, ohne hierarchische Beziehung zwischen den beiden Einheiten. Diese Schlussfolgerung ließe jedoch außer Acht, dass der Wirt dem Symbionten gegenüber in mehrerlei Hinsicht überlegen ist: Als erstes ist hier die bereits dargestellte²⁸ Tatsache zu nennen, dass Symbionten, im Gegensatz zu den humanoiden Trill, nicht auswählen können, mit wem sie eine Symbiose eingehen möchten. Dies führt zu einem Machtgefälle zwischen den beiden Einheiten und könnte für eine hierarchische Beziehung sprechen. Als zweites sind die körperlichen Aspekte zu nennen: Während der Symbiont nur mit sehr wenigen anderen Lebewesen kommunizieren kann, ist ein humanoider Trill in der Lage, mit allen anderen humanoiden Lebensformen zu sprechen. Zudem kann sich der wurmförmige Symbiont ab der Symbiose auch nicht mehr frei bewegen, sondern befindet sich im Körper des Wirts und es ist dieser letztgenannte Körper, der handelt und sich fortbewegt. Auch die Tatsache, dass die beiden Einheiten während der Symbiose nicht im natürlichen Lebensraum der Symbionten, also in den unterirdischen Seen auf dem Planeten Trill leben, sondern im Lebensraum der humanoiden Wirte, zeigt eine gewisse Überlegenheit des Wirts während der Symbiose. Schließlich ist der wohl wichtigste Punkt die geistige Kontrolle: Humanoide Trill durchlaufen eine besondere Ausbildung, um mit einem Symbionten in Symbiose leben zu können, ohne von den Charaktereigenschaften und Erinnerungen des Symbionten überwältigt zu werden. Durch ihren Erfahrungsschatz in vorangegangenen Symbiosen wären Symbionten durchaus in der Lage, einen Wirt zumindest mental zu dominieren. Das strenge Auswahlverfahren und die sehr anspruchsvolle Ausbildung der zukünftigen Wirte ermöglicht es diesen jedoch, den Symbionten in Schach zu halten, um so eine echte und für beide Seiten bereichernde Symbiose zu gewährleisten.

Daraus ergibt sich, dass der Wirt während der Symbiose direkten beherrschenden Einfluss auf den Symbionten nehmen kann, sodass vermutet werden kann, ihre Symbiose gleiche einem Unterordnungskonzern.

2. Rechtsfolgen

Für die Ausgangsfrage, ob Jadzia Dax strafrechtlich für Taten verfolgt werden kann, die unter anderem ihr Symbiont Dax begangen haben soll, als er mit Curzon in Symbiose lebte, müssen also die Vorschriften über Unterordnungskonzerne herangezogen werden. Auf den ersten Blick erscheint dies schwierig, da das deutsche Strafrecht nicht auf juristische Personen anwendbar ist, sondern nur auf natürliche Personen. Juristische Personen können lediglich im Rahmen des Ordnungswidrigkeitenrechts sanktioniert werden. Aber auch dort lassen sich Hinweise dazu finden, inwiefern die einzelnen Mitglieder eines Unterordnungskonzerns für Rechtsverstöße verantwortlich sind.

²⁸ Siehe oben, unter Punkt II. B. 3. a).

Allgemein betrachtet zeichnen sich Konzerne insbesondere im Vergleich zu fusionierten Unternehmen in erster Linie dadurch aus, dass die einzelnen Mitglieder des Konzerns ihre jeweilige Rechtspersönlichkeit behalten. Dies ergibt sich bereits aus der obengenannten²⁹ Definition des Unterordnungskonzerns, wonach es sich bei dessen Mitgliedern um juristisch unabhängige Unternehmen handelt. Dieses Prinzip der individuellen Rechtspersönlichkeit findet sich auch im auf juristische Personen anwendbaren Ordnungswidrigkeitenrecht wieder. Demnach werden Mitglieder eines Konzerns nicht für solche Taten sanktioniert, die durch die Leitung eines anderen Konzernmitglieds begangen wurden. Obwohl § 30 OWiG nicht nur in seinem Abs. 1 allgemein die Verantwortlichkeit von Gesellschaften regelt, sondern auch in seinem Abs. 2a diejenige ihrer Rechtsnachfolger, sieht das Gesetz keine Verantwortlichkeit für andere Konzernmitglieder vor.

Rechtsprechung und Literatur diskutieren die Möglichkeit, anderen Mitgliedern wie insbesondere der herrschenden Muttergesellschaft eines Unterordnungskonzerns eine individuelle Verantwortlichkeit zuzuschreiben. Hierzu wird § 130 OWiG herangezogen, welcher die Verletzung von Aufsichtspflichten sanktioniert. Eine analoge Anwendung dieser Vorschrift scheidet für die vorliegende Konstellation jedoch aus. Folgt man derjenigen Auffassung, nach welcher eine solche Aufsichtspflicht des herrschenden Unternehmens bei Unterordnungskonzernen existiert,³⁰ so ist die wichtigste Voraussetzung der Norm eine Verletzung der Aufsichtspflicht seitens des herrschenden Unternehmens mit der Folge einer Pflichtverletzung seitens des abhängigen Unternehmens. Auch wenn eine solche Aufsichtspflicht für einen humanoiden Wirt in Symbiose gegenüber dem Symbionten grundsätzlich denkbar ist, ist sie jedoch ausgeschlossen für den Fall, dass die vorgeworfene Pflichtverletzung während der Symbiose mit einem vorangegangenen Wirt begangen wurde. Bis zum Ende seiner Ausbildung für die Symbiose weiß ein humanoider Trill noch nicht, ob er überhaupt einen Symbionten erhalten wird und wenn ja, wann und welcher dies sein wird. Einen zukünftigen Wirt kann also keine Aufsichtspflicht für alle denkbaren Symbionten treffen. Erst recht nicht, wenn, wie im Fall von Jadzia Dax, der Wirt zum Zeitpunkt der vorgeworfenen Tat durch den Symbionten noch gar nicht geboren war³¹. Folglich muss für den vorliegenden Fall gar nicht entschieden werden, ob § 130 OWiG auch auf herrschende Unternehmen in einem Unterordnungskonzern Anwendung finden soll.

Zum gleichen Ergebnis kommt man auch, wenn man eine im Kartellrecht verankerte Wertung miteinbezieht. § 81 GWB sieht in seinem Abs. 3a vor, dass Konzernmitglieder

²⁹ Siehe oben, unter Punkt II. B. 1.

³⁰ Für eine Zusammenfassung des Streitstandes siehe beispielsweise Fournier, in: Fournier/Langhorst/van den Bosch/Viennet, Strafbarkeit von Unternehmen, Stand 30.4.2019, E-Avis ISDC 2019-09, <https://www.isdc.ch/media/1859/e-2019-09-18-073-strafrechtliche-sanktionierung.pdf>, Abruf v. 7.3.2022, S. 9 (11 ff.).

³¹ Vgl. Dax.

für Taten sanktioniert werden können, die durch die Leitung eines anderen Konzernmitglieds begangen wurden. Voraussetzung für eine solche Verantwortlichkeit ist jedoch, dass die Gesellschaft zum Zeitpunkt der Tatbegehung Mitglied des Konzerns war und dass ihre Leitung die Person, die die Tat begangen hat, maßgebend beeinflusst hat. Daraus ergibt sich, dass diese Vorschrift keine Rechtsnachfolger zur Verantwortung zieht und daher im vorliegenden Fall auch nicht auf Jadzia anwendbar ist, welche zum Zeitpunkt der vorgeworfenen Tat noch nicht in Symbiose mit Dax lebte und noch nicht einmal geboren war.

C. Schlussfolgerung

Aus der vorangegangenen Untersuchung ergibt sich, dass es durchaus möglich wäre, die Lücke im Recht der Trill mit unserem irdischen Recht zu füllen. So könnte man die Frage, ob ein humanoider Trill-Wirt für Taten strafrechtlich verantwortlich ist, die sein Symbiont vor ihrer Symbiose begangen haben soll, mit einer Analogie zum deutschen Recht der Unterordnungskonzerne beantworten. Gemäß dieser Analogie behalten Wirt und Symbiont während der Symbiose jeweils ihre Rechtspersönlichkeit, obwohl sie von einem gemeinsamen Gehirn geleitet werden. Gleichzeitig besteht ein Machtgefälle, welches den Symbionten abhängig macht vom herrschenden Wirt. In Anbetracht dieser individuellen Rechtspersönlichkeiten von Wirt und Symbionten wäre es nicht möglich, die Wirtin Jadzia für eine Tat strafrechtlich zu verfolgen, die dem Symbionten Dax vorgeworfen wird. Jadzia darf also kein Kollateralschaden werden.

Die (Pro-)Seminararbeit als Aufgabenstellung im rechtswissenschaftlichen Studium – Grundsätzliches, Neues, Zeitloses

Dr. Kevin Franzke, Bonn*

*Die Seminararbeit stellt eine für das Gesamtergebnis des Schwerpunktstudiums und damit auch für die erste Prüfung insgesamt sehr bedeutsame Leistung dar. Obwohl die Noten weit überdurchschnittlich gut ausfallen, ist bei Studierenden oftmals eine große Unsicherheit festzustellen. Der Beitrag geht daher den aus Sicht des Verfassers häufigsten und wichtigsten Fragen der Studierenden nach und zeigt aus Prüfer*innenperspektive wiederkehrend zu beobachtende Fehler auf. Dabei werden auch neuere Möglichkeiten wie die Verwendung eines Literaturverwaltungsprogramms und die aktuelle Debatte um die Verwendung gendersensibler Sprache in den Blick genommen. Der Beitrag schließt mit einem Ausblick auf die Zukunft des Proseminars als Format zum Erlernen wissenschaftlichen Arbeitens.*

A. Keine Angst vor dem Seminar!

Es ist ein wiederkehrendes Ritual unter Studierenden, das sich jedes Semester zur gleichen Zeit beobachten lässt: Mit den ersten Seminarankündigungen auf der Homepage des Bonner¹ Fachbereichs Rechtswissenschaften entsteht in den sozialen Medien Unruhe und es wird danach gefragt, welche/r Seminarleiter*in spannende Themen ausgibt, die wenig Arbeit bereiten und mit Prädikatsnoten bewertet werden. Große Unsicherheit zeigen aber auch Fragen, die das „Wie“ der Seminararbeit betreffen. Jüngst schrieb ein/e anonyme/r Student*in auf der App *Jodel*: „Ich habe keine Ahnung was ich im Seminar machen soll, weil ich zu meinem Proseminar nie ein Feedback erhalten habe und keine Ahnung habe, bei welchem Thema ich [wie] eine gute Leistung abliefern.“² Die Notenstatistik gibt indes keinen Grund zur Furcht vor dem Seminar: Während vor dem Justizprüfungsamt am OLG Köln in der staatlichen Pflicht-

fachprüfung 2021 25,66 % der Prüflinge mit einem Prädikat (ab 9,0 Punkten, § 17 Abs. 2 JAG NRW) abgeschlossen haben und 24,97 % nicht bestanden haben³, erzielten im Schwerpunktbereichsstudium an der Universität Bonn in den Jahren 2015-2021 62,3 % der Studierenden ein Prädikat und nur 4,34 % fielen durch.⁴ Schaut man sich nur die Seminarleistungen an, werden die Unterschiede zur staatlichen Prüfung sogar noch extremer: So erzielten im Sommersemester 2022 70,6 % der Seminarteilnehmer*innen ein Prädikat (ab 10 Punkten, § 17 Abs. 1 JAG NRW), während 0,6 % (n=1) durchfielen.⁵ Können die Studierenden also der Statistik nur Beruhigendes entnehmen,⁶ muss deren Sorge einen anderen Ursprung haben. Nicht nur die Nachricht des/der anonymen Studierenden legt die Vermutung nahe, dass das Seminar für viele als „große Unbekannte“ erscheint, denn mit der Anfertigung einer Themenarbeit und der Präsentation der eigenen Thesen in einem Seminarvortrag betreten die an Falllösungen und Vorlesungen als Prüfungs- und Lehrformat gewöhnten Studierenden ungewohntes Terrain. Nun ist es keineswegs so, als gäbe es keine Anleitungen für eine gelungene Seminararbeit⁷ oder die Konzeption eines ansprechenden Vortrags.⁸ Dieser Beitrag möchte daher im Sinne eines Erfahrungsberichts aus Dozent*innenperspektive die häufig von Studierenden angesprochenen Problemkreise und Ängste beleuchten und dabei auch auf neuere technische und gesellschaftliche

* Der Autor ist akademischer Rat a. Z. am Kriminologischen Seminar und Institut für Medizinstrafrecht der Universität Bonn. Er hat seit 2016 zahlreiche Proseminare veranstaltet.

¹ Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf die Sach- und Rechtslage in Bonn, wobei keine wesentlichen Unterschiede zu anderen Fakultäten bestehen, vgl. die Übersichten bei *Basak/Köchel*, Methoden für das Lehren und Prüfen wissenschaftlicher Arbeitstechniken, in: *Kramer/Kuhn/Putzke* (Hrsg.), *Schwerpunkte im Jurastudium*, 2015, S. 256 (273 ff.); *Scherpe*, *JuS-Extra* 2017, 10 (11).

² <https://shared.jodel.com/U376QdXmtwb>, Abruf v. 29.1.2023. Bei dieser App können sich Nutzer*innen mit Personen, die sich in einem definierten Umkreis aufhalten, anonym austauschen, im Beispiel etwa im Channel „@jurabonn“.

³ https://www.olg-koeln.nrw.de/aufgaben/justizpruefungsamt/005_statistiken/003_StAPfP-2021-veroeffentlichen.pdf, Abruf v. 29.1.2023, eigene Berechnung nach S. 6.

⁴ https://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Pruefungsausschuss/Statistik/WS2021_22/20152_20212_Pruefungstatistik_gesamt_SPB.pdf, Abruf v. 29.1.2023, eigene Berechnung.

⁵ https://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Pruefungsausschuss/Statistik/SS2022/Statistik_SPB_Seminare_20221.pdf, Abruf v. 29.1.2023, eigene Berechnung.

⁶ Eine Heidelberger Analyse ergab eine Durchschnittsnote für Seminararbeiten von 10,33 Punkten, vgl. *Kaiser*, *ZJS* 2018, 221 (221).

⁷ *Mann*, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015; *Moellers*, Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten, 10. Aufl. 2021; *Putzke*, Juristische Arbeiten erfolgreich schreiben, 7. Aufl. 2021; *Schimmel/Basak/Reiß*, Juristische Themenarbeiten, 3. Aufl. 2017; *Lahnsteiner*, *JURA* 2011, 580; *Noltensmeier/Schuh*, *JA* 2008, 576; *Schaub*, *ZJS* 2009, 637; *Scherpe*, *JuS* 2017, 203 stellen nur eine kleine Auswahl dar.

⁸ *Z. B. Büdenbender/Bachert/Humbert*, *JuS* 2002, 24; *Scherpe*, *JuS* 2017, 624.

Entwicklungen hinweisen. Die abschließenden Überlegungen zum Lernen und Lehren wissenschaftlichen Arbeitens an den Universitäten rufen Studierende zu einer sinnvollen Nutzung des Proseminars auf, nehmen aber auch die Lehrenden in die Pflicht.

B. Die Aufgabenstellung

Das Gefühl der Ahnungslosigkeit resultiert nicht selten bereits aus einer Unkenntnis über die im Seminar zu erbringende Leistung.

I. Gesetzliche Rahmenbedingungen

Einen nicht unerheblichen Beitrag zur Verwirrung liefert das Juristenausbildungsgesetz NRW selbst, wenn es in § 2 Abs. 2 S. 1 JAG NRW als Ziel der ersten Prüfung – also der Gesamtheit von staatlicher Pflichtfachprüfung und Schwerpunktbereichsprüfung – aus gibt, „dass der Prüfling das Recht mit Verständnis erfassen und anwenden kann und über die hierzu erforderlichen Rechtskenntnisse [...] verfügt“ und in Abs. 3 der Vorschrift für das Schwerpunktstudium ergänzt, dass „darüber hinaus [...] der Prüfling insbesondere im Rahmen der universitären Schwerpunktprüfung seine Fähigkeit zu vertieftem wissenschaftlichen Arbeiten beweisen“ soll. Diese Vorgabe greift dann wiederum die universitäre Studienordnung (StO 2015⁹) auf und bestimmt in § 6 Abs. 1 StO 2015, dass gerade das Seminar dem vertieften wissenschaftlichen Arbeiten diene. Durch die Formulierung „darüber hinaus“ in § 2 Abs. 3 JAG NRW wird auf höchst unglückliche Weise angedeutet, dass nur im Seminar vertieft wissenschaftlich gearbeitet werde, während dies im Studium und der weiteren Ausbildung zum Volljuristen keine Rolle spiele. Das ist falsch! Selbstverständlich muss auch eine Fallhausarbeit, aber auch ein Urteil danach streben, eine systematische, objektive, widerspruchsfreie Lösung unter Auswertung des vorhandenen Meinungsspektrums zu präsentieren.¹⁰ Der Unterschied zum bisher Bekannten ist also überwiegend bloß ein formaler.¹¹ Besonderheiten ergeben sich jedoch

mit Blick auf die Aufgabenstellung: Während in der Fallhausarbeit der Untersuchungsgegenstand und die Fragestellung stets durch Sachverhalt und Fallfrage(n) festgelegt sind und der Lösungsweg in der gutachterlichen Subsumtion unter das Gesetz liegt, lassen sich mögliche Aufgabenstellungen von Themenarbeiten lediglich in verschiedene Typen unterteilen.¹² In jedem Fall stellt sich bei der Themenarbeit die ungewohnte Aufgabe, eine Fragestellung selbständig zu interpretieren und ggf. zu präzisieren, um sodann den Weg zur Beantwortung dieser Frage festzulegen, zu beschreiben und schließlich auch tatsächlich zu beschreiten. Die weiteren Anforderungen an das wissenschaftliche Arbeiten, namentlich die Recherche der zur Beantwortung notwendigen Informationen, deren Auswertung und Übertragung auf die eigene Fragestellung, das Beherrschen der Regeln guter wissenschaftlicher Praxis sowie die Fähigkeit zur eigenen Stellungnahme¹³ unterscheiden sich hingegen nicht von den bekannten Fallarbeiten.

II. Die „wissenschaftliche Leistung“

„Geschuldet“ wird also keine bloße Simulation einer wissenschaftlichen Arbeit sondern eine Leistung, die wissenschaftlichen Anforderungen genügt,¹⁴ die idealerweise – wie nicht nur dieses Heft zeigt¹⁵ – sogar veröffentlicht werden kann. Die Erfahrung zeigt an dieser Stelle, dass der Begriff der „wissenschaftlichen Leistung“ jedoch weiterer Konkretisierung bedarf, ist doch die wohl meistgestellte Frage in Proseminaren diejenige, wann von einer solchen Leistung überhaupt gesprochen werden kann. Besonders oft stellen Studierende diese Frage, die ein bereits ausgiebig in der Literatur behandeltes Thema aufarbeiten sollen. Die Studierenden meinen nämlich, eine innovative Lösung für „ihren“ Problemkreis entwickeln zu müssen. Dem steht aber bereits entgegen, dass Forschung naturgemäß ergebnisoffen ist, also auch die vorhandenen Lösungen als zufriedenstellend kennzeichnen können muss. Aber auch dort, wo Bearbeiter*innen Defizite im vorhandenen Meinungsspektrum feststellen, kann regelmäßig nicht erwartet werden, dass gänzlich neue Pfade von den Studierenden besritten werden. Eine wissenschaftliche Eigenleistung stellt vielmehr bereits die präzise und systematische Darstellung des Meinungsstandes nach sachlichen Gesichtspunkten (*nicht* „Müllers Ansicht“, „Maiers Ansicht“,

⁹ https://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Pruefungsausschuss/Rechts_grundlagen/Allgemein/Amtl._Bek._1533-2_StO_2015.pdf, Abruf v. 29.1.2023. Zum Zeitpunkt der Drucklegung war die StO 2023 noch nicht in Kraft. Sie enthält jedoch insoweit keine wesentlichen Abweichungen.

¹⁰ Zutreffend *Forstmoser/Ogorek/Vogt*, Juristisches Arbeiten, 4. Aufl. 2008, S. 109. Vgl. zu den Merkmalen von (Rechts-)Wissenschaft *Moellers*, (Fn. 7), S. 8 f.; *Schimmel/Basak/Reiß*, (Fn. 7), Rn. 94 ff.; *Scherpe*, (Fn. 7), 204. Zur Frage, inwiefern Rechtswissenschaft tatsächlich eine Wissenschaft ist, vgl. grundlegend v. *Kirchmann*, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1848, passim; *Larenz*, Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1966, passim; modern *Schimmel/Basak/Reiß*, RW 2014, 277 (280 ff.).

¹¹ Zutreffend *Putzke*, (Fn. 7), Rn. 46 f.; ähnlich *Krüper*, ZJS 2011, 198 (200 ff.).

¹² Etwa in die dogmatische Sachfrage, die Frage nach Grenzziehungen und die Frage nach einer Sach- oder Rechtsfrage, *Mann*, (Fn. 7), Rn. 351 ff., der jedoch die ebenfalls vorzufindenden Urteilsbesprechungen übergeht, hierzu *Putzke*, (Fn. 7), Rn. 47 und *Büdenbender*, JA 2013, 161 (161 ff.); gar zwischen 14 Typen differenzierend *Schimmel/Basak/Reiß*, (Fn. 7), Rn. 185 ff.

¹³ Diese Kriterien benennen auch *Basak/Köchel*, (Fn. 1), S. 258 f.

¹⁴ *Basak*, ZJS 2018, 568 (568); *Basak/Köchel*, (Fn. 1), S. 259.

¹⁵ Vgl. darüber hinaus etwa *Buschhaus*, GesR 2021, 688; *Stein*, BB 2020, 1879; *Amos*, BRJ 2017, 44; *Franzke*, BRJ 2015, 118 oder gar die auf Proseminararbeiten beruhenden Beiträge von *Moritz*, BRJ 2017, 158 und *Mezey*, BRJ 2019, 40.

„Schmitz' Ansicht“¹⁶ dar, an die sich eine eigene, wohlbe-gründete Stellungnahme anschließt.¹⁷ Eine neue Struktur kann man dem Meinungsstand oftmals durch eine Zuordnung der Argumente zu den gängigen Auslegungsmethoden (Wortlaut, Historie, Systematik, Telos) verleihen.¹⁸ Weiteres Potential für eigene Überlegungen kann darin liegen, die oftmals nur impliziten Prämissen¹⁹ der Autor*innen aufzudecken und zu hinterfragen. Hinter der Forderung nach der Absenkung des Strafmündigkeitsalters, um „der Jugend wieder Herr zu werden“, verbergen sich beispielsweise die – fragwürdigen – Annahmen eines tatsächlichen Anstiegs der Jugendkriminalität und der abschreckenden bzw. generalpräventiven Wirkung von strengeren Strafen. Auch das Aufdecken von parallelen Fallgestaltungen und ein Abgleich mit den für diese Konstellation gegebenen Argumenten kann die Eigenleistung untermauern.²⁰ Gänzlich neue Lösungen sind freilich denkbar und können eine hervorragende Leistung darstellen. Studierende sollten sich aber ganz sicher sein, dass sie sich selbst innerhalb ihres Konzepts zurecht finden und gegen ihre Lösung nichts Grundsätzliches spricht, was nämlich ein möglicher Grund für das bisherige Schweigen der Literatur zu diesem Ansatz sein könnte.²¹

III. Fremde Hilfe

Daneben stellt sich für Studierende nicht selten die Frage nach den Modalitäten der Leistungserbringung. Wohl aus Sorge vor prüfungsrechtlichen Konsequenzen oder im Bewusstsein einer ohnehin meist fehlenden Nachprüfbarkeit wird die erlaubte Frage nach Art und Umfang zulässiger Hilfe durch Dritte aber nur selten unmittelbar an Dozent*innen gerichtet. Auch die einzige in der Ausbildungsliteratur hierzu aufzufindende Stimme drängt fremde Hilfe eher in die „Schmuddelecke“, hält diese nämlich für grundsätzlich unzulässig, will dann aber recht vage eine letzte Durchsicht auf Zeichen- und Rechtsschreibfehler „wohl eher“ noch für zulässig halten, während aber im Grundsatz „der Gerechtigkeit halber“ doch „eher streng[e]“ Maßstäbe anzulegen seien.²² Hierbei handelt es sich indes um einen Zirkelschluss, da Strenge nur „gerecht“ sein

kann, wenn sie von den Prüfungsordnungen tatsächlich vorgesehen ist. In der Tat finden sich kaum ausdrückliche Regelungen zu dieser Frage: Einigkeit dürfte darin bestehen, dass bereits der Begriff der Prüfungsleistung das Erfordernis der geistigen Urheberschaft²³ aufstellt, sodass es unzulässig ist, einen Ghostwriter zu beschäftigen, juristisch vorgebildete Eltern oder Bekannte wesentliche Teile der Arbeit anfertigen zu lassen oder ganze Internetforen zur gemeinsamen Lösung einer Aufgabe zu betreiben.²⁴ Als weitere Erfordernisse kann man aus § 63 Abs. 5 S. 1 HG NRW herleiten, dass die Leistung auch eigenständig²⁵ und nur mit den zulässigen Hilfsmitteln erbracht wurde, wobei diese nach den einschlägigen Prüfungsordnungen vom Aufgabensteller zu bestimmen sind (vgl. etwa § 6 Abs. 2 S. 2 SPB-PO 2015). Aus der Regelungstechnik, dass die Hilfsmittel bestimmt werden müssen, folgt zwar, dass diese grundsätzlich aktiv der Zulassung bedürfen und alle anderen Hilfen daher unzulässig sind. Diese Vorschrift muss sich jedoch ihrerseits am Maßstab der sozialen Adäquanz und den Grundrechten des Prüflings messen lassen. Insofern erscheint es gänzlich lebensfremd, Studierenden zwar einen Gruppenarbeitsplatz in einer Bibliothek zur Verfügung zu stellen, dann aber jeden Austausch über Fragen der Literaturrecherche oder der Formalia prinzipiell für einen Täuschungsversuch zu halten. Ebenso im Rahmen universitärer Konventionen dürfte sich die Zwischen- oder Schlussdurchsicht einer Arbeit durch Kommiliton*innen bewegen. Ob darüber hinaus in persönlichen Nähebeziehungen, etwa zu Eltern oder Lebenspartner*innen, im Hinblick auf die Rechtsprechung des BVerfG zu besonders vor staatlichen Eingriffen geschützten „äußerungsfreien Räumen“²⁶ ein noch großzügigerer Austausch bis zur Grenze der geistigen Urheberschaft erlaubt ist, erscheint denkbar, bleibt aus Nachweisgründen jedoch eine primär aka-

¹⁶ Scherpe, (Fn. 8), 207; Büdenbender/Bachert/Humbert, (Fn. 8), 25; Noltensmeier/Schuh, (Fn. 7), 578; Bode/Niehaus (Hrsg.), Hausarbeit im Strafrecht, 2016, S. 17 ff.

¹⁷ Vgl. die empirischen Erkenntnisse von Kaiser, (Fn. 6), 223, demzufolge das Fehlen einer Stellungnahme einen der häufigsten Kritikpunkte bei Seminararbeiten darstellt.

¹⁸ Hierzu ist der Beitrag vom Früh, JuS 2021, 905 ff. zu empfehlen.

¹⁹ Grundsätzlich ist allerdings die Offenlegung der eigenen Prämissen geboten, vgl. Forstmoser/Ogorek/Vogt, (Fn. 10), S. 110.

²⁰ Lahnsteiner, (Fn. 7), 581; Basak, (Fn. 14), 574, der in diesem Zusammenhang auch auf die argumentative „Rückendeckung“ verweist, die mit der Nennung weiterer Vertreter*innen ähnlicher Positionen einhergeht.

²¹ Scherpe, (Fn. 8), 207; vgl. auch das Beispiel von Kaiser, (Fn. 6), 225 für einen misslungenen Ansatz.

²² Scherpe, (Fn. 8), 210.

²³ Dies ist nicht mit der Position der Geistigkeitstheorie bei den Urkundendelikten zu verwechseln, nach der es darauf ankommt, ob der Aussteller tatsächlich im Rechtsverkehr für die abgegebene Erklärung einstehen will, was bei demjenigen, der einen Ghostwriter beschäftigt, gerade der Fall ist, vgl. den klassischen Fall des *BayObLG*, NJW 1981, 772 ff.

²⁴ Instruktiv zur Besprechung einer laufenden Hausarbeit durch einen Repetitor als Gefahr für die öffentliche Sicherheit im Sinne des Gefahrenabwehrrechts: *Hebeler*, LKRZ 2011, 438 (439).

²⁵ Hierbei handelt es sich um ein zusätzliches Erfordernis, wenn man in der geistigen Urheberschaft ein materielles Erfordernis erblickt, während die Eigenhändigkeit auch formal das selbstständige Abfassen der Gedanken in den vorgeschriebenen Formalia meint.

²⁶ Aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG) folge, dass es einen Bereich vertraulicher Kommunikation innerhalb besonders ausgestalteter Vertrauensbeziehungen gibt, in der der Äußernde ohne Rücksicht auf gesellschaftliche Konventionen und ohne Sorge vor staatlicher Sanktionierung kommunizieren darf, vgl. BVerfGK 9, 442; jüngst *KG*, NSTZ 2021, 430 ff.

demische Frage, der hier nicht abschließend nachgegangen werden kann.²⁷

C. Vor der Themenausgabe

Mit sechs Wochen (§ 6 Abs. 3 S. 2 SPB-PO 2015) ist die Zeit für die Bearbeitung knapp bemessen. Der Grundsatz „was du heute kannst besorgen, verschiebe nicht auf morgen“²⁸ gilt daher nicht nur während der Bearbeitungszeit, sondern bereits mit der Entscheidung zur Teilnahme am Seminar.

I. Inhaltliche Vorbereitung

Wie bereits herausgestellt, dienen Seminare dem *vertieften* wissenschaftlichen Arbeiten. Es ist daher üblich, wenn nicht sogar begriffsnotwendig, dass von den Teilnehmer*innen Vorkenntnisse erwartet werden, die sich regelmäßig thematisch einem oder mehreren Fächern aus den einschlägigen Schwerpunktkatalogen zuordnen lassen. Oftmals werden die Erwartungen der Seminarleiter*innen hinsichtlich der Vorkenntnisse in den Vorbesprechungen oder bereits mit der elektronischen Seminarankündigung offen gelegt. Diese Informationen sollten zur Kenntnis genommen und die formulierten Anforderungen ernst genommen werden. Wer denkt, es genüge, sich nur spezifisch sein Thema zu erschließen, der irrt: Eine solide wissenschaftliche Leistung kann nur erbringen, wer sich auch „links und rechts“ von seinem Thema auskennt, seine Auffassung somit an tragenden Prinzipien des Rechtsgebiets messen, Ungereimtheiten und Widersprüche aufdecken sowie Quervergleiche zu parallel gelagerten Konstellationen ziehen kann.²⁹ Die Zeit zwischen der letzten Semesterabschlussklausur und der Themenausgabe kann daher zum Repetieren des einschlägigen Stoffes genutzt werden, gerade wenn dieser schon geraume Zeit nicht mehr behandelt wurde. Wer zwischen mehreren Ausgabeterminen wählen kann, verschafft sich womöglich mit der Wahl des späteren Termins einen kleinen Vorteil.

II. Technische Vorbereitung

Ebenso sollte die kostbare Bearbeitungszeit nicht mit technischen Fragen vergeudet werden, die ebenso gut im Vorfeld geklärt werden können. Das Vorhandensein eines internetfähigen PCs ist inzwischen eine Selbstverständlichkeit geworden,³⁰ was anscheinend aber noch immer nicht für funktionsfähige Drucker gilt. Nach wie vor zu beherzigen ist auch der Hinweis, sich mit der Bedienung des PCs, insbesondere gängiger Schreibprogramme wie *Word* oder *Open Office* vertraut zu machen und den Umgang mit Funktionen einzuüben, die viel Zeit sparen und Fehlerquellen eliminieren (z. B. automatisches Erstellen eines Inhaltsverzeichnisses, Seitenumbrüche und Abschnittswchsel setzen, Formatvorlagen erstellen, dynamische Querverweise oder geschützte Leerzeichen verwenden). Bereits das Proseminar hält idealerweise dazu an, entsprechende Vorlagen zu erstellen.³¹ Ebenso sollte man sich spätestens dann mit der Einrichtung des Internetzugangs innerhalb der Universität sowie eines VPN-Fernzugriffs vertraut machen. So können zahlreiche Zeitschriften und Bücher online aufgerufen werden,³² was nicht nur bares (Kopier-) Geld, sondern vor allem unnötige Wege spart und die Verfügbarkeit der Quelle sicherstellt.

D. Die Bearbeitungsphase

Mit der Themenausgabe beginnt die sechswöchige Bearbeitungszeit zur Erstellung der schriftlichen Seminarleistung. Die sich während der eigentlichen Bearbeitungszeit stellenden Fragen und Probleme sind sehr vielseitig und stark einzelfallabhängig. Dennoch lassen sich einige Ratschläge verallgemeinern:

I. Unbefangener erster Themenzugriff

Sobald man anfängt, fremde Gedanken zu einem Thema zu rezipieren, neigt das menschliche Gehirn dazu, sich von diesen einen Rahmen setzen zu lassen. Es ist daher unbedingt ratsam, vor dem Einstieg in die Literaturrecherche Formen des assoziativen Arbeitens anzuwenden und spontane Einfälle zum Thema zu notieren, wozu man sich solcher Methoden wie *Mindmapping*, *Freewriting* oder *Clustering* bedienen kann.³³ Einige Ideen werden sich im weiteren Verlauf der Bearbeitung als abwegig herausstel-

²⁷ Dagegen könnte allerdings wie beim Verrat von Privatgeheimnissen mit der dort h. M. eingewandt werden, dass die Rechtsprechung des BVerfG nicht auf Konstellationen passt, in denen ein Konversations Teilnehmer Träger von Sonderpflichten ist, was auch beim Prüfling der Fall wäre, vgl. *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), SK-StGB, 9. Aufl. 2017, § 203 Rn. 32; *Cierniak/Niehaus*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), MüKo-StGB, 4. Aufl. 2021, § 203 Rn. 54; *Bock/Wilms*, JuS 2011, 24 (26).

²⁸ *Herold/Müller*, JA 2013, 808 (813); zur Zeitplanung allgemein *Scherpe*, (Fn. 8), 205; *Lahnsteiner*, (Fn. 7), 581 f.; *Schaub*, (Fn. 7), 639; *Moellers*, (Fn. 7), S. 190 ff.

²⁹ Ähnlich *Lahnsteiner*, (Fn. 7), 580; *Scherpe*, (Fn. 8), 205.

³⁰ Eher zum Schmunzeln lädt heute der seinerzeit völlig berechtigte Hinweis von *Noltensmeier/Schuh*, (Fn. 7), 578 ein: „Nutzen Sie das WWW!“.

³¹ Eine hervorragende Anleitung findet sich bei *Putzke*, (Fn. 7), S. 167 ff.; zu Grenzen der Programme *Kaiser*, (Fn. 6), 223.

³² Für Zeitschriften kann dies auf der Seite der elektronischen Zeitschriftenbibliothek <https://ezb.uni-regensburg.de>, Abruf v. 29.1.2013, eingesehen werden. Die Online-Verfügbarkeit von Büchern wird in der „normalen“ Suchmaske von Bonnus angegeben.

³³ Eingehend *Lahnsteiner*, (Fn. 7), 582; *Schimmel/Basak/Reiß*, (Fn. 7), Rn. 39 ff.

len, andere wird man in der Literatur wiederfinden³⁴ und eine dritte Kategorie von Ideen taugt womöglich tatsächlich als Ausgangspunkt für neue Argumente oder Quervergleiche als Bestandteile der Eigenleistung.

II. Einstieg in die (moderne) Literaturrecherche

Nach diesem ersten Zugriff sollte zügig mit der Literaturrecherche begonnen werden. In der analogen Welt standen hierfür im Wesentlichen zwei Methoden zur Verfügung, die kombiniert wurden: Zum einen – gewissermaßen als Fortführung des assoziierenden Arbeitens – das zunächst unbefangene Betrachten der Primärquelle, also etwa eines Gesetzes oder Urteils, der man sich dann über Sekundärquellen wie Kommentare oder Urteilsbesprechung weiter inhaltlich annähert.³⁵ Zum anderen das wesentliche verbreitetere Schneeballsystem, bei dem man ein oder zwei aktuelle und thematisch einschlägige Werke heranzieht und über deren Literaturverzeichnisse oder Fußnotenapparate weitere relevante Literatur ermittelt.³⁶ Die Recherche in den neu aufkommenden Online-Datenbanken wurde seinerzeit als lediglich ergänzend beschrieben.³⁷ Heutzutage dürfte diese Differenzierung der „Generation Z“ nicht nur schwer vermittelbar sein, sondern auch in der Sache nicht mehr zutreffen, da Datenbanken wie *beck-online* oder *juris* zum Mittel der Recherche nach dem Schneeballsystem geworden sind und zugleich dort selbst zahlreiche Quellen abgerufen werden können. Wer bei *juris* etwa ein Urteil aufruft, erhält ganz automatisch durch einen Klick auf das Plus-Symbol bei „Literaturnachweise“ alle in der Datenbank zu dieser Entscheidung hinterlegten Sekundärquellen. Bei *beck-online* ist zudem nicht selten auch das aktuellste Werk als potentieller Ausgangspunkt für ein Schneeballsystem hinterlegt, erlauben doch die ausschließlich online geführten „Beck’schen Online-Kommentare“ eine besonders regelmäßige, oftmals quartalsweise erfolgende Aktualisierung. Die Recherche im Internet zu beginnen, ist also heutzutage keinesfalls mehr ein Fehler, sondern kann sogar erhebliche Effizienzsteigerungen mit sich bringen.³⁸ Voraussetzung dafür ist aber ein sicherer Umgang mit den im Vergleich zur einfachen Google-Recherche deutlich differenzierteren Suchmög-

lichkeiten und Anzeigeoptionen.³⁹ Bedacht werden sollte jedoch immer, dass einige Zeitschriftenverlage mit den erwähnten Datenbanken nicht kooperieren, weil sie etwa eigene Produkte am Markt etablieren wollen. Gerade bei aktuellen Themen sollte das Rechercheergebnis daher immer durch einen analogen Blick in den Zeitschriftenkasten der thematisch einschlägigen Institutsbibliothek abgesichert werden.

Kommt es vor, dass man vor einer scheinbar unüberblickbaren Flut an auszuwertender Literatur steht, sollte man zunächst durchatmen und sich dann fragen, ob dies nur ein erster persönlicher Eindruck ist oder es sich in der Tat um eine nicht zu bewältigende, eine Auswahl mithin erfordernde Masse handelt. Dies kann gerade bei langjährig diskutierten Problemen durchaus der Fall sein. Eine ähnliche Auswahlproblematik besteht ferner dann, wenn das gesuchte Werk nicht am Forschungsstandort vorhanden ist und sich die Frage stellt, ob eine ggf. kostenpflichtige und teils recht zeitintensive Fernleihe⁴⁰ in Auftrag gegeben oder – aus Zeitmangel – gar ein Werk privat angeschafft werden sollte. Zur Abschätzung der Relevanz des Werks kann zunächst ein „Zitationsindex“ gebildet werden, um festzustellen, wie viele andere Autor*innen die Quelle zitieren.⁴¹ Ferner gibt es Verlage und Zeitschriften, die ein besonderes Renommee dafür haben, vertiefte wissenschaftliche Abhandlungen zu publizieren.⁴² Diese Indikatoren müssen jedoch nicht in jedem Falle zutreffen! Die Zitierfähigkeit eines Werks hängt nämlich nicht vom Publikationsmedium als solchem ab. Für Zweifelsfälle bieten die juristischen Datenbanken oder das Internet oftmals kurze Abstracts der Beiträge, die ergänzend eine inhaltliche Einschätzung der Relevanz erlauben.

III. Exkurs: Die Verwendung eines Literaturverwaltungsprogramms

Die ermittelte Literatur sollte dann so erfasst und systematisiert werden, dass sie jederzeit wieder aufgefunden werden kann. Klassischerweise kann etwa mit Karteikarten oder einer Excel-Tabelle gearbeitet werden.⁴³ Das Prosemin-

³⁴ Dies verärgert Studierende zum Teil, wenn sie ihre Idee für besonders innovativ gehalten hatten. Dies ist zwar nachvollziehbar, sollte aber keineswegs davon abhalten, wissenschaftliche Standards einzuhalten und diesen „Auch-fremden-Gedanken“ ordnungsgemäß zu belegen.

³⁵ Lahnsteiner, (Fn. 7), 583.

³⁶ Mann, (Fn. 7), Rn. 359 ff.; Noltensmeier/Schuh, (Fn. 7), 577; Schaub, (Fn. 7), 640; Moellers, (Fn. 7), S. 102.

³⁷ Noltensmeier/Schuh, (Fn. 7), 577; Schaub, (Fn. 7), 640.

³⁸ Bringewat, Methodik der juristischen Fallbearbeitung, 4. Aufl. 2020, Rn. 234 ff.

³⁹ Instrukтив Machill, 12 goldene Suchmaschinen-Regeln, 2. Aufl. 2009; Schimmel/Basak/Reiß, (Fn. 7), Rn. 132 ff., noch ablehnend Schaub, (Fn. 7), 640 unter Verweis auf den „Frustrationsfaktor“ zu vieler Suchtreffer.

⁴⁰ Hierzu Moellers, (Fn. 7), S. 74; Schaub, (Fn. 7), 638. Als Alternativen sollte man daher auch die Fahrt an eine auswärtige Bibliothek bedenken. Handelt es sich um ein neues Werk, sollte zudem zuvor bei den in Betracht kommenden Bibliotheken erfragt werden, ob das Werk bereits bestellt ist. Größeren Bibliotheken können auch aktiv Anschaffungsvorschläge unterbreitet werden.

⁴¹ Hamann, RW 2014, 518 (518 ff.); Schaub, (Fn. 7), 641; kritisch Beyerbach, Die juristische Doktorarbeit, 4. Aufl. 2021, Rn. 392 ff., der das Vorgehen nur bei empirischen Wissenschaften für angezeigt hält und u. a. auf Verzerrungen durch „Zitierkartelle“, also Gefälligkeitszitate unter Kolleg*innen, hinweist.

⁴² Zusammenstellung bei Beyerbach, (Fn. 41), Rn. 395 ff.

⁴³ Lahnsteiner, (Fn. 7), 584; Schimmel/Basak/Reiß, (Fn. 7), Rn. 163; Beyerbach, (Fn. 41), Rn. 81 ff.

nar bietet für Interessierte aber auch das ideale Format, um sich mit den Vorzügen und Nachteilen der Verwendung eines Literaturverwaltungsprogramms vertraut zu machen, die im Folgenden am Beispiel des Programms *citavi* deutlich gemacht werden.⁴⁴ Es handelt sich um ein Programm zur Literaturverwaltung, das die Aufnahme von Werken mit allen bibliographischen Angaben ermöglicht, wobei die Angaben automatisch durch die Suche in entsprechenden Datenbanken per Schlagwort oder ISBN-Nummer vervollständigt werden können. Auch das Werk selbst kann als PDF-Datei hinterlegt werden. Zu diesen Werken können unter Angabe der genauen Seiten sodann Notizen hinterlegt werden – bei durchsuchbaren PDF auch per „copy & paste“ –, die wiederum dann einem sog. Wissensselement zugeordnet werden können, welches einem (potentiellen) Gliederungspunkt im späteren Werk entspricht. Änderungen im Aufbau können flexibel durch Auflösen und Zusammenführen von Wissensselementen umgesetzt werden. Ein zugleich installiertes Add-On für *Word* ermöglicht es dann, sowohl die Wissensselemente als Überschriften in den Textkörper einzufügen als auch die gefertigten Notizen zu sehen und als Nachweis einzufügen. Wer sprachlich bereits mit der Notiz zufrieden ist, kann diese sogar per Doppelklick in das *Word*-Dokument überführen. Zeitgleich erstellt *Citavi* automatisch ein Literaturverzeichnis, das alle tatsächlich verwendeten Quellen beinhaltet.

Die Vorteile eines solchen Vorgehens liegen auf der Hand: Die Literaturverwaltung ist effizient, flexibel und auch bei umfangreichen Projekten noch übersichtlich. Durch die automatische Zitation und Erstellung des Literaturverzeichnisses sind formale Flüchtigkeitsfehler (z. B. uneinheitliche Zitierweise, „Buchstabendreher“ bei Autorennamen etc.) nahezu ausgeschlossen und bei Hinterlegung von Onlineresourcen sowie eingescannten Auszügen aus gedruckten Werken ist ein gänzlich „papierloser Schreibstisch“ schon heute möglich.

Einige der Nachteile dieses Vorgehens haben zudem inzwischen an Bedeutung verloren. So handelt es sich bei *Citavi* zwar prinzipiell um ein kostenpflichtiges Programm, das jedoch für Angehörige zahlreicher Universitäten, u. a. für Bonner Studierende, zur Nutzung lizenziert ist. Auch der Verweis auf eine starre Bindung an einen PC oder Laptop⁴⁵ ist mit der Veröffentlichung von *Citavi 6*, das nunmehr die Speicherung von Dokumenten in einer Cloud erlaubt, hinfällig geworden. Weiterhin als Nachteil zu benennen ist jedoch eine zeitlich recht intensive Einarbeitung in das Programm sowie die sich ggf. ergebende Notwendigkeit, aus den zahlreichen Zitierstilen, die für Angehörige aller Fachrichtungen vorgehalten werden, den passenden auszuwählen bzw. diesen ggf. noch in einem Editor an die konkreten Vorgaben für die Seminararbeit anzupassen. *Citavi* lohnt sich daher insbesondere für alle etwas technikaffinen Studierenden, die sich frühzeitig mit der Materie beschäftigen und somit bei Ausgabe des Seminarthemas genauestens mit dem Programm umzugehen wissen. Wer sich

weitere akademische Schritte in Form eines Promotionsvorhabens vorstellen kann, wird später von diesen Vorarbeiten nochmals profitieren.

IV. Präzisierung des Themas und Verfassen einer ersten Einleitung

Hat man sich einen Überblick über die einschlägige Literatur verschafft, sollte sich dem zügig die Schreibphase anschließen, wobei die Verwendung von Literaturverwaltungsprogrammen die Entwicklung weiterführender und strukturierter Gedanken bereits in diesem Arbeitsschritt erleichtert und somit zu einem etwas späteren Schreibbeginn führen kann. Dafür muss in einem ersten Schritt das Verständnis der Aufgabenstellung präzisiert werden, denn nicht alle Seminararbeitsthemen lassen sich auf dem zur Verfügung stehenden Raum erschöpfend darstellen.⁴⁶ In diesen Fällen sollte man sich anhand der Literaturrecherche vor Augen führen, welche Themenkreise von der Aufgabenstellung berührt sein könnten. Das Seminarthema sowie etwaig ausgegebene Parallelreferate schränken die Interpretationsmöglichkeiten ggf. ein. Bleibt danach gleichwohl ein weites Feld eröffnet, obliegt es dem/der Studierenden, einen vertretbaren eigenen Schwerpunkt zu setzen. Hierbei können „prüfungstaktische“ Überlegungen einfließen, etwa wie das Thema am *juristischsten* (und nicht etwa historisch, soziologisch oder rechtspolitisch) bearbeitet werden könnte oder welche aktuellen Entwicklungen den Aufgabensteller zur Ausgabe des Themas veranlasst haben könnten.⁴⁷

Der Ort, um dem/der Leser*in die eigene Vorstellung vom Thema mitzuteilen, ist die Einleitung. Besagte „prüfungstaktische“ Erwägungen bleiben allerdings unausgesprochen und werden durch eine objektiv gehaltene Erwägung ersetzt,⁴⁸ da die Arbeit ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Dogmatik ist und somit „für sich“ steht. Neben der Themeneingrenzung hat die Einleitung noch weitere essentielle Funktionen für die Arbeit. Sie soll das Interesse des Lesers durch eine spannende Hinführung zum Thema wecken, kann bereits erste Thesen enthalten und soll den Gang der Untersuchung beleuchten.⁴⁹ Die Bedeutung der Darstellung des Untersuchungsganges mag für das Verständnis kürzerer Texte eher gering sein und wird deshalb bisweilen recht stiefmütterlich behandelt.⁵⁰ Dies blendet indes die herausragende Bedeutung dieses Schrittes für den Forschenden selbst aus: Nur, wer seinen Aufbau lückenlos

⁴⁶ Putzke, (Fn. 7), Rn. 69 benennt beispielhaft das Thema „Die Rolle des *RG* vor dem Ersten Weltkrieg“.

⁴⁷ Vgl. auch Lahnsteiner; (Fn. 7), 582; Noltensmeier/Schuh, (Fn. 7), 576.

⁴⁸ Man sollte also nicht schreiben, der Seminarleiter habe hierzu erst jüngst publiziert, kann aber von einer „aktuellen Debatte“ sprechen und diese Annahme u. a. mit dem Beitrag des Seminarleiters belegen.

⁴⁹ Moellers, (Fn. 7), S. 174; Lahnsteiner, (Fn. 7), 585; Schimmel/Basak/Reiß, (Fn. 7), Rn. 289 ff.

⁵⁰ Gar skeptisch hinsichtlich der Notwendigkeit bei Seminararbeiten Schimmel/Basak/Reiß, (Fn. 7), Rn. 352.

⁴⁴ Zu Alternativen *Beyerbach*, (Fn. 41), Rn. 80e ff.

⁴⁵ So noch *Beyerbach*, (Fn. 41), Rn. 80d.

und plausibel beschreiben kann, hat den „roten Faden“ seiner Darstellung im Hauptteil bereits gefunden. Abweichend von der üblichen Empfehlung, die Einleitung erst zum Schluss der Arbeit zu schreiben, um eine Kongruenz zwischen Einleitung und Hauptteil sicherzustellen,⁵¹ soll hier daher empfohlen werden, die Einleitung zwei Mal zu schreiben: In einem ersten Schritt für sich selbst unter ausführlicher Darstellung der Themeneingrenzung und des Ganges der Untersuchung und in einem abschließenden Arbeitsschritt für den/die Leser*in unter Fokussierung auf eine Hinführung zum Thema und Kürzung der Darstellung des Untersuchungsgangs auf das für das Verständnis Wesentliche.

V. Verfassen des Hauptteils

Das Abfassen des Hauptteils stellt Studierende vor höchst themenspezifische Herausforderungen. Hat man in der „Probe-Einleitung“ seinen roten Faden gesponnen und sich hierbei an den Kriterien zur Erbringung einer wissenschaftlichen (Eigen-)Leistung orientiert, ist das Abfassen des Hauptteils in der Theorie nur noch die Ausführung des zuvor festgelegten wissenschaftlichen Programms. So einfach gestalten die Dinge sich freilich im echten Leben nicht, fallen einem nicht selten erst beim Abfassen der Gedanken Ungereimtheiten in der Struktur auf. Diese sollten auch tunlichst nicht ignoriert werden, sondern zum Anlass genommen werden, die Struktur nochmals gründlich zu überdenken. Ein echter „Klassiker“ in diesem Zusammenhang ist das Fehlen der Vermittlung von zum Verständnis der Arbeit notwendigen Grundlagen zu Beginn des Hauptteils. Die Arbeit richtet sich zwar an eine juristisch gebildete Klientel,⁵² jedoch sollten zentrale Begrifflichkeiten der Arbeit vorab geklärt werden, gerade wenn diese uneinheitlich verwendet werden oder ihre genaue Bedeutung umstritten ist. Auch im Übrigen sollten Verfasser*innen ihre Leserschaft nicht aus den Augen verlieren und ihr die Orientierung durch möglichst „sprechende Überschriften“ (also *nicht*: „Hauptteil“, „eine Ansicht“ usw.), das Bilden von Zwischenergebnissen sowie Überleitungssätze zwischen einzelnen Abschnitten erleichtern. Ein stringenter Aufbau kommt zudem ohne größere Abschweifungen aus und kann in kürzeren Ausarbeitungen wie Seminararbeiten daher meist auf Exkurse verzichten.⁵³

E. Formalia und Zitation

Beim Abfassen der Arbeit muss unbedingt auf die Einhaltung der formalen Vorgaben und eine korrekte Zitierweise geachtet werden. Was unter formal korrektem Arbeiten zu verstehen ist, lässt sich nicht in jedem Fall allgemeingültig

beantworten, sondern ist nicht unerheblich durch Konventionen geprägt, die von Fachbereich zu Fachbereich divergieren, aber auch innerhalb des Fachbereichs in Detailfragen uneinheitlich gehandhabt werden können. Es ist aus diesem Grund anerkannt, dass die vom Aufgabensteller ausgegebenen Hinweise zu den Formalia Vorrang vor den allgemeinen Konventionen genießen.⁵⁴ Lässt sich noch nicht einmal eine Konvention ausmachen, gilt das Gebot, Gleiches gleich zu behandeln, also einheitlich zu arbeiten, z. B. also Adelstitel immer dem Nachnamen voranzustellen oder dem Vornamen nachfolgen zu lassen.⁵⁵

Viele, aber nicht alle Formalia lassen sich daher auf zwingende Sachgründe zurückführen. Kritik verdienen daher zwar auch Stimmen, die allzu leichtfertig kleinere Ungebräulichkeiten als „No-Gos“ brandmarken⁵⁶ und sich dadurch den Blick auf die wesentliche Leistung des Prüflings – den Inhalt der Arbeit! – verstellen. Gleichwohl sollten auch diese Fehler vermieden werden, da sie die Aufmerksamkeit vom bedeutsameren Inhalt ablenken und sich auch selbstreflektierteste Korrektor*innen nicht völlig davon freisprechen können, durch auffällige formale Fehler erst zu einer kleinlichen Korrektur der Formalia angestachelt zu werden.⁵⁷ In jedem Falle vermieden werden müssen darüber hinaus Fehler, die die Brauchbarkeit der Arbeit als wissenschaftlichen Beitrag in Frage stellen. Derartige Fehler zeigen sich besonders häufig bei Fragen der Zitation.

I. Warum zitieren?

Um zu verstehen, wann ein gewichtiger formaler Fehler vorliegt, muss zunächst geklärt werden, warum das korrekte Zitieren überhaupt Bestandteil der wissenschaftlichen Leistung ist. Dabei wird der Verweis auf die Urheberrecht-

⁵¹ Schimmel/Basak/Reiß, (Fn. 7), Rn. 291; Moellers, (Fn. 7), S. 174.

⁵² Hierzu Scherpe, (Fn. 7), 206.

⁵³ Vgl. Putzke, (Fn. 7), Rn. 66 ff.; Schimmel/Basak/Reiß, (Fn. 7), Rn. 371 ff.; Lahnsteiner, (Fn. 7), 585; Scherpe, (Fn. 7), 207 f.

⁵⁴ Putzke, (Fn. 7), Rn. 146; Schaub, (Fn. 7); 637; Scherpe, (Fn. 7), 204; Noltensmeier/Schuh, (Fn. 7), 578; Herold/Müller, (Fn. 28), 808. Dies ist jedenfalls insoweit bemerkenswert, als dass das wissenschaftliche Arbeiten seinerseits Gegenstand der Prüfung ist und der Prüfende mithin selbst in die Lage versetzt wird, zu definieren, was richtig und was falsch ist, obgleich ihm keine Letztentscheidungskompetenz in der Definition korrekten wissenschaftlichen Arbeitens zusteht. Insofern wird man einschränkend fordern müssen, dass dem Prüfer lediglich eine Konkretisierungskompetenz zusteht, er also dort Vorgaben machen darf, wo sich eine eindeutige Konvention gerade nicht feststellen lässt. Scherzhaft bezeichnet der Verfasser die Vorgaben des Aufgabenstellers daher auch in Anlehnung an v. Liszt, ZStW 13 (1893), 325 (357) als „magna charta des Seminarteilnehmers“, da sich Teilnehmer*innen im Übrigen oft darauf berufen können, ihr Vorgehen sei mangels eindeutiger Konventionen noch vertretbar.

⁵⁵ Beides (z. B. „von Staudinger, Julius“ oder „Staudinger, Julius von“) wird praktiziert, vgl. Scherpe, (Fn. 1), 12.

⁵⁶ Dieser Eindruck drängt sich aber etwa auf bei Herold/Müller, (Fn. 28), 810, wenn bereits das fehlerhafte Setzen eines Satzzeichens in der Überschrift ein besonders gravierender Fehler sein soll.

⁵⁷ Zudem gilt für viele noch die Daumenregel, dass mit schlechter Form auch schlechter Inhalt einhergehe. Dies konnte die Aktenauswertung von Kaiser, (Fn. 6), 221 f. auch – nicht repräsentativ – zeigen, der aber auch einige Ausnahmefälle beschreibt.

lichen Vorgaben (§§ 51 S. 1, S. 2 Nr. 1, 63 Abs. 1 S. 1 UrhG)⁵⁸ nur hartgesottene Formalisten bereits zufriedenstellen. Die Gründe treten klarer zu Tage, wenn man sich die Funktion von Nachweisen vor Augen führt.⁵⁹ Über den Schutz des Urhebers hinaus dient der Nachweis fremder Gedanken auch dem kollektiven wissenschaftlichen Prozess als solchen. Nur, wer offenlegt, wo er von fremden Gedanken und somit von Dritten beeinflusst wurde und wo er/sie sich im Umkehrschluss völlig frei betätigt hat, macht den eigenen Gedankengang transparent und damit überprüfbar. Über die rechtlichen Vorgaben hinaus entspricht es daher der wissenschaftlichen Redlichkeit, auch die Übernahme eines fremden Aufbaus⁶⁰ oder fremder mündlich geäußelter Gedanken offen zu legen. Überdies zeigen die angegebenen Quellen den Leser*innen, welche Quellen rezipiert worden sind und geben zugleich bei der gebotenen gründlichen Arbeit einen Überblick über das Meinungsspektrum. So wird der/die Leser*in in die Lage versetzt, zu beurteilen, ob ihm gerade ein gänzlich neuer Ansatz präsentiert wird oder das Gelesene vielmehr auf umfangreichen Vorarbeiten anderer Wissenschaftler*innen aufbaut. Ferner können Fußnotennachweise – gerade bei Prüfungsleistungen – eine Ergänzungsfunktion haben, indem sie vertiefende Hinweise auf verwandte Themenfelder und Fragestellungen beinhalten. Zwar sollen Fußnoten keine allgemeinen Leseempfehlungen geben, sondern müssen eine substantielle Ergänzung des Textes sein, jedoch ist es legitim, aufzuzeigen, was der/die Autor*in ferner bedacht hat, jedoch nicht in den Fließtext aufnehmen konnte oder wollte, um diesen nicht zu überfrachten.⁶¹ Eine „Geschmacksfrage“ dürfte es schließlich auch sein, inwieweit die Fußnoten für ergänzende Anmerkungen genutzt werden sollten. Die Auffassung des Verfassers hierzu sollte aufmerksamen Leser*innen dieses Aufsatzes bereits offenkundig sein.⁶²

II. Wen zitieren?

Steht nach den dargestellten Regeln fest, dass ein Beleg geboten ist, stellt sich die Frage, wer in den Nachweisen zu benennen ist. Das oberste und zugleich am häufigsten verletzte Gebot ist dabei die Benennung der Primärquelle, also derjenigen Person oder Institution, von der der Gedanke

ursprünglich stammt.⁶³ Lehrbücher und Kommentare sind daher im Rahmen des „Schneeballsystems“ ein hervorragender Ausgangspunkt der Recherche, aber oftmals nicht die Primärquelle der Aussage, schon gar nicht für Entscheidungen des Bundesgerichtshofs! Nur wenn ausnahmsweise ein Werk – auch per Fernleihe – überhaupt nicht erreichbar ist, darf sekundär zitiert werden, was dann aber mit dem Zusatz „zitiert nach“ offengelegt werden muss. Ist der/die Autor*in einer Fundstelle, z. B. eines Zeitschriftenartikels einmal nicht namentlich bekannt, dispensiert dies nicht vom Erfordernis eines Nachweises. Stattdessen ist „n. n.“ (lateinisch für „nomen nescio“ – „den Namen kenne ich nicht“) anzugeben.⁶⁴ Das Fehlen eines Autors kann jedoch Anlass dazu geben, die Wissenschaftlichkeit der Quelle kritisch zu hinterfragen, denn regelmäßig können wissenschaftliche Aussagen nur anhand wissenschaftlicher Quellen nachvollziehbar belegt werden.⁶⁵ Ausnahmen können sich aber gerade in der Einleitung ergeben, wenn aktuelle Entwicklungen angesprochen werden.

III. Wie zitieren?

Schon die vorgestellten Kriterien wissenschaftlicher Eigenleistung haben gezeigt, dass ein bloßes Aneinanderreihen fremder Gedanken unzureichend ist. Vielmehr sind fremde Gedanken eigenständig zu verarbeiten und dementsprechend in indirekter Rede wiederzugeben, sofern es nicht ausnahmsweise auf den exakten Wortlaut ankommt.⁶⁶ Ein direktes Zitat muss als solches mit Anführungszeichen gekennzeichnet werden. In beiden Fällen folgt ein Quellennachweis: Juristische Arbeiten nutzen dafür Fußnotennachweise („Oxford-Style“) anstelle von Nachweisen im Fließtext („Harvard-Style“). Einzig Gesetze und andere Rechtsnormen werden unmittelbar im Fließtext angegeben und bedürfen keines weiteren Nachweises in den Fußnoten.⁶⁷ Neben den Fußnotenapparat tritt in Hausarbeiten und Monografien ein Literaturverzeichnis, dessen Verhältnis zu den Fußnoten von den Studierenden erfahrungsgemäß nicht immer überblickt wird. Während das Literaturverzeichnis – üblicherweise in alphabetischer Reihenfolge und ohne Binnendifferenzierung nach Textsorten – alle Anga-

⁵⁸ Moellers, (Fn. 7), S. 112 ff.; Schaub, (Fn. 7), 645.

⁵⁹ Vgl. zur folgenden Zusammenstellung Beyerbach, (Fn. 41), Rn. 356 ff., nach dessen Struktur dieser Abschnitt auch aufgebaut ist; ausführlich auch Basak, (Fn. 14), 568 ff.

⁶⁰ Vgl. Fn. 59; hierzu auch die Empfehlungen des Deutschen Juristen-Fakultätentages zur wissenschaftlichen Redlichkeit bei der Erstellung rechtswissenschaftlicher Texte, <https://www.djft.de/wp-content/uploads/2019/03/Beschluss-II-92.-DJFT-Annex.pdf>, Abruf v. 29.1.2023, S. 1 f.

⁶¹ Beyerbach, (Fn. 41), Rn. 356 ff.; zu kritisch Putzke, (Fn. 7), Rn. 223.

⁶² Auch insoweit gilt freilich, dass ein klarer Textbezug erkennbar sein muss. Es schützt den Haupttext jedoch davor, „aufgebläht“ zu wirken, wenn man ergänzende Informationen, die einen Mehrwert haben, aber nicht unerlässlich zum Verständnis der Kernthesen sind, auf die Fußnoten „auslagert“. Vgl. exemplarisch die Fn. 12, 24, 26, 27, 32, 34, 40, 41, 54.

⁶³ Moellers, (Fn. 7), S. 118; Lahnsteiner, (Fn. 7), 581; Schaub, (Fn. 7), 646.

⁶⁴ Die teilweise a. A. von Scherpe, (Fn. 1), 12 – keine Aufnahme in das Literaturverzeichnis – erscheint mit Blick auf diese Gestaltungsmöglichkeit nicht nachvollziehbar. Zurecht wie hier Herold/Müller, (Fn. 28), 809.

⁶⁵ Ausführlich zur Quellenkritik Schimmel/Basak/Reiß, (Fn. 7), Rn. 135 ff.; Beyerbach, (Fn. 41), Rn. 387 ff.

⁶⁶ Ausdrücklich etwa Kaiser, (Fn. 6), 226, der zugleich auf die falsche Verwendung des Konjunktiv II bei der Wiedergabe fremder Gedanken hinweist.

⁶⁷ Ausnahmen ergeben sich bei historischen Normen, die mit einer BGBl.-Fundstelle nachgewiesen werden können. Auch ungewöhnliche Rechtsquellen, z. B. Berufs- bzw. Standesrecht, die nicht in den gängigen Sammlungen zu finden sind, können belegt werden, vgl. Byrd/Lehmann, Zitierfibel für Juristen, 2. Aufl. 2016, S. 59; Mann, (Fn. 7), Rn. 407.

ben enthält, die benötigt werden, um das Werk auffinden zu können (Autor, Titel, Erscheinungsmedium, ggf. Herausgeber des Erscheinungsmediums, Erscheinungsjahr und ggf. –ort, ggf. Seitenbereich der Publikation), enthalten die Fußnoten lediglich einen Kurznachweis. Das Literaturverzeichnis verschlankt also den Umfang der Fußnotennachweise, denn das angegebene Werk braucht nur *im Zusammenspiel* mit dem Verzeichnis auffindbar zu sein. Für die gängigen Textgattungen haben sich übliche Nachweisformen etabliert, die in der Literatur umfassend dargestellt sind⁶⁸ und auch oftmals vom Aufgabensteller mit den anderen Formalia mitgeteilt werden. Manche Quellenarten können in den Fußnoten deutlich verkürzt angegeben werden (insbesondere Beiträge in Sammelbänden, Aufsätze und Monografien mit langen Titeln). Ggf. muss eine Zitierweise im Literaturverzeichnis mitgeteilt werden, was aber nur dann erforderlich ist, wenn das Werk sonst z. B. wegen Verwechslungsgefahr bei mehreren Werken eines/einer oder namensgleicher Autor*innen nicht verlässlich identifiziert werden könnte.⁶⁹ Andere Quellen ließen sich hingegen kaum sinnvoll kürzen, weil sie etwa nie einen namentlich bekannten Autor haben. Dies ist – neben der grundsätzlich anerkannten Zweiteilung zwischen Literatur einerseits und Rechtsprechung sowie anderen amtlichen Dokumenten andererseits⁷⁰ – ein Grund, weshalb bestimmte Quellen nicht in das Literaturverzeichnis aufzunehmen sind. Es böte schlicht keinen Mehrwert. Sollten Studierende doch einmal über eine Textgattung „stolpern“, zu der es keine klare Regelung gibt, kann die Frage nach der Aufnahme in das Literaturverzeichnis anhand dieser Kriterien beurteilt werden. So kann man sich beispielsweise herleiten, dass Stellungnahmen des wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages sinnvollerweise ausschließlich in den Fußnoten aufgeführt werden. Denn mit der festen Zuordnung eines Aktenzeichens sowie dem Fehlen eines namentlich bekannten Autors, gibt es keinerlei Angaben, die man in ein Verzeichnis „auslagern“ könnte.⁷¹

⁶⁸ Putzke, (Fn. 7), Rn. 228 ff.; Moellers, (Fn. 7), S. 120 ff.; Scherpe, (Fn. 1), 12 f.

⁶⁹ Teilweise wird empfohlen, dies pauschal bei den Textgattungen Monografie und Kommentar zu tun, vgl. Moellers, (Fn. 7), S. 145. Dies erscheint zu formal und lässt die Angabe unter Umständen zum Selbstzweck verkommen. Es sollte daher für jede einzelne Quelle geprüft werden, ob Verwechslungsgefahr besteht, was bei Kommentaren mit mehreren Bearbeiter*innen oder der Aufnahme mehrerer Werke desselben Autors der Fall sein kann, ähnlich Putzke, (Fn. 7), Rn. 312.

⁷⁰ Eine eingehende Begründung sucht man indes vergebens, s. etwa Moellers, (Fn. 7), S. 143; Putzke, (Fn. 7), Rn. 287 f.

⁷¹ S. 8 der Stellungnahme zur Verwendung geschlechtergerechter Sprache, auf die noch inhaltlich eingegangen wird, wäre also wie folgt zu zitieren: WD 10 – 3000 – 001/20, 8.

F. Stilfragen

Auch zu Stilfragen werden ganze Monografien geschrieben.⁷² Von den allgemeinen Hinweisen sollen nur zwei hervorgehoben werden: Erstens ist zu betonen, dass Rechtschreib-, Zeichensetzungs- und Grammatikfehler schwerer wiegen als „Stilsünden“. Sie sind nämlich handfeste, nachweisbare Fehler und können nicht wohlwollend in „Geschmacksfragen“ umgedeutet werden. Zweitens sollten stets die Leser*innen im Blick behalten werden. Diesen sollte man es so leicht wie möglich machen: Das menschliche Gehirn denkt aktiv und positiv, weshalb Passivkonstruktionen und (doppelte) Verneinungen nach Möglichkeit zu vermeiden sind.⁷³ Überkomplexe Schachtelsätze überfordern den Leser zudem, weshalb ein klarer und knapper Stil vorzugswürdig ist. Schließlich sollte man den Lesern auch optischen Halt vermitteln. Hierzu sollten Überschriften und Absätze Orientierung vermitteln und ganze Seiten „Durchgeschriebenes“ ebenso vermieden werden wie Ein-Satz-Absätze. Auch die Auswahl der Schriftart kann die Lesbarkeit beeinflussen. So gelten Serifenschriften (z. B. Times New Roman) allgemein als besser lesbar als die sog. „Grotesken“ oder auch „Sans-Schriftarten“ (z. B. Arial).⁷⁴

Neben diesen Hinweisen verdienen zwei Einzelfragen noch eine besondere Betrachtung, die der Verfasser bereits mehrfach mit Studierenden diskutiert hat:

I. Die Ich-Form

Der Hinweis, dass die Ich-Form in der wissenschaftlichen Arbeit zu meiden ist, stellt Studierende gerade in der Stellungnahme vor Herausforderungen, tun sich diese wohl aus Unsicherheit schwer damit, ihre Meinung als neutrale und damit allgemeingültige Aussage zu formulieren. Dabei gilt bei Verfechtern des Ich-Verbots eben dies als schlechter Stil, da es im wissenschaftlichen Diskurs um die Vermittlung objektiver Erkenntnisse gehe und gerade die Ich-Form teils als arrogant-egoistisch empfunden wird.⁷⁵

Die klar in der Unterzahl befindlichen Gegner*innen verweisen hingegen auf ein Mehr an Klarheit, Ehrlichkeit und

⁷² Walter, Kleine Stilkunde für Juristen, 3. Aufl. 2017; vgl. ferner Mann, (Fn. 7), Rn. 212 ff.; Schimmel/Basak/Reiß, (Fn. 7), Rn. 207 ff.; Scherpe, (Fn. 1), 13 f.; Walter, JURA 2006, 344 (344 ff.); Wieduwilt, JuS 2010, 288 (288 ff.).

⁷³ Walter, (Fn. 72), S. 112 ff.

⁷⁴ Serifen sind kleine, abschließende Querstriche am oberen oder unteren Ende von Buchstaben, vgl. zum Thema Gelleszun-Koschke, Rechtspraktische Kommunikation, 2011, S. 58. Nach der empirischen Untersuchung von Liebig, Browser-Typografie, 2008, S. 405 f. ist eine bessere Lesbarkeit am PC nicht nachweisbar, was aber auch an der (seinerzeit!) geringen Wahrnehmbarkeit von Serifen auf Bildschirmen liegen könnte; wohl deshalb differenzierend nach Publikationsart Wäger, Grafik und Gestaltung, 3. Aufl. 2016, S. 404, 414.

⁷⁵ Mann, (Fn. 7), Rn. 388 ff. (auch gegen die „Wir-Form“); Putzke, (Fn. 7), Rn. 96; Schaub, (Fn. 7), 644; Noltensmeier/Schuh, (Fn. 7), 583 f.; Scherpe, (Fn. 1), 13 (zudem gegen jede Form von Emotionalität).

Überzeugungskraft.⁷⁶ Es handelt sich mithin um eine Konvention ohne durschlagendes Sachargument, deren Nichteinhaltung jedoch keinen spürbaren Mehrwert, dafür eine Angriffsfläche bietet.⁷⁷ Der ausdrückliche Ich-Bezug sollte daher vermieden werden und nötigenfalls – wie hier – von „dem/der Verfasser*in“ gesprochen werden oder ggf. durch alternative Wendungen ersetzt werden.⁷⁸

II. Gendersensible Sprache

Enorm an Fahrt aufgenommen hat in den letzten Jahren die Debatte um die Verwendung gendersensibler Sprache, die nunmehr auch an den juristischen Fakultäten geführt wird. Dabei scheint es zwei Fraktionen zu geben: Diejenigen, die der Frage eher weniger Bedeutung zumessen, aber die Sorge haben, für die Verwendung des generischen Maskulinums getadelt zu werden. Andererseits diejenigen, die die Teilhabe aller Menschen jedweden Geschlechts auch sprachlich deutlich machen wollen, aber befürchten, dass ihnen die Verwendung bestimmter Konstruktionen, z. B. mit Asterisk („Gender-Sternchen“), als Fehler angestrichen wird. Angehörige der erstgenannten Gruppe können ebenso aufatmen, wie jene, die eine „Zwischenlösung“ wählen und in einer Fußnote klarstellen, dass stets alle Geschlechter gemeint seien. Auch wenn der Duden die Verwendung von Asterisken inzwischen als „vom amtlichen Regelwerk nicht abgedeckt[e]“⁷⁹ alternative Darstellungsform auführt, handelt es sich bei der Verwendung des generischen Maskulinums zweifelsohne um korrektes Deutsch, das auch vom einen Teil der Sprachwissenschaftler*innen nach wie vor befürwortet wird.⁸⁰ Es gilt also der prüfungsrechtliche Grundsatz, dass Richtiges nicht als falsch bewertet werden darf.⁸¹

Hieraus darf aber nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass die Verwendung gendersensibler Sprache daher falsch und unzulässig ist, denn das amtliche Regelwerk gilt nur in engen Ausnahmekonstellationen verbindlich, allem voran an Schulen und im amtlichen Schriftverkehr durch entsprechende, in den Ländern umgesetzte Beschlüsse der Kultusministerkonferenz bzw. behördliches Innenrecht.⁸²

Im Übrigen gilt aus linguistischer Perspektive, dass die Sprache allen Verwender*innen gehört und diese die Sprache durch ihre aktive Verwendung tagtäglich ein wenig neu gestalten.⁸³ Aus rechtlicher Perspektive folgt daraus jenseits der Bindung an das amtliche Regelwerk, dass richtig ist, was üblich ist.⁸⁴ Dies kann vor dem Hintergrund der breiten gesellschaftlichen Diskussion und dem im Übrigen auch empirisch belegten Zusammenhang zwischen verwendetem Genus und dem bei dem/der Empfänger*in erzeugtem Bild vom Sexus⁸⁵ nicht mehr negiert werden. Vielmehr müssen sich an dieser Stelle jene entgegenhalten lassen, die das Anliegen pauschal als „Verballhornung der deutschen Sprache“ verunglimpfen und dafür auch noch Zuspruch erhalten,⁸⁶ dass sie es sich zu leicht machen und derartige Apodikta ihrerseits wissenschaftlichen Ansprüchen nicht genügen. Beachten sollte man bei der gendersensiblen Gestaltung jedoch, dass auch wirklich alle Geschlechter gemeint sind (Exhibitionisten können kraft Gesetzes nur Männer sein, § 183 Abs. 1 StGB) und die nötige sprachliche Genauigkeit erhalten bleibt.⁸⁷

G. Quo vadis, Proseminar?

Dieser kleine „Rundgang“ konnte nur einen Teil derjenigen Probleme behandeln, die der Verfasser bei Studierenden beobachten konnte. Es wurde gezeigt, dass das wissenschaftliche Arbeiten zwar anspruchsvoll ist, aber auch wie ein Handwerk erlernt werden kann. Daher soll an dieser Stelle nochmals an Studierende appelliert werden, das Proseminar nicht als notwendiges Übel, sondern als Lernchance zu begreifen.

Begrüßenswert ist es vor diesem Hintergrund, dass Bonner Studierende mit Inkrafttreten der neuen Studienordnung voraussichtlich einen benoteten Schein für das Proseminar erhalten werden und Prüfende dadurch die Möglichkeit bekommen, besonders gute Leistungen auch entsprechend hervorzuheben. Großzügigkeit sollte dann allerdings bei

⁷⁶ Rost, Lern- und Arbeitstechniken für das Studium, 8. Aufl. 2018, S. 236 f.; Walter, (Fn. 72), S. 226 ff.

⁷⁷ Ähnlich Beyerbach, (Fn. 41), Rn. 344.

⁷⁸ Z. B. Verrel, BRJ 2014, 135 (138): „diese abschließende Anmerkung sei dem Kriminologen gestattet“. Denkbar ist auch die Verwendung des Wortes „man“ oder des „Stellvertreter-Es“, z. B.: „Es überzeugt, dass [...]“.

⁷⁹ <https://www.duden.de/sprachwissen/sprachratgeber/Geschlechtergerechter-Sprachgebrauch>, Abruf v. 29.1.2023.

⁸⁰ Vgl. etwa Eisenberg, APuZ 72 (2022), 30 (30 ff.). Gleichwohl dürfte die Annahme, dass das generische Maskulinum historisch tief in der deutschen Sprache verwurzelt ist, erheblichen Zweifeln unterliegen, vgl. Müller-Spitzer, APuZ 72 (2022), 23 (23 ff.).

⁸¹ BVerfGE 84, 34 (53 f.).

⁸² Vgl. zusammenfassend WD 10 – 3000 – 001/20, 4 ff. Der Verfasser begehrt gleichwohl mit diesem Beitrag kein Dienstvergehen, da er sich insoweit auf seine Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) berufen kann.

⁸³ Müller-Spitzer, (Fn. 80), 27 f.

⁸⁴ OVG Lüneburg, NJW 2005, 3590 (3591 ff.); Kopke, NJW 2005, 3538 (3540).

⁸⁵ Zum Forschungsstand Diewald/Nübling, Genus – Sexus – Gender – ein spannungs- und ertragreiches Themenfeld der Linguistik, in: Diewald/Nübling (Hrsg.), Genus – Sexus – Gender, S. 3, S. 10 ff.; trotzdem negierend Walter (Fn. 72), S. 233 ff. und Putzke (Fn. 7), Rn. 97.

⁸⁶ Rost, (Fn. 76), S. 237; zustimmend zur Voraufgabe Lahnsteiner, (Fn. 7), 587; ähnlich („Verhunzung“) Putzke, (Fn. 7), Rn. 97.

⁸⁷ Bedenken können insofern gegen Partizipkonstruktionen bestehen, da das Partizip I herkömmlicherweise ausdrückt, dass etwas in einem bestimmten Moment geschieht; Der Lehrende steht also aktuell im Klassenraum, während der/die Lehrer*in auch gerade im Urlaub sein kann. Jedoch wird die gemeinte Bedeutung in den allermeisten Kontexten trotzdem zweifelsfrei erkennbar sein. Zudem kann sich auch das Verständnis dieser Konstruktionen künftig grundsätzlich ändern, wie das Wort „Vorsitzende*in“ oder „Student“ zeigt, das seinem lateinischen Wortursprung („studens“) nach bereits eine Partizipkonstruktion ist, und zwar für alle drei Genera, allgemein hierzu Müller-Spitzer, (Fn. 80), 27.

der Vergabe der Mindestnote „ausreichend“ an den Tag gelegt werden, denn beim Proseminar soll es sich nach seiner Zweckbestimmung weiterhin primär um ein Lernangebot und nicht um eine „Seminarvorprüfung“ handeln.

Der Beitrag hat aber auch gezeigt, dass Themenarbeiten keineswegs den ersten Berührungspunkt mit der wissenschaftlichen Arbeitsweise darstellen. Es muss daher auch kritisch gefragt werden, ob das Format „Proseminar“ nicht zu spät kommt und überfrachtet wird, wenn neben den Spezifika der Themenarbeiten auch die Grundlagen wissenschaftlichen Arbeitens vermittelt werden sollen. Ebenso wenig erscheint es realistisch, dass eine Einführung in das wissenschaftliche Arbeiten „nebenbei“ in den Anfängervorlesungen oder Arbeitsgemeinschaften Erfolg zeigt, liegt der Fokus dort verständlicherweise auf den bevorstehenden ersten Prüfungen.

Geht man von den lernpsychologisch und spieltheoretisch naheliegenden hochschuldidaktischen Grundannahmen „*They'll learn, what you'll test. So teach, what you'll test*“⁸⁸ aus, folgt für das Proseminar ferner, dass das Anfertigen einer (benoteten) Themenarbeit allein keinen hinreichenden Lernerfolg verspricht. Es kann nämlich nicht damit gerechnet werden, dass Studierende sich die notwendigen Fähigkeiten in der Breite rechtzeitig autodidaktisch aneignen.

Der/die eingangs erwähnte anonyme Student*in, der/die kein Feedback zu seiner Proseminararbeit erhalten haben will, hätte also recht damit, sich hierüber zu beklagen. Vor diesem Hintergrund endet dieser Beitrag mit zwei Wünschen, die sich nicht an die Studierenden richten: Erstens erscheint die Etablierung einer Einführung in das wissenschaftliche Arbeiten vor der Ableistung der ersten studienbegleitenden Hausarbeit überaus sinnvoll. Zweitens sollte es einen breiten Konsens der Lehrenden darüber geben, dass im Proseminar das Anfertigen einer Themenarbeit nur dann erfolgreich gelernt werden kann, wenn die entsprechenden Fähigkeiten im Sinne eines „Coachings“ auch vermittelt werden. Niemand würde aber von einem Coaching sprechen, wenn er einem niedergeschlagenen Boxer lediglich erklärt, dass er soeben k. o. gegangen ist. Dieses setzt vielmehr eine angemessene Vorbereitung, aktive Hinweise während des Kampfes und eine Fehleranalyse für das nächste Duell voraus. Mögen wir uns daran ein Beispiel nehmen!

⁸⁸ Frei nach *Biggs*, *Higher Education* 32 (1996), 347 (350 ff.); ähnlich und eingehend zu diesem Konzept des „constructive alignments“ *Basak/Köchel* (Fn. 1), S. 260 ff.

Die Unterstützung angegriffener Staaten und die Neutralität im Völkerrecht

Lennard Walker, Bonn*

Das Institut der Neutralität fristete über die letzte Dekade hinweg nur ein Nischendasein in der völkerrechtlichen Literatur. Auf unruhliche Weise sorgte der erneute russische Einmarsch in die Ukraine im Februar 2022 jedoch dafür, dass Fragen rund um die Neutralität im Völkerrecht wieder viel diskutiert wurden. Insbesondere vor dem Hintergrund von Waffenlieferungen Deutschlands und anderer westlicher Staaten an die Ukraine wird diskutiert, inwieweit diese vor dem Hintergrund der Neutralität zulässig sind. Der folgende Beitrag gibt einen Überblick über die Neutralität im Völkerrecht und ihren Anwendungsbereich und stellt dar, warum der Ukrainekonflikt ein Sonderfall ist, auf den die klassische Neutralität nicht zugeschnitten ist.

A. Einleitung

„Das Neutralitätsrecht ist gegenwärtig einer der unsichersten Teile des Völkerrechts“, befand bereits 1956 der amerikanisch-österreichische Völkerrechtler Josef Kunz.¹ Auch wenn die rechtlichen Diskussionen rund um die Neutralität in der jüngeren Vergangenheit abnahmen, ist diese Unsicherheit geblieben. Gerade vor dem Hintergrund des russischen Überfalls auf die Ukraine im Februar 2022 stellen sich auch heute wieder Fragen zur Neutralitätspflicht und ihrem Verhältnis zur Unterstützung angegriffener Staaten, etwa, ob und warum Hilfeleistungen an einen angegriffenen Staat vor dem Hintergrund der Neutralität völkerrechtlich möglich sind und inwiefern es die Neutralität in einem System der kollektiven Sicherheit wie den Vereinten Nationen überhaupt noch geben kann. Schließlich wirkt die Neutralitätspflicht im Kontext des Einmarsches russischer Truppen in die Ukraine und dem Willen vieler Staaten zur Unterstützung des angegriffenen Staates wie ein Fremdkörper in einer Welt, die den Angriffskrieg ablehnt.

B. Grundlagen der Neutralität

Die Neutralität im Völkerrecht beschreibt den Status, den Staaten einnehmen, die nicht an einem internationalen bewaffneten Konflikt beteiligt sind.² Für diese Staaten ergibt sich aus der Neutralität die Pflicht, nicht in den Konflikt einzugreifen und sich stattdessen unparteiisch zu verhalten.³ Zweck der Neutralität ist zu verhindern, dass sich Konflikte ausdehnen,⁴ denn verhalten sich Staaten, die nicht direkt in den ursprünglichen Konflikt eingebunden sind, nicht neutral, birgt dies stets ein hohes Eskalationspotenzial.⁵ Darüber hinaus können neutrale Staaten in internationalen Konflikten eine Vermittlerrolle in der Diplomatie einnehmen.⁶ Eine Kodifizierung der Neutralität im Völkerrecht fand 1907 durch das V. Haager Abkommen betreffend die Rechte und Pflichten der neutralen Mächte und Personen im Falle eines Landkriegs sowie das XIII. Haager Abkommen betreffend die Rechte und Pflichten der neutralen Mächte und Personen im Falle eines Seekriegs statt. Zwar sind die Haager Abkommen bereits mehr als 100 Jahre alt, doch noch 2015 trat ein Staat den Verträgen bei – die Ukraine.⁷ Das zeigt, dass die Verträge weiterhin anerkannt sind und als Rechtsquellen für Verhaltensweisen in bewaffneten Konflikten dienen können.⁸ Die Neutralität gilt aber nicht nur für die Unterzeichner der Haager Abkommen, sondern stellt als allgemeine, als Recht anerkannte Übung auch Völkergewohnheitsrecht dar, das für alle Staaten bindend ist.⁹ Die Kodifizierung in den Haager Abkommen entsprach nämlich dem schon damals bestehenden Gedanken, dass sich am Konflikt unbeteiligte

² *Bothe*, in: *Vitzthum/Proeßl* (Hrsg.), *Völkerrecht*, 8. Aufl. 2019, VIII. Rn. 104; *Stein/von Buttlar/Kotzur*, *Völkerrecht*, 14. Aufl. 2017, Rn. 1295.

³ *Stein/von Buttlar/Kotzur*; (Fn. 2), Rn. 1295.

⁴ *Berber*, *Völkerrecht. Dokumentensammlung. Band II: Konfliktrecht*, 2. Aufl. 1969, S. 215.

⁵ *Berber*, (Fn. 4).

⁶ *Stein/von Buttlar/Kotzur*; (Fn. 2).

⁷ *Krajewski*, *Weder neutral noch Konfliktpartei? Zur rechtlichen Bewertung von Waffenlieferungen an die Ukraine*, *voelkerrechtsblog.org*, www.voelkerrechtsblog.org/weder-neutral-noch-konfliktpartei/, Abruf v. 29.1.2023.

⁸ *Krajewski*, (Fn. 7).

⁹ *Bindschedler*, *ZaöRV* 17 (1956), 1 (3); *Bothe*, in: *Fleck* (Hrsg.), *Handbuch des humanitären Völkerrechts*, 1994, Rn. 1102; *Heintschel von Heinegg*, *Wider die Mär vom Tode des Neutralitätsrechts*, in: *Fischer/Friossart/Heintschel von Heinegg/Raap* (Hrsg.), *FS Fleck*, 2004, S. 221 (222); *Norton*, *HILJ* 17 (1976), 249 (276).

* Der Autor hat Rechtswissenschaft in Bonn studiert. Der Aufsatz entstand im Zuge des Seminars „Aktuelle Herausforderungen im Völkerrecht“ unter der Leitung von Prof. Dr. DDr. h.c. *Matthias Herdegen* an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn im Wintersemester 2022/23.

¹ *Kunz*, *AJIL* 50 (1956), 313 (327).

Mächte nicht in diesen einmischen sollen, um Eskalationen zu vermeiden.¹⁰ Auch in den bewaffneten Konflikten der jüngeren Vergangenheit zeigt sich eine allgemeine Anerkennung der Neutralität als Rechtsinstitut.¹¹

C. Die Neutralität im Verhältnis zur Unterstützung angegriffener Staaten

Fraglich ist somit, inwiefern Unterstützungshandlungen eines nichtbeteiligten Staates mit dem Grundsatz der Neutralität vereinbar sind, welchem zufolge jede einseitige Unterstützung zu vermeiden ist. Dabei wird insbesondere das Verhältnis zwischen der UN-Charta und der Neutralität beleuchtet, aber auch erläutert, ob es die Nichtkriegsführung („non-belligerency“) als Möglichkeit von Unterstützungen in völkerrechtskonformer Weise gibt und welche Auswirkungen dies auf die Neutralität im Kontext des Krieges in der Ukraine hat.

I. Das Verhältnis zwischen Neutralität und UN-Charta

1. Die Neutralität im Konflikt mit der Kriegsächtung

Um das Verhältnis zwischen Neutralität und dem System der kollektiven Sicherheit nachvollziehen zu können, empfiehlt sich zunächst ein Blick auf die Entstehung der jeweiligen Institute. Der Grundgedanke der Neutralität kommt aus einer Zeit, in der der Krieg noch nicht geächtet war. Im 19. Jahrhundert waren kriegerische Auseinandersetzungen legitime Mittel zur Durchsetzung eigener Interessen und der Krieg als Ausdruck der Souveränität jedem Staat erlaubt.¹² Die Neutralität der unbeteiligten Staaten konnte daher ohne weiteres neben dem Konflikt der beteiligten Staaten existieren. Unter dem Eindruck des Ersten Weltkrieges wurde jedoch 1928 der Briand-Kellogg-Pakt, auch Kriegsächtungspakt genannt, geschlossen.¹³ Darin wurde festgelegt, dass die Vertragsparteien den Krieg nicht mehr als Mittel zur Durchsetzung ihrer Politik nutzen wollen, sondern den Krieg und den jeweiligen Kriegführenden ächten. Bereits damals wurde aber die Frage aufgeworfen, ob die Neutralität mit der Ächtung des Aggressors in Einklang zu bringen ist.¹⁴ Diese Frage verstärkte sich noch, als 1945 die Vereinten Nationen mit einem System der kollektiven Sicherheit und dem Sicherheitsrat als Instanz zur Friedenssicherung gegründet wurden.

2. Die Neutralität im Konflikt mit der kollektiven Sicherheit

In den Vereinten Nationen übertragen die Staaten nach Art. 24 UN-Charta dem Sicherheitsrat die Hauptverantwortung für die Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit. Der Sicherheitsrat ist dadurch ermächtigt, in internationalen bewaffneten Konflikten nach Art. 39 UN-Charta festzustellen, ob ein Bruch des Friedens oder eine Angriffshandlung vorliegen und kann bestimmte Maßnahmen – unter Voraussetzung des Art. 42 UN-Charta auch solche mittels Waffengewalt – zur Wiederherstellung des Friedens durchführen. Darüber hinaus sieht Art. 51 UN-Charta ein Selbstverteidigungsrecht vor. Von diesem Selbstverteidigungsrecht dürfen aber nicht nur die angegriffenen Staaten Gebrauch machen, sondern es wirkt auch kollektiv. Das heißt, dass unbeteiligte Staaten zu Gunsten des angegriffenen Staates in den internationalen bewaffneten Konflikt eingreifen dürfen,¹⁵ was einen Neutralitätsverstoß rechtfertigt.¹⁶ Durch das System der kollektiven Sicherheit gibt es in Fällen, in denen der Sicherheitsrat eingreift oder Maßnahmen der kollektiven Selbstverteidigung durch andere Staaten vorgenommen werden also eine Kollision mit der Neutralitätspflicht.¹⁷ Denn unter einer strikten Neutralität wäre ein solches Eingreifen für die übrigen Staaten nicht möglich. Würde man in diesem Spannungsverhältnis nun der Neutralität den Vorrang vor der UN-Charta überlassen, würde das das System der kollektiven Sicherheit ad absurdum führen: Auf der einen Seite sieht die Charta als *ius cogens* ein Gewaltverbot vor.¹⁸ Auf der anderen Seite dürften unbeteiligte Staaten unter dem Gesichtspunkt der Neutralität dem Angegriffenen nicht zur Hilfe kommen. Genau dies soll zur Effektivität der kollektiven Sicherheit aber verhindert werden. Der Konflikt zwischen Neutralität und UN-Charta wird zu Gunsten der Charta aufgelöst.

Dieser Vorrang der UN-Charta vor dem Neutralitätsrecht ergibt sich aus den Kollisionsregeln des Völkerrechts.¹⁹ Denn die Regeln der UN-Charta verdrängen entgegenstehendes Vertragsrecht nach Art. 103 UN-Charta. Wegen ihres Status als Gewohnheitsrecht stehen Neutralität und die UN-Charta hierarchisch auf einer Stufe²⁰ und zwischen beiden besteht ein tatsächlicher Konflikt.²¹ In diesem Fall ist die Regel „*lex posterior derogat legi priori*“ anwendbar, sodass das neuere Recht, hier die Charta von 1945, gegenüber dem älteren Recht (der gewohnheitsrechtlichen Neutralität) Vorrang genießt.²² Zum anderen gilt das Gewalt-

¹⁰ Köpfer, Die Neutralität im Wandel der Erscheinungsformen militärischer Auseinandersetzungen, 1976, S. 19.

¹¹ Norton, (Fn. 9), 258; Oeter, Neutralität und Waffenhandel, 1992, S. 93 f., S. 114.

¹² Hobe/Fuhrmann, Die Friedens-Warte 82 (2007), 97 (97).

¹³ Briand-Kellogg-Pakt v. 27.8.1929, RGBL 1929 II, S. 97.

¹⁴ Stein/von Buttlar/Kotzur, (Fn. 2), Rn. 1305.

¹⁵ Randelzhofer, in: Simma (Hrsg.), UN-Charta, 2. Aufl. 2002, Art. 51 Rn. 32.

¹⁶ Pieper, Neutralität von Staaten, 1997, S. 85; vgl. auch Heintschel von Heinegg, in: Ipsen (Begr.), Völkerrecht, 7. Aufl. 2018, § 56 Rn. 2.

¹⁷ Bothe, (Fn. 2), VIII. Rn. 106; Köpfer, (Fn. 10), S. 133.

¹⁸ Randelzhofer, (Fn. 15), Art. 2 Nr. 4 Rn. 11.

¹⁹ Pieper, (Fn. 16), S. 285.

²⁰ Dörr, in: Ipsen (Begr.), Völkerrecht, 7. Aufl. 2018, § 23 Rn. 1.

²¹ Vgl. auch Heintschel von Heinegg, (Fn. 16), § 66 Rn. 6.

²² Pieper, (Fn. 16), S. 285; vgl. Dörr (Fn. 20), § 23 Rn. 4.

verbot aus der Charta als zwingendes Recht,²³ woraus sich eine überragende Bedeutung des Gewaltverbotes und seiner Wertungen für das Völkerrecht ergibt.²⁴ Unter Eindruck dieser Bedeutung findet die Neutralität bei Maßnahmen, die der Sicherheitsrat zur Wahrung des Weltfriedens trifft, keine Anwendung und wird verdrängt.²⁵ Daraus folgt gleichzeitig, dass es zumindest eine absolute Neutralität unter den Vereinten Nationen nicht geben kann.²⁶

II. Der Status als nichtkriegsführende Partei

Vorgeschlagen wird von Teilen der Völkerrechtswissenschaft, dass es zwischen der strikten Neutralität und dem Status als Konfliktpartei noch einen Status gibt, der entweder zwischen Neutralität und Konfliktbeteiligung steht oder die Neutralität ganz abgelöst hat: die sogenannte Nichtkriegsführung.²⁷

1. Ursprung und Entwicklung

Wenige Jahre nach der Ächtung des Krieges durch den Briand-Kellogg-Pakt gab die Vereinigung für Internationales Recht eine Interpretationserklärung zu diesem Pakt ab, die zum Inhalt hatte, dass eine Vertragspartei ihre Neutralitätspflicht gegenüber einem Aggressor nicht erfüllen müsse.²⁸ In der Auslegungserklärung wurde der Begriff der nichtkriegsführenden Partei für diesen Status gewählt. In der Staatenpraxis prominent aufgegriffen wurde dieser Status im zweiten Weltkrieg durch die USA: Anfang 1941 machte der Kongress den Weg frei, um Hilfs- und Rüstungsgüter an die späteren Alliierten zu liefern, ohne selbst in den Krieg einzutreten. Dies geschah unter dem Schlagwort der Nichtkriegsführung.²⁹ Und auch im späteren 20. Jahrhundert sahen sich diverse Staaten in unterschiedlichen Konflikten als nichtkriegsführend an.³⁰

2. Bewertung

Auf den ersten Blick mag ein Status zwischen Neutralität und Kriegsführung praktisch für unbeteiligte, aber befreundete Staaten sein, die einen Partner unterstützen wollen.

Mit der Berufung auf die Nichtkriegsführung wäre die Möglichkeit der Unterstützung angegriffener Staaten in einfacher Weise geklärt. Gleichwohl hat sich der Status als nichtkriegsführende Partei in der Völkerrechtslehre bisher nicht durchgesetzt.³¹ Bereits kurz nach dem Zweiten Weltkrieg, also nachdem unter anderem die USA diesen Status für sich in Anspruch nahmen, sagte der amerikanische Völkerrechtler H. W. Briggs, dass die Nichtkriegsführung bloß ein Euphemismus für Neutralitätsverletzungen sei.³² Für die Nichtkriegsführung als Status spricht zunächst, dass es den Fall gibt, in dem der Sicherheitsrat eingreift und sich infolgedessen die übrigen Staaten nicht neutral verhalten müssen, sondern Unterstützungshandlungen möglich oder gar verpflichtend sind.³³ Demnach darf angegriffenen Staaten unter den oben genannten Grundsätzen geholfen werden, was durch die Begrifflichkeit der Nichtkriegsführung unterstrichen werden kann.³⁴ Andererseits ist die Anerkennung des Status mit dem Zweck hinter der Neutralität, nämlich Eskalationen zu vermeiden und den Konflikt klein zu halten, schwer vereinbar.³⁵ Bei Anerkennung der Nichtkriegsführung hätten Staaten jederzeit, egal ob der Sicherheitsrat einen Aggressor festgestellt hat oder nicht, die Möglichkeit zur Unterstützung einer Seite. Das birgt aber die hohe Gefahr, dass das entscheidende Kriterium, nach dem über Unterstützungshandlungen entschieden wird, ein politisches und kein rechtliches sein wird.³⁶ Die einzelnen Staaten hätten in Konflikten dann die missbrauchsanfällige Hoheit darüber, für sich festzustellen, wer der Aggressor einer Auseinandersetzung ist, wenn auch auf eigenes Risiko der verbotenen Unterstützung eines tatsächlichen Aggressors.³⁷ Die Hauptverantwortung zur Qualifizierung des Aggressors haben die Staaten aber nach Art. 24 Abs. 1 UN-Charta an den Sicherheitsrat übertragen. Darüber hinaus lehnen viele Staaten die Idee der Nichtkriegsführung prinzipiell ab, was gegen eine umfassende Staatenpraxis spricht, die den Status anerkennt.³⁸ Selbst unter Beachtung der Erklärungen von Staaten, die sich in Konflikten als nichtkriegsführend bezeichneten, lassen sich wegen ihrer Uneinheitlichkeit keine speziellen Regeln für den Status der Nichtkriegsführung bilden.³⁹ Darin besteht eine weitere Gefahr, nämlich dass der Nichtkriegsführende sich auf seinen vermeintlichen Status beruft, die benachteiligten Staaten sein, die einen Partner unterstützen wollen. Mit der Berufung auf die Nichtkriegsführung wäre die Möglichkeit der Unterstützung angegriffener Staaten in einfacher Weise geklärt. Gleichwohl hat sich der Status als nichtkriegsführende Partei in der Völkerrechtslehre bisher nicht durchgesetzt.³¹ Bereits kurz nach dem Zweiten Weltkrieg, also nachdem unter anderem die USA diesen Status für sich in Anspruch nahmen, sagte der amerikanische Völkerrechtler H. W. Briggs, dass die Nichtkriegsführung bloß ein Euphemismus für Neutralitätsverletzungen sei.³² Für die Nichtkriegsführung als Status spricht zunächst, dass es den Fall gibt, in dem der Sicherheitsrat eingreift und sich infolgedessen die übrigen Staaten nicht neutral verhalten müssen, sondern Unterstützungshandlungen möglich oder gar verpflichtend sind.³³ Demnach darf angegriffenen Staaten unter den oben genannten Grundsätzen geholfen werden, was durch die Begrifflichkeit der Nichtkriegsführung unterstrichen werden kann.³⁴ Andererseits ist die Anerkennung des Status mit dem Zweck hinter der Neutralität, nämlich Eskalationen zu vermeiden und den Konflikt klein zu halten, schwer vereinbar.³⁵ Bei Anerkennung der Nichtkriegsführung hätten Staaten jederzeit, egal ob der Sicherheitsrat einen Aggressor festgestellt hat oder nicht, die Möglichkeit zur Unterstützung einer Seite. Das birgt aber die hohe Gefahr, dass das entscheidende Kriterium, nach dem über Unterstützungshandlungen entschieden wird, ein politisches und kein rechtliches sein wird.³⁶ Die einzelnen Staaten hätten in Konflikten dann die missbrauchsanfällige Hoheit darüber, für sich festzustellen, wer der Aggressor einer Auseinandersetzung ist, wenn auch auf eigenes Risiko der verbotenen Unterstützung eines tatsächlichen Aggressors.³⁷ Die Hauptverantwortung zur Qualifizierung des Aggressors haben die Staaten aber nach Art. 24 Abs. 1 UN-Charta an den Sicherheitsrat übertragen. Darüber hinaus lehnen viele Staaten die Idee der Nichtkriegsführung prinzipiell ab, was gegen eine umfassende Staatenpraxis spricht, die den Status anerkennt.³⁸ Selbst unter Beachtung der Erklärungen von Staaten, die sich in Konflikten als nichtkriegsführend bezeichneten, lassen sich wegen ihrer Uneinheitlichkeit keine speziellen Regeln für den Status der Nichtkriegsführung bilden.³⁹ Darin besteht eine weitere Gefahr, nämlich dass der Nichtkriegsführende sich auf seinen vermeintlichen Status beruft, die benachteiligten Staaten sein, die einen Partner unterstützen wollen.

²³ *Randelzhofer*, (Fn. 15), Art. 2 Nr. 4 Rn. 11.

²⁴ *Heintschel von Heinegg*, (Fn. 9), S. 232.

²⁵ *Bothe*, (Fn. 9), Rn. 1103; *Heintschel von Heinegg*, (Fn. 9), S. 232; *Seeger*, *The Law of Neutrality*, in: Clapham/Gaetha (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, 2014, S. 248 (262).

²⁶ *Heintschel von Heinegg*, *Seekriegsrecht und Neutralität im Seekrieg*, 1995, S. 108; *Schmidt-Radefeldt*, *GSZ-Sonderausgabe* 2022, 12 (13).

²⁷ *Haug*, *Neutralität und Völkergemeinschaft*, 1962, S. 92; *Oeter*, (Fn. 11), S. 250; *Scheuner*, *Die Neutralität im heutigen Völkerrecht*, 1969, S. 41.

²⁸ Vgl. *Wright*, HLR 49 (1936), 673.

²⁹ Vgl. *Land-Lease-Act v. 11.3.1941*.

³⁰ Viele Beispiele hierzu nennt *Heintschel von Heinegg*, (Fn. 26), S. 91 ff.

³¹ *Bothe*, *Neutrality at Sea*, S. 207; *Heintschel von Heinegg*, „Benevolent“ Third States During International Armed Conflicts: The Myth of the Irrelevance of the Law of Neutrality, in: Schmitt/Pejic (Hrsg.), *Essays in Honour of Yoram Dinstein*, 2007, S. 543 (544); *Oppenheim/Lauterpacht*, *International Law*, 7. Aufl. 1952, S. 662; *Seeger*, (Fn. 25), S. 266; *Verdross*, *Völkerrecht*, 6. Aufl. 1964, S. 506.

³² *Briggs*, AJIL 34 (1941), 569 (569).

³³ *Haug*, (Fn. 27), S. 92.

³⁴ *Oeter*, (Fn. 11), S. 137.

³⁵ *Bothe*, (Fn. 9), Rn. 1101.

³⁶ *Bindschedler*, (Fn. 9), 26; Vgl. *Kunz*, (Fn. 1), 327.

³⁷ *Oeter*, (Fn. 11), S. 137.

³⁸ *Nasu*, *The Future Law of Neutrality*, lieber.westpoint.edu, www.lieber.westpoint.edu/future-law-of-neutrality/, Abruf v. 29.1.23.

³⁹ *Heintschel von Heinegg*, (Fn. 26), S. 113.

ligte Partei diesen aber mit entsprechenden Argumenten nicht anerkennt, Gegenmaßnahmen ergreift und so der Konflikt ausgedehnt wird.⁴⁰

Der Status der Nichtkriegsführung lässt sich daher nicht mit der Neutralität vereinbaren und ist abzulehnen.

III. Der Ukraine Konflikt

Ausgehend von den oben genannten Grundsätzen stellt sich daher die Frage, ob und warum im konkreten Fall des Angriffes auf die Ukraine diese unterstützt werden darf.

1. Unterstützung der Ukraine als Teil der kollektiven Selbstverteidigung

Eine Möglichkeit wäre, dass die Unterstützerstaaten der Ukraine Waffen und andere Rüstungsgüter basierend auf der kollektiven Selbstverteidigung nach Art. 51 UN-Charta liefern. Dieses Selbstverteidigungsrecht besteht nach Art. 51 UN-Charta so lange, bis der Sicherheitsrat eingreift und Maßnahmen zur Friedenssicherung trifft. Im konkreten Fall scheitert der Eingriff des Sicherheitsrates aber am Veto Russlands. Das Recht zur Selbstverteidigung ist also nicht eingeschränkt, sondern besteht sowohl für die Ukraine als auch für die übrige Staatenwelt weiter. Die kollektive Selbstverteidigung findet klassischerweise durch einen militärischen Eingriff in einen Konflikt zugunsten des Verteidigers statt. Waffenlieferungen könnten aber analog zum militärischen Eingreifen auf Seiten des Angegriffenen den Rechtfertigungsgrund der kollektiven Selbstverteidigung nach Art. 51 UN-Charta erfüllen. Als eine Art Minusmaßnahme zur offenen Beteiligung an dem Konflikt wäre die bloße Unterstützung der Ukraine durch die Lieferung von Rüstungsmaterialien ein milderer Mittel als die Beteiligung mit eigenen Soldaten.⁴¹ Bisher wurde dem UN-Sicherheitsrat jedoch noch kein Beistehen im Sinne des kollektiven Selbstverteidigungsrechtes angezeigt, was nach Art. 51 UN-Charta notwendig ist. Eine solche Anzeige ist zumindest durch die Bundesrepublik bisher jedoch stets erfolgt, wenn man sich auf die kollektive Selbstverteidigung berief,⁴² was nahe legt, dass die Unterstützerstaaten diesen Weg der kollektiven Selbstverteidigung bewusst nicht gewählt haben. Im Ergebnis ist die Unterstützung der Ukraine durch die Lieferung von Waffen daher nicht durch das Recht der kollektiven Selbstverteidigung erfasst, was einen Neutralitätsverstoß rechtfertigen würde.

⁴⁰ Heintschel von Heinegg, (Fn. 26), S. 114.

⁴¹ Krajewski, (Fn. 7).

⁴² Im Kampf gegen den IS berief sich die Bundesregierung explizit auf die kollektive Selbstverteidigung, vgl. www.bundesregierung.de/breg-de/service/auf-welchen-rechtlichen-grundlagen-beteiligt-sich-deutschland--5118522, Abruf v. 29.1.2023.

2. Anwendung der Neutralität im Ukraine Konflikt

Nach den oben genannten Grundsätzen der Überlagerung der Neutralität könnte diese jedoch im konkreten Fall der Ukraine gar nicht anwendbar sein. Eine Überlagerung kommt zwar durch einen bindenden Beschluss des UN-Sicherheitsrates nach Art. 42 UN-Charta in Betracht, dieser scheitert aber an der Vetostellung Russlands. Die bereits lange bekannte „Lücke“ im Konstrukt des Sicherheitsrates entfaltet daher ihre Wirkung.⁴³ Der Sicherheitsrat ist gegen die Aggressionen der Russischen Föderation machtlos. Da nun eine Rechtfertigung der Unterstützungsleistungen durch die kollektive Selbstverteidigung ebenso wenig stattfindet wie eine Überlagerung der Neutralität durch einen Beschluss des UN-Sicherheitsrates, scheint es zunächst nahezuliegen, wieder zum klassischen Neutralitätsrecht zurückzukehren.⁴⁴ Im Falle des aktuellen russischen Angriffskriegs würde ein Rückfall auf die klassische Neutralität aber dem System der kollektiven Sicherheit widersprechen. Denn beim Überfall auf die Ukraine gab sich Russland nicht einmal ernsthaft Mühe, den Anschein der Rechtfertigung heranzuziehen.⁴⁵ Zwar war die Resolution in der UN-Generalversammlung nicht bindend, sie zeigte aber, dass es für die übrige Staatenwelt zumindest keine Zweifel an der Aggression Russlands gab. Ein Eingreifen des UN-Sicherheitsrates scheitert auch nicht an ernsthaften Bedenken, wer für den Konflikt verantwortlich ist oder daran, ob Maßnahmen überhaupt notwendig sind, sondern allein am Veto Russlands. Dass eine Vetomacht im Sicherheitsrat der Aggressor ist, widerspricht aber dem Grundgedanken des Sicherheitsrates, dass dieser gerade zur Erhaltung des Friedens zusammenwirkt.⁴⁶ Wegen dieses offensichtlichen Bruchs des Völkerrechts, gleichzeitig aber der Unfähigkeit des Sicherheitsrates, entsprechende Maßnahmen einzuleiten, liegt hier ein Fall vor, der mit den sonstigen Überlagerungen der Neutralität durch die Wertungen der Charta der Vereinten Nationen vergleichbar ist.⁴⁷ Schließlich bleiben diese Wertungen nicht stehen, wenn der Sicherheitsrat untätig bleibt, sondern sollen die kollektive Sicherheit gewährleisten.⁴⁸ Das widerspricht dem Neutralitätsgrundsatz, da nun ein einseitiges Eingreifen möglich ist. Allerdings überwiegen hier das Gewaltverbot und die Ächtung des Aggressors die Grundsätze der Neutralität.

⁴³ Jessup, A Modern Law of Nations, 1948, S. 203.

⁴⁴ Bothe, Neutrality, Concept and General Rules, in: MPEPIL 2015, Rn. 9, www.opil.ouplaw.com/view/10.1093/law-epil/9780199231690/law-9780199231690-e349?prd=EPIL, Abruf v. 29.1.2023; Heintschel von Heinegg, (Rn. 9), S. 232; Köpfer, (Fn. 10), S. 173.

⁴⁵ Blöcher/Salomon, GSZ-Sonderausgabe 2022, 1 (3).

⁴⁶ Verdross, (Fn. 31), S. 654.

⁴⁷ So auch Heintschel von Heinegg, Neutrality in the War Against Ukraine, lieber.westpoint.edu/neutrality-in-the-war-against-ukraine/, Abruf v. 29.1.2023.

⁴⁸ Herdegen, GSZ-Sonderausgabe 2022, 7 (8).

3. Ergebnis

Der Grundsatz der Neutralitätspflicht für die nicht beteiligten Staaten wird im konkreten Fall des Überfalls auf die Ukraine durch die Wertungen der UN-Charta überlagert, auch wenn es wegen der Stellung Russlands als Vetomacht keinen Beschluss des Sicherheitsrates gab. Ausnahmsweise steht der Aggressor in diesem Konflikt für die übrige Staatenwelt zweifelsfrei fest und ein Beschluss des Sicherheitsrates scheiterte nur wegen der direkten Beteiligung einer Vetomacht, nicht an ernsthaften völkerrechtlichen Bedenken.

D. Klassische Neutralität als überholtes Konzept

Bereits in der Vergangenheit gab es Stimmen, die die Neutralität als ein überholtes Konzept ansahen.⁴⁹ Dass sie auch im aktuellen Angriffskrieg gegen die Ukraine durch die Wertungen der kollektiven Sicherheit überlagert wird und keine Anwendung findet, wirft die Frage auf, ob die Neutralität überhaupt noch eine Zukunft hat.

I. Kein Ende der Neutralität

Zunächst könnte der Überfall auf die Ukraine ein Ende der Neutralität im Völkerrecht bedeuten. Dafür könnte man einen Vergleich zum Jahr 1941 ziehen, als Vertreter der Vereinigten Staaten die Neutralität als überflüssig erachteten und dadurch den Trend zur Nichtkriegsführung einleiteten.⁵⁰ Ebenso wie die damaligen Hilfslieferungen an die späteren Alliierten stützen die USA auch aktuell ihre Hilfe für die Ukraine auf einen „Land-Lease-Act“.⁵¹ Andererseits gab es diesmal seitens der US-Regierung keine explizite Äußerung, dass die Neutralität keine Zukunft mehr habe. Das spricht dafür, dass die amerikanische Regierung die Abgesänge auf die Neutralität von 1941 nicht wiederholen wollte. Darüber hinaus bedeuteten auch die damaligen Äußerungen der USA kein Ende der Neutralität in der Praxis des Völkerrechts. Gegen eine generelle Abschaffung der Neutralität spricht auch, dass es für die Vereinten Nationen nach Art. 43 Abs. 1 UN-Charta möglich ist, die Neutralität in einzelnen internationalen bewaffneten Konflikten zu eliminieren: nämlich dann, wenn Sonderabkommen geschlossen werden, die die Mitgliedsstaaten verpflichten, den Sicherheitsrat zu unterstützen. Dass von diesen Abkommen nie Gebrauch gemacht wurde, zeigt im Umkehrschluss, dass es für Staaten auch in den Vereinten Nationen im Regelfall noch die Möglichkeit der Neutralität geben soll.

⁴⁹ Vgl. *Bindschedler*, Frieden, Krieg und Neutralität im Völkerrecht der Gegenwart, in: Tittel (Hrsg.), FS Wengler, 1973, S. 27 (31); *Fenwick*, International Law, 3. Aufl. 1948, S. 621; *Wright*, (Fn. 28), 674.

⁵⁰ Vgl. *Oppenheim/Lauterpacht*, (Fn. 31), S. 639.

⁵¹ Ukraine Democracy Defense Land-Lease-Act of 2022 v. 9.5.2022.

II. Modifikationen der Neutralität

Der Angriff auf die Ukraine könnte jedoch zumindest eine Zäsur der Neutralität bedeuten und einen Wandel der Anwendung des Neutralitätsrechts einleiten. So könnte die aktuelle Situation als „Game Changer“ zu sehen sein.⁵² Der Fall der Ukraine hat vor Augen geführt, dass es Situationen gibt, in denen ein übermächtig wirkender Aggressor einen anderen Staat ohne Grund überfällt. Ist dieser Aggressor gleichfalls Vetomacht im UN-Sicherheitsrat, sind Maßnahmen zur Friedenssicherung durch den Sicherheitsrat faktisch unmöglich. Die Aggression müsste unter dem Neutralitätsrecht durch die übrigen Staaten geduldet werden. Doch wenn es verboten wäre, einem eindeutigen Opfer zu helfen, wäre die kollektive Sicherheit nicht mehr als ein „selbsterstörerisches System“, das das Ziel des dauerhaften Friedens in weite Ferne rücken lässt.⁵³ Ein wertebasiertes Völkerrecht bleibt aber nicht bei Entscheidungen des Sicherheitsrates stehen.⁵⁴ Stattdessen gebietet das System der kollektiven Sicherheit und das Gewaltverbot der UN-Charta, dass angegriffene Staaten auch ohne formelle Entscheidung des Sicherheitsrates unterstützt werden dürfen. Eine absolute Neutralität kann es bereits unter der UN-Charta und der kollektiven Sicherheit nicht geben. Gleiches gilt aber auch für Fälle, in denen der Sicherheitsrat als Hüter des Friedens gegenüber offensichtlichen Aggressionen versagt. Insofern ist der Konflikt in der Ukraine eine Weiterentwicklung der Neutralität, da nun erstmals der praktische Fall eintritt, dass eine Überlagerung der Neutralität außerhalb von Maßnahmen des Sicherheitsrates stattfindet. Dies geschieht jedoch in den bereits früher gesetzten Grenzen, nämlich dem System der kollektiven Sicherheit. Selbstverständlich stellen sich durch diese Wertungen neue Probleme in der Zukunft. Denn so mögen Staaten dazu verleitet werden, sich vorschnell auf eine Überlagerung durch Wertungen des Gewaltverbotes zu stützen. Diese Überlagerung kann jedoch nur angenommen werden, wenn sich im Einzelfall tatsächlich ein eindeutiger Aggressor feststellen lässt und Maßnahmen des Sicherheitsrates am Versagen der kollektiven Sicherheit scheitern. Ein Anhaltspunkt für eine eindeutige Aggression kann eine Bestimmung eines Aggressors durch die Generalversammlung sein. Letztlich kann jedoch nur eine Einzelfallentscheidung getroffen werden, ob ein Ausnahmefall vorliegt, der eine Hilfe zu Gunsten eines Angegriffenen ermöglicht. Das Risiko einer neutralitätswidrigen Hilfe trägt dabei der Unterstützterstaat.⁵⁵ Auch weiterhin darf nicht vorschnell eine Überlagerung der Neutralität angenommen werden. Eine Vielzahl an Konflikten ist nämlich

⁵² *Heintschel von Heinegg*, (Fn. 47).

⁵³ Vgl. die Rede des amerikanischen Justizministers Robert Jackson v. 27.3.1941 in Havanna, AJIL 35 (1941), 348.

⁵⁴ Vgl. *Herdegen*, (Rn. 48), S. 8; *Talmon*, Waffenlieferungen an die Ukraine als Ausdruck eines wertebasierten Völkerrechts, verfassungsblog.de, www.verfassungsblog.de/waffenlieferungen-an-die-ukraine-als-ausdruck-eines-wertebasierten-volkerrechts/, Abruf v. 29.1.2023.

⁵⁵ Vgl. *Talmon*, (Fn. 54).

nicht so eindeutig wie das aktuelle Beispiel. Man denke hier an die Situation, dass es immer wieder zu kleinen gegenseitigen Feindseligkeiten und Scharmützeln an der Grenze kommt, bis eine der Parteien die Schwelle zum bewaffneten Angriff überschreitet. Hier berufen sich regelmäßig beide Parteien auf ihr Selbstverteidigungsrecht.⁵⁶ In diesen Fällen vermag der Sicherheitsrat keinen Aggressor feststellen, sondern beide Parteien auffordern, die Gewalttaten zu unterlassen.⁵⁷ Der tatsächliche Aggressor kann bei einer solchen Lage auch im späteren Verlauf nur schwer bis gar nicht festgestellt werden, sodass sowohl die Lieferung von Waffen an die eine als auch die andere Seite unter diesem Gesichtspunkt kein Bruch der Neutralität wäre. Dies würde jedoch zu einer qualitativen wie quantitativen Erweiterung eines Konfliktes führen.

III. Ergebnis

Die Frage, ob es auch weiterhin eine Neutralität gegenüber angegriffenen Staaten gibt, ist damit im Grundsatz zu bejahen. Allerdings kann es vor dem Hintergrund der Vereinten Nationen als ein System der kollektiven Sicherheit keine absolute Neutralität mehr geben. Stattdessen müssen wichtige Ausnahmen gemacht werden, in denen eine Anwendung der Neutralität dem System der kollektiven Sicherheit widerspricht. Neben dem kollektiven Selbstverteidigungsrecht und den Maßnahmen des UN-Sicherheitsrates ist durch den aktuellen Konflikt in der Ukraine ein weiterer Fall aufgezeigt worden: Die Überlagerung der Neutralität bleibt nicht bei Entscheidungen des Sicherheitsrates stehen. Wenn dieser in Folge der Vetostimmen unfähig ist, gegen eindeutige Aggressionen vorzugehen und trotz offensichtlicher Verstöße keinen Aggressor benennen kann, sind die übrigen Staaten nicht verpflichtet, diesem Verstoß gegen das Gewaltverbot zuzusehen. Hier dürfen die angegriffenen Staaten unterstützt werden, ohne dass dies einen Bruch des Neutralitätsrechts bedeutet. Ein Rückgriff auf das alte Neutralitätsrecht ist aber weiterhin sinnvoll, wenn keine eindeutige Feststellung des Aggressors möglich ist.

E. Fazit

Im Ergebnis zeigt sich, dass die Neutralität nicht als starres Dogma gilt. Stattdessen gibt es Fälle, in denen es zu keiner Anwendung der Neutralitätspflicht aufgrund der Wertungen der UN-Charta kommt oder ein Eingreifen dritter Staaten gerechtfertigt ist. Eine absolute Neutralität kann es in diesem System daher nicht mehr geben. Keine Rechtfertigung für die Unterstützung angegriffener Staaten ist die Nichtkriegsführung. Zwar berufen sich auch aktuell wieder einige Staaten auf dieses Institut, eine eindeutige Staatenpraxis hat sich daraus jedoch noch nicht entwickelt. Auch mit dem Zweck der Neutralität, die Konflikte begrenzen

soll, ist die Nichtkriegsführung schwer vereinbar, sodass dieses Institut abzulehnen ist. Im aktuellen Überfall auf die Ukraine stellt sich das Problem, dass es weder Maßnahmen des Sicherheitsrates noch eine Berufung auf die kollektive Selbstverteidigung gibt. Dies macht die Waffenlieferungen aber nicht zum Bruch der Neutralitätspflicht. Vielmehr liegt ein Fall vor, in dem das Gewaltverbot und das System der kollektiven Sicherheit die Neutralität überlagert und eine Unterstützung des angegriffenen Staates wegen der eindeutigen Identifikation des Aggressors möglich ist. Wäre dies nicht möglich, würde das einem Versagen der kollektiven Sicherheit gleichen.⁵⁸ In ihren Grundsätzen bleibt die Neutralität somit trotz zwischenzeitlicher Abgesänge noch modern. Sie kann aber nicht mehr in absoluter Form existieren und lässt Ausnahmen zu Gunsten angegriffener Staaten im Rahmen der kollektiven Sicherheit und den Wertungen des Gewaltverbotes zu.

⁵⁶ Heintschel von Heinegg, (Fn. 9), S. 232.

⁵⁷ So etwa im ersten Golfkrieg, vgl. S/RES/479 (1980) v. 14.9.1980.

⁵⁸ Vgl. Talmon, (Fn. 54).

Interessenkonflikte und die Business Judgment Rule

Peter Grunwald, Bonn*

Der Beitrag befasst sich mit der Abwesenheit von Interessenkonflikten als notwendige Voraussetzung für die Anwendung der Business Judgment Rule. Ein genaues Verständnis von Interessenkonflikten ist wichtig, um sicherzustellen, dass möglichst keine Sonderinteressen Einfluss auf unternehmerische Entscheidungen haben. Ein Interessenkonflikt setzt voraus, dass ein Vorstand sich diesem auch bewusst ist, wobei ein niederschwelliges Möglichkeitsbewusstsein ausreichen soll.

A. Einleitung

Die Kodifizierung der Business Judgment Rule in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG entfaltet seit fast 18 Jahren Rechtswirkung in Deutschland. Die Business Judgment Rule gewährt dem Vorstand einen Handlungs- und Haftungsfreiraum, der unternehmerische Entscheidungen der gerichtlichen Kontrolle entzieht. Neben den Notwendigkeiten einer unternehmerischen Entscheidung, einer angemessenen Informationsgrundlage und eines Handelns zum Wohle der Gesellschaft, ist eine wesentliche Voraussetzung für die Haftungsfreizeichnung die Abwesenheit von Interessenkonflikten.

Das Interesse des Vorstands, stets in den sicheren Hafen der Haftungsfreizeichnung zu gelangen, liegt auf der Hand. Folglich ist ein genaues Verständnis der allgemein als Tatbestandsmerkmal anerkannten¹ Konfliktfreiheit unabdingbar. Dabei verblüfft, dass Interessenkonflikte in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG nicht erwähnt werden. Hinzu kommt, dass der Begriff des Interessenkonflikts aufgrund der Allgegenwärtigkeit derartiger Konflikte einer Präzisierung bedarf.

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter der Sozietät Freshfields Bruckhaus Deringer. Der Beitrag beruht auf einer Seminararbeit, die im WS 22/23 bei Prof. Dr. Alexander Scheuch an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn geschrieben wurde.

¹ Lutter, Verhaltenspflichten von Organmitgliedern bei Interessenkonflikten, in: Hommelhoff et al. (Hrsg.), FS Priester, 2007, S. 417 (419); Hopt/Roth, in: Hirte/O. Mühlert/Roth (Hrsg.), Großkommentar AktG, 5. Aufl. 2015, § 93 Rn. 227; Spindler, in: Goette/Habersack/Kalss (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz Bd. II, 5. Aufl. 2019, § 93 Rn. 69; Mertens/Cahn, in: Zöllner/Noack (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Aktiengesetz Bd. II/I, 3. Aufl. 2009, § 93 Rn. 26; Bunz, Der Schutz unternehmerischer Entscheidungen durch das Geschäftsleiterermessen, 2011, S. 125 f.; Habersack, in: Staudinger (Hrsg.), Karlsruher Forum, 2009, S. 5 (21).

B. Abwesenheit von Interessenkonflikten als Tatbestandsmerkmal

I. Herleitungsansatz

Bei der Kodifizierung durch das UMAG² hat die ARAG/Garmenbeck-Entscheidung des BGH³, welche den Haftungsfreiraum für Vorstandsmitglieder rechtsgrundsätzlich erstmalig anerkannt hat,⁴ eine Vorbildfunktion eingenommen.⁵ Jedoch wird die Abwesenheit von Interessenkonflikten auch in dieser Entscheidung nicht erwähnt.

Daher wird teilweise bezweifelt, dass es sich um ein echtes Tatbestandsmerkmal handelt.⁶ Vertreter dieser Ansicht sehen die Konfliktfreiheit lediglich als Teil der Prüfung, ob das Vorstandsmitglied annehmen durfte, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.⁷ Der Konflikt bliebe für das Erreichen des sicheren Hafens irrelevant, soweit das Vorstandsmitglied annehmen durfte, trotz des Konflikts, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Dabei würde der juristisch grobe Maßstab des „annehmen dürfen“ angelegt.⁸

Dem lässt sich entgegenhalten, dass ein solch weiter Anwendungsbereich bedeuten würde, dass – obwohl die optimalen Voraussetzungen für eine ausschließlich am Unternehmenswohl ausgerichtete Entscheidung nicht gegeben wären – der sichere Hafen eröffnet sein könnte. Es spricht mehr dafür, von einem eigenständigen Tatbestandsmerkmal auszugehen.⁹

² BGBl. 2005 I S. 2802.

³ BGHZ 135, 244.

⁴ Fleischer, in: Henssler/Spindler/Stilz (Hrsg.), Beck-Online Großkommentar zum Aktienrecht, Stand 1.7.2022, § 93 Rn. 81; Koch, AktG, 16. Aufl. 2022, § 93 Rn. 26.

⁵ BT-Drs. 15/5092 S. 11.

⁶ Sailer-Coceani, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Aktiengesetz, Kommentar Bd. I, 4. Aufl. 2020, § 93 Rn. 19; Weiss/Buchner, WM 2005, 162 (164).

⁷ Sailer-Coceani, (Fn. 6), § 93 Rn. 19.

⁸ Koch, Die Anwendung der Business Judgment Rule bei Interessenkonflikten innerhalb des Vorstands, in: Joost et al. (Hrsg.), FS Säcker, 2011, S. 403 (406); Koch, ZGR 2014, 697 (703).

⁹ So auch die herrschende Meinung Hopt/Roth, (Fn. 1), § 93 Rn. 92; Koch, (Fn. 4), § 93 Rn. 55; Spindler, (Fn. 1), § 93 Rn. 69; Fleischer, (Fn. 4), § 93 Rn. 96; Lutter, (Fn. 1) S. 419; Habersack, (Fn. 1), S. 21 f.; Harnos, Gerichtliche Kontrollrichte im Gesellschaftsrecht, 2021, S. 291; Holtkamp, Interessenkonflikte im Vorstand der Aktiengesellschaft, 2016, S. 202.

II. Gesetzeswortlaut

Die herrschende Meinung nimmt an, dass die Abwesenheit von Interessenkonflikten ein echtes Tatbestandsmerkmal der Business Judgment Rule ist.¹⁰ Zwar spricht der Wortlaut des Gesetzes nicht explizit von Interessenkonflikten, jedoch verlangt das Gesetz vom Vorstand, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.¹¹ Ein solches ausschließlich am Wohle der Gesellschaft orientiertes Handeln soll dem Vorstand, der sich in einem Interessenkonflikt befindet, nicht mehr möglich sein.¹² Niemand soll in der Lage sein, Sonderinteressen völlig auszublenden und somit nicht innerlich frei zu sein, nur die Interessen seiner Gesellschaft zu verfolgen.¹³

Der Wortlaut der Vorschrift ist zwar Grundlage jeglicher Auslegung,¹⁴ jedoch ist die Kodifizierung der Business Judgment Rule durch das UMAG bewusst deutungs offen formuliert worden, um den noch im Fluss befindlichen Dogmatisierungsprozess nicht zu behindern.¹⁵ Eine präzise Auslegung der Norm erfordert daher zusätzlich eine Analyse der Historie und des Sinn und Zwecks.

III. Gesetzgebungsmaterialien

Die Gesetzesbegründung zum UMAG beschreibt, dass der Handelnde unbeeinflusst von Interessenkonflikten, Fremdeinflüssen und ohne unmittelbaren Eigennutz sein muss, um sich auf die Business Judgment Rule berufen zu können.¹⁶ Der Geschäftsleiter muss also unbefangen und unabhängig sein.¹⁷ Die Gesetzesbegründung spricht daher ausdrücklich dagegen, den sicheren Hafen der Business Judgment Rule für befangene Vorstandsmitglieder zu öffnen, und somit dafür, das Merkmal als echtes Tatbestandsmerkmal aufzufassen.

IV. Rechtsvergleichender Ansatz

Die Gesetzesbegründung nennt weiterhin explizit das angelsächsische Recht als Vorbild.¹⁸ Insofern könnten rechtsvergleichende Argumente behutsam herangezogen werden.¹⁹ In den USA wird die Business Judgment Rule in Ermangelung einer entsprechenden gesetzlichen Regelung durch Richterrecht geprägt.²⁰ Die vom American Law Institute herausgegebenen Principles of Corporate Governance besagen in § 4.01 (c): „A director or officer who makes a business judgment in good faith fulfills the duty under this section if the director or officer (1) is not interested in the subject of the business judgment...“.²¹ Weiterhin enthält der Model Business Corporation Act ebenfalls das Tatbestandsmerkmal der fehlenden Interessenkollision: „a lack of objectivity due to the director's familial, financial or business relationship with, or a lack of independence...“.²² Es wird zwischen dem Kriterium des Interessenkonflikts („lack of independence“) und dem Gesellschaftswohl („best interest of the corporation“) unterschieden, wobei ein Interessenkonflikt die Anwendung der Business Judgment Rule ausschließt.²³ Die Voraussetzung eines „disinterested judgment“ ist in den USA demnach weit überwiegend anerkannt.²⁴ Daher spricht der rechtsvergleichende Blick ebenfalls für ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal.²⁵

V. Rechtsökonomischer Ansatz

Die Haftungsregel des § 93 Abs. 2 AktG und die Freizeichnung der Business Judgment Rule sind stark von ökonomischen Verhaltensanreizen geprägt.²⁶ Die durch die Beweislastregeln und regelmäßig hohen Schadenssummen als besonders gravierend empfundene Haftung von Vorständen dient der präventiven Verhinderung von Pflichtverletzungen.²⁷ Andererseits kann die Haftung jedoch auch negative Konsequenzen in Form von Risikoaversion verursachen.²⁸ Die Business Judgment Rule soll dieser Risikoaversion

¹⁰ Fleischer, Die „Business Judgment Rule“ im Spiegel von Rechtsvergleichung und Rechtsökonomie, in: Wank et al. (Hrsg.), FS Wiedemann, 2002, S. 827 (841 f.); Koch, (Fn. 4), § 93 AktG Rn. 25; Lutter, (Fn. 13), S. 246 ff.; Spindler, (Fn. 1), § 93 Rn. 60; Fleischer, (Fn. 4), § 93 AktG Rn. 96; Bunz, (Fn. 1), S. 125 ff.; mit überzeugenden Argumenten gegen eine Auslegung aus dem Wortlaut Harnos, (Fn. 9), S. 292, 252 ff.; Holtkamp, (Fn. 9), S. 204.

¹¹ Lutter, (Fn. 1), S. 417; Spindler, (Fn. 1), § 93 Rn. 69; Fleischer ZIP 2004, 685 (686); so auch in BGHZ 135, 244 (253).

¹² Lutter, (Fn. 1), S. 419.

¹³ Lutter, (Fn. 1), S. 419; Lutter, Interessenkonflikte und Business Judgment Rule, in: Heldrich et al. (Hrsg.), FS Canaris II, 2007, S. 245 (246 f.).

¹⁴ Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 141; Möllers, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, S. 132; Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, S. 453.

¹⁵ Koch, (Fn. 8), S. 406; Holtkamp, (Fn. 9), S. 203; Koch, (Fn. 4), § 93 AktG Rn. 28.

¹⁶ BT-Drs. 15/5092 S. 11.

¹⁷ BT-Drs. 15/5092 S. 11.

¹⁸ BT-Drs. 15/5092 S. 11.

¹⁹ Koch, ZGR 2006, 769 (783); Fleischer, (Fn. 4), § 93 AktG Rn. 83.

²⁰ Merkt, ZGR 2017, 129 (132); Fleischer, (Fn. 10), S. 833; Paefgen, AG 2004, 245 (246); Merkt, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2013, S. 951 ff.

²¹ American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis und Recommendations (1994), abgedruckt bei Paefgen, (Fn. 20), S. 247.

²² § 8.31 MBCA.

²³ Abgedruckt bei Paefgen, (Fn. 20), S. 247.

²⁴ Merkt, (Fn. 20), Rn. 935; Clark, Corporate law, 2. Aufl. 1986, S. 125; Mertens/Cahn, (Fn. 1), § 93 AktG Rn. 14.

²⁵ Ebenso Holtkamp, (Fn. 9), S. 205.

²⁶ Paefgen (Fn. 20), S. 247; Fleischer, (Fn. 10), S. 829 f.; Merkt, (Fn. 20), 925 ff.; Jena, Die Business Judgment Rule im Prozess, 2020, S. 79 ff.

²⁷ Möllers, (Fn. 14), S. 210.

²⁸ Davis, JR. Wiss. L. Rev. 2000, 573 (574 f.); Easterbrook/Fischel, The economic structure of corporate law, 1998, S. 99.

entgegenzutreten und einen Freiraum für unternehmerisches Handeln schaffen.²⁹

Wenn die Konfliktfreiheit Voraussetzung für die Haftungs-freizeichnung ist, wird sich ein rational handelnder Vorstand stets von der Entscheidung zurückziehen, wenn er sich in einem Interessenkonflikt befindet. Die Voraussetzung der Konfliktfreiheit hat für den Vorstand insofern eine wünschenswerte verhaltenssteuernde Wirkung.³⁰

Rechtsökonomische Überlegungen sprechen folglich für die Abwesenheit von Interessenkonflikten als Tatbestandsmerkmal. Die Erkenntnisse einer rechtsökonomischen Betrachtung können jedoch keinen Absolutheitsanspruch erheben, sondern müssen mit den Wertungen des Gesetzes konform sein.³¹

VI. Teleologische Auslegung

Um den sowohl aus den rechtsökonomischen Überlegungen als auch aus der Gesetzesbegründung³² folgenden Anforderungen gerecht zu werden, sollen Entscheidungen, die bestimmte Mindestanforderungen erfüllen, nur beschränkt gerichtlich überprüfbar sein,³³ sodass für die Geschäftsleiter vorhersehbar wird, wie sie einer Haftung entgehen können. Diese Beschränkung greift jedoch in die Möglichkeiten der Gesellschaft, einen Anspruch gegen den Vorstand geltend zu machen, ein. Durch das Eingreifen der Business Judgment Rule ist nicht ausgeschlossen, dass eine Pflichtverletzung vorliegt.³⁴ Sie kann aber nicht mehr gerichtlich geltend gemacht werden.³⁵ Eine solche Einschränkung ist nur hinnehmbar, wenn das Gesetz Mindestanforderungen an die Entscheidung stellt, unter denen eine richtige Entscheidung vermutet werden kann.³⁶

Zu einem optimalen Entscheidungsprozess gehört die Freiheit von Interessenkonflikten.³⁷ Zwar kann auch bei bestehenden gesellschaftsfremden Sonderinteressen eine richtige Entscheidung getroffen werden, allerdings schaffen Sonderinteressen für den Entscheider einen falschen Anreiz, sodass eine richtige Entscheidung nicht vermutet werden kann.³⁸

Somit spricht das Telos der Norm für die Abwesenheit von Sonderinteressen als Voraussetzung für die Anwendung der Business Judgment Rule. Wegen der Gesetzesbegründung³⁹, der rechtsvergleichenden Ansätze⁴⁰ und den rechtsökonomischen⁴¹ sowie teleologischen Überlegungen geht die herrschende Meinung im Ergebnis zu Recht von einer Einordnung als Tatbestandsmerkmal aus.⁴²

C. Begriff des Interessenkonflikts: Systematisierungsansatz

Unabhängig von der Herleitung des Merkmals besteht im Ergebnis Einigkeit, dass sich nur das konfliktfreie Vorstandsmitglied auf § 93 Abs. 1 S. 2 AktG berufen kann.⁴³ Dies führt zur Folgefrage, wodurch genau sich ein Interessenkonflikt auszeichnet. Mangels gesetzlicher Definition und wenig Ansatzpunkten in der Rechtsprechung⁴⁴ ist es bisher der Literatur überlassen geblieben, eine subsumtionsfähige Definition zu finden. Aufgrund der Allgegenwärtigkeit von Interessenkonflikten (im weitesten Sinne) muss definiert werden, wann ein solcher vorliegt und somit den Anwendungsbereich der Business Judgment Rule ausschließt.

Die organschaftliche Treuepflicht gebietet es, dem Unternehmensinteresse den Vorzug gegenüber dem Eigeninteresse zu geben, weshalb Ausgangspunkt jeglichen Systematisierungsansatzes die organschaftliche Treuepflicht sein muss.⁴⁵

Bei einem regelmäßig schwer festzustellenden Treuepflichtverstoß liegt zweifelsfrei ein Interessenkonflikt vor. Jedoch muss der Interessenkonflikt vor dem festgestellten Verstoß ansetzen, da ansonsten der Anwendungsbereich der Business Judgment Rule zu weit zu Gunsten des Geschäftsleiters geöffnet werden würde. Dieser könnte sich – solange ihm noch kein konkreter Treuepflichtverstoß nachgewiesen werden kann – auf die Business Judgment Rule berufen und würde demnach nicht haften.⁴⁶

Daher verlangen einige die konkrete Gefahr eines Treuepflichtverstoßes.⁴⁷ Auf dieser Linie liegt auch *Lutter*, der

²⁹ BT-Drs. 15/5092 S. 12; *Fleischer*, ZIP 2004, 685 (685 f.).

³⁰ Zur verhaltenssteuernden Funktion *Easterbrook/Fischel*, (Fn. 28), S. 92; *Clark*, (Fn. 24), S. 124.

³¹ *Möllers*, (Fn. 14), S. 215.

³² BT-Drs. 15/5092 S.11; *Koch*, (Fn. 4), § 93 AktG Rn. 27; *Spindler*, (Fn. 1), § 93 Rn. 43; *Fleischer*, (Fn. 4), § 93 AktG Rn. 80.

³³ Reduzierung der gerichtlichen Prüfungsdichte bei *Fleischer*, (Fn. 29), S. 689; *Harnos*, (Fn. 9), S. 252 ff.; für unwiderlegliche Vermutung *Koch*, (Fn. 19), S. 784; *Koch*, (Fn. 4), § 93 AktG Rn. 33.

³⁴ *Harnos*, (Fn. 9), S. 268.

³⁵ *Harnos*, (Fn. 9), S. 268.

³⁶ *Harnos*, (Fn. 9), S. 292.

³⁷ *Harnos*, (Fn. 9), S. 292; *Holtkamp*, (Fn. 9), S. 205; *Koch*, (Fn. 8), S. 403, 406; *Verse*, Interessenkonflikte im „Related Party“-Ausschuss, in: Grundmann et al. (Hrsg.), FS Hopt, 2020, S. 1335 (1351); *Bunz*, (Fn. 1), S. 129.

³⁸ *Fleischer*, (Fn. 4), § 93 Rn. 96; *Koch* (Fn. 8), S. 407; *Holtkamp*, (Fn. 9), S. 205 f.; *Harnos*, (Fn. 9), S. 292.

³⁹ Siehe B. III.

⁴⁰ Siehe B. IV.

⁴¹ Siehe B. V.

⁴² Herrschende Meinung siehe Fn. 10; überzeugender ist eine Herleitung aus Teleologie und Funktionsweise, was methodisch eine teleologische Reduktion darstellen dürfte, siehe *Harnos*, (Fn. 9), S. 291 ff., 252 ff.; *Holtkamp*, (Fn. 9), S. 204; *Möllers*, (Fn. 14), S. 244; *Rüthers/Fischer/Birk*, (Fn. 14), S. 551 f.; *Larenz/Canaris*, (Fn. 14), S. 210 ff.

⁴³ Siehe Fn. 10, 42.

⁴⁴ Allg. zum Interessenkonflikt BGHZ 180, 9 (20 ff.); 180, 105 (110 ff.); *BGH NJW* 1980, 1629 (1630).

⁴⁵ BGHZ 20, 239 (246); *Koch*, (Fn. 4), § 84 AktG Rn. 10; *Mertens/Cahn*, (Fn. 1), § 93 AktG 95 ff.; *Selzner/Daghles*, AG 2022, 466 (469).

⁴⁶ *Harnos*, (Fn. 9), S. 295; *Schäfer*, ZGR 2014, 731 (743); *Mertens/Cahn*, (Fn. 1), § 93 AktG Rn. 25; *Koch*, (Fn. 8), S. 703.

⁴⁷ *Diekmann/Fleischmann*, AG 2013, 141 (143); *Koch*, (Fn. 8), S. 703.

versucht eine Definition zu bilden: „*Es ist diejenige Situation weiterer und einander objektiv entgegenstehender Interessen in der Person eines Organmitglieds einschließlich der ihm nahestehenden Personen und Unternehmen, von der man bei objektiver Betrachtung nicht sicher sein kann, dass das betreffende Organmitglied dennoch und unbedingt allein die Interessen seiner Gesellschaft verfolgen wird.*“⁴⁸

Davon ausgehend liegt ein Interessenkonflikt vor, wenn das Vorstandsmitglied in eine Situation gerät, bei der konkrete Anhaltspunkte vorliegen, die ein Handeln zum Eigennutz möglich erscheinen lassen.⁴⁹ Dies legt zudem eine Eingrenzung auf relevante Konflikte nahe, was durch den Ausschluss von Konflikten lediglich marginaler Bedeutung erreicht werden kann.⁵⁰

D. Objektiver oder subjektiver Maßstab

I. Herleitungsansatz

Ein grundlegendes Problem der Feststellung eines Interessenkonflikts besteht in der Frage, ob dieser ein subjektives Element enthält. Die wohl herrschende Meinung verneint dies und bestimmt den Interessenkonflikt rein objektiv.⁵¹ Eine Gegenauffassung geht hingegen davon aus, dass sich der Geschäftsleiter des Interessenkonflikts auch subjektiv bewusst sein muss, damit die Business Judgment Rule nicht eingreift.⁵²

Sofern mit der herrschenden Meinung⁵³ das Merkmal aus dem „Wohle der Gesellschaft“ hergeleitet wird, deutet der Passus „annehmen durfte“ auf die Notwendigkeit eines subjektiven Elements hin.

Insofern erscheinen die Herleitung aus dem „Wohle der Gesellschaft“ und das objektive Verständnis ein Stück weit widersprüchlich.⁵⁴

II. Auslegung

Mithin ergibt sich aus dem Wortlaut der Norm kein eindeutiges Ergebnis, sodass auch hier auf Historie und Sinn und

Zweck der Konfliktfreiheit zurückgegriffen werden muss. Kern der Überlegungen ist dabei, wann das Gesetz noch von einer Entscheidung zum Wohle der Gesellschaft ausgehen kann.

1. Gesetzgebungsmaterialien

Die Gesetzesbegründung erweckt mit der Formulierung „Der Geschäftsleiter muss also unbefangen und unabhängig sein“ den Eindruck, dass der Gesetzgeber von einem objektiven Verständnis ausgeht.⁵⁵ Weitere Formulierungen wie „Das Handeln muss (...) unbeeinflusst von Interessenkonflikten (...) sein“ und „Sondereinflüsse (...) dürfen die Entscheidung nicht beeinflussen“ zeichnen ein anderes Bild.⁵⁶ Ein „beeinflussen“ setzt voraus, dass der Interessenkonflikt tatsächlich Einfluss auf die Entscheidung gehabt hat. Wie sollte ein dem Entscheider nicht bekannter Umstand auf die Entscheidung Einfluss gehabt haben?⁵⁷ Insofern ist die Gesetzesbegründung zumindest nicht eindeutig.

2. Teleologische Auslegung

Ausgangspunkt teleologischer Überlegungen ist die Prämisse, dass eine Reduzierung der gerichtlichen Kontrolle nur möglich ist,⁵⁸ wenn optimale Voraussetzungen für die Entscheidung gegeben sind.⁵⁹ Hieran fehlt es zunächst einem Vorstand, der sich von Sonderinteressen leiten lässt, da bei diesem die konkrete Gefahr einer Verletzung von Unternehmensinteressen besteht. Ein Vorstand, der etwaige Sonderinteressen nicht kennt, kann jedoch nicht beeinflusst von diesen handeln. Insofern ist ein subjektives Verständnis sachgerechter.

Vertreter eines rein objektiven Verständnisses halten dem als zentrales Gegenargument die Möglichkeit einer zu leichten Verteidigungsstrategie des Vorstands entgegen. Dieser könne sich stets darauf berufen, keine Kenntnis von dem Interessenkonflikt zu haben und bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen so auch stets in den Genuss der Business Judgment Rule kommen.⁶⁰

Diesem legitimen Einwand kann man auf zwei Weisen gerecht werden. Zum einen könnte die subjektive Kenntnis auf die tatsächlichen Umstände beschränkt werden, sodass bereits die Kenntnis der den Interessenkonflikt begründenden Umstände ausreichen soll und überdies dem Vorstand die Beweislast auferlegt wird, seine Unkenntnis zu beweisen.⁶¹

⁴⁸ Lutter, (Fn. 13), S. 423.

⁴⁹ Harnos, (Fn. 9), S. 295.

⁵⁰ Harbarth, Unternehmerisches Ermessen des Vorstands im Interessenkonflikt, in: Erle et al. (Hrsg.), FS Hommelhoff, 2012, S. 323 (333 ff.); Koch, (Fn. 8) S. 706; Schlimm, Das Geschäftsleiterermessen des Vorstands einer Aktiengesellschaft, 2009, S. 294; zum ernsthaften Befürchten einer Beeinflussung Hopt/Roth, (Fn. 1), § 93 AktG Rn. 93; Spindler, (Fn. 1), § 93 Rn. 70.

⁵¹ Hopt/Roth, (Fn. 1), § 93 AktG Rn. 93; Spindler, (Fn. 1), § 93 Rn. 74; Bunz, (Fn. 1), S. 128 f.; Lutter, (Fn. 1), S. 422 f.; Jena, (Fn. 26), S. 176 f.; Lutter, (Fn. 13), S. 247.

⁵² Mertens/Cahn, (Fn. 1), § 93 AktG Rn. 27; Koch, (Fn. 4), § 93 AktG Rn. 55; Koch, (Fn. 8), S. 703; Paefgen, (Fn. 20), S. 252; Harnos, (Fn. 9), S. 301 ff.; Holtkamp, (Fn. 9), S. 45; Harbarth, (Fn. 50), S. 329 f.; Löbbe/Fischbach, AG 2014, 717 (721).

⁵³ Siehe Fn. 10.

⁵⁴ So auch Harnos, (Fn. 9), S. 302.

⁵⁵ BT-Drs. 15/5092 S. 11.

⁵⁶ BT-Drs. 15/5092 S. 11.

⁵⁷ Harnos, (Fn. 9), S. 302.

⁵⁸ Genauso bei unwiderlegbarer Vermutung Koch, (Fn. 19), S. 784; Koch, (Fn. 4), § 93 AktG Rn. 33.

⁵⁹ Harnos, (Fn. 9), S. 303.

⁶⁰ Schäfer, ZIP 2005, 1253 (1257).

⁶¹ Koch, (Fn. 8), 704; Mertens/Cahn, (Fn. 1), § 93 AktG Rn. 29; Schlimm, (Fn. 50), S. 160.

Zum anderen könnte man einen subjektiv/objektiven Maßstab anlegen und über das Element des „vernünftigerweise annehmen durfte“ eine Korrektur durchführen, sodass bloß subjektive Unkenntnis nicht ausreicht, sofern ein Vorstand nicht vernünftigerweise annehmen durfte, dass kein Konflikt vorliegt.⁶² Dies wäre dann der Fall, wenn er den Konflikt hätte kennen müssen.⁶³

a) Kenntnis der Tatsachen

Für die Effektivität der Beweislastverteilung zur Vermeidung von Verteidigungsstrategien kommt es darauf an, welches Maß an Unkenntnis der Vorstand darlegen muss. Dabei wird vorgeschlagen, zwischen Sachverhalt und rechtlicher Würdigung zu unterscheiden.⁶⁴ Diese Unterscheidung ist im Zivil- und Strafrecht bereits bekannt. Für Vorsatz voraussetzende Normen wie § 814 BGB, §§ 15, 16 StGB, und §§ 10, 11 Abs. 1 OWiG ist positive Kenntnis erforderlich. Für Fahrlässigkeitstatbestände reicht dagegen das Kennenmüssen aus.⁶⁵ Während die genannten Vorschriften zumeist eine gewisse rechtliche Wertung verlangen, ist dies für § 93 Abs. 1 S. 2 AktG nicht erforderlich.⁶⁶ Die einschneidenden Folgen des § 814 BGB oder der Haftung im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht sind nicht vergleichbar mit § 93 Abs. 1 S. 2 AktG. Ein Vergleich mit § 138 BGB, der auch keine persönliche Wertung als sittenwidrig voraussetzt, ist passender.⁶⁷ Es ist daher lediglich zu verlangen, dass der Vorstand nur die Tatsachen kennt, aus denen sich der Interessenkonflikt ergibt.⁶⁸

b) Kennenmüssen

Fraglich ist, ob auch ein Kennenmüssen beziehungsweise die grob fahrlässige Unkenntnis ausreicht.⁶⁹ Dem folgend müsste der Vorstand nachweisen, dass er die Umstände, die einen Interessenkonflikt begründen, nicht kannte und auch nicht kennen musste.

Das Kennenmüssen von Sonderinteressen führt mangels tatsächlicher Kenntnis nicht zu einer Gefahr der Beeinflussung. Ein Vorstand kann sich nur von ihm bekannten Interessen leiten lassen. Eine Ausweitung auf das Kennenmüssen birgt vielmehr die Gefahr, dass durch gerichtliche Kontrolle die Nachforschungspflicht des Vorstands überspannt wird.⁷⁰

Gegen die rein subjektive Betrachtung und demnach für ein Kennenmüssen wird eingewandt, dass dies den schlecht informierten, leichtgläubigen Vorstand privilegieren würde.⁷¹ Dem ist nicht zuzustimmen. Ein Informationsdefizit bezüglich der Entscheidung als solcher schließt bereits die Anwendung der Business Judgment Rule aus.⁷² Ein Informationsdefizit bezüglich der Kenntnis von Sonderinteressen ist zwar vor dem Hintergrund des DCGK nicht wünschenswert,⁷³ jedoch nicht im Sinne der Nichtanwendung der Business Judgment Rule sanktionswürdig. Es ist nicht Zweck der Business Judgment Rule, die Unkenntnis von Interessenbindungen zu sanktionieren.⁷⁴ Ein Interessenkonflikt ist keine Pflichtverletzung.⁷⁵

Gegen ein Kennenmüssen spricht weiterhin, dass der Referentenentwurf zum UMAG⁷⁶ noch verlangt, dass das Vorstandsmitglied bei der Entscheidung „ohne grobe Fahrlässigkeit annehmen durfte“, während das Fahrlässigkeitskriterium in der verabschiedeten Fassung nicht mehr auftaucht. Die Entscheidung des Gesetzgebers gegen ein Fahrlässigkeitskriterium sollte nicht in Form eines Kennenmüssens von Sonderinteressen dennoch in den Tatbestand der Business Judgment Rule eingefügt werden.

Zudem spricht die Zwecksetzung des Merkmals Abwesenheit von Interessenkonflikten dagegen, dass nur derjenige, der weder positive Kenntnis, noch grob fahrlässige Unkenntnis hat, in den Anwendungsbereich der Haftungsprivilegierung gelangt.⁷⁷ Grund für die Nichtanwendung der Business Judgment Rule ist, dass beim Auftreten von Interessenkonflikten nicht ohne gerichtliche Prüfung von einer pflichtgemäßen Entscheidung ausgegangen werden kann.⁷⁸ Ein konfliktbegründender Sachverhalt, der dem Vorstand nicht bewusst ist (wenn auch grob fahrlässig unbewusst), kann die Vermutung der Richtigkeit der Entscheidung nicht aufheben.⁷⁹

Dennoch ist zumindest aus praktischen Gründen verständlich, warum teilweise auf das Kennenmüssen abgestellt wird.⁸⁰ Es geht weiterhin um die Gefahr einer Verteidigungsstrategie durch das Behaupten von Unkenntnis. Mit der hier vertretenen Ansicht müsste der Vorstand seine Unkenntnis beweisen. Ob ihm dies gelingt, hängt maßgeblich davon ab, wie genau der Vorstand Kenntnis vom konfliktbegründenden Sachverhalt haben muss.

⁶² Hoffmann-Becking, in: Hoffmann-Becking (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrecht Band 4, 5. Aufl. 2020, § 25 Rn. 61.

⁶³ Harbarth, (Fn. 50), S. 330; Harnos, (Fn. 9), S. 305.

⁶⁴ Koch, (Fn. 8), S. 704; Harnos, (Fn. 9), S. 304.

⁶⁵ Harnos, (Fn. 9), S. 304.

⁶⁶ Harnos, (Fn. 9), S. 307.

⁶⁷ Koch, (Fn. 8), S. 704; Wendtland, in: Hau/Poseck (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 63. Edition 1.8.2022, § 138 BGB Rn. 23; Armbrüster, in: Schubert (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB Bd. I, 9. Aufl. 2021, § 138 BGB Rn. 255.

⁶⁸ Koch, (Fn. 8), S. 704; Harnos (Fn. 9) S. 307.

⁶⁹ Dafür Harbarth, (Fn. 50), S. 330; Harnos, (Fn. 9), S. 305.

⁷⁰ So auch Harbarth, (Fn. 50), S. 329, der jedoch i. Erg. Kennenmüssen annimmt.

⁷¹ Harbarth, (Fn. 50), S. 329.

⁷² Hopt/Roth, (Fn. 1), § 93 AktG Rn. 102; Koch, (Fn. 4), § 93 AktG Rn. 42; Mertens/Cahn, (Fn. 1), § 93 AktG Rn. 32.

⁷³ DCGK E. Interessenkonflikte; jedoch keine staatliche Rechtsetzung Koch (Fn. 4), § 161 AktG Rn. 3.

⁷⁴ Harnos, (Fn. 9), S. 305.

⁷⁵ Harnos, (Fn. 9), S. 307.

⁷⁶ Seite 1 des UMAG-RefE unter: <https://www.bundesgerichtshof.de/DE/Bibliothek/GesMat/WP15/U/UMAG.html>, Abruf v. 24.01.2023.

⁷⁷ Siehe zur Zwecksetzung Fn. 38.

⁷⁸ Harnos (Fn. 9), S. 303; Fleischer (Fn. 4), § 93 AktG Rn. 96.

⁷⁹ So auch Harnos (Fn. 9), S. 303, der jedoch andererseits Kennenmüssen ausreichen lässt, S. 307.

⁸⁰ Harbarth, (Fn. 50), S. 330; Harnos, (Fn. 9), S. 305.

c) *Möglichkeitsbewusstsein*

Anknüpfungspunkt für die Bestimmung der Kenntnis soll das aus dem zivilrechtlichen Vorsatzbegriff bekannte Wissensselement in Form des Möglichkeitsbewusstseins sein. So ist nicht zu fordern, dass der Vorstand genaue Kenntnisse des Sachverhalts hat. Es reicht aus, wenn sich ihm Anhaltspunkte bieten, die einen konfliktbegründenden Sachverhalt für ihn für möglich erscheinen lassen.⁸¹ Dafür soll in Anlehnung an den zivilrechtlichen Vorsatzbegriff auch dauerndes Begleitwissen ausreichen.⁸² Somit wäre gewährleistet, dass sich der Vorstand nicht hinter Unkenntnis verstecken kann, wenn Anhaltspunkte für einen Interessenkonflikt vorliegen, ohne dass ihm eine Nachforschungspflicht ohne Anhaltspunkte auferlegt wird.

Dieses niederschwellige subjektive Wissensverständnis wird auch den Erwägungen gerecht, die von Vertretern eines objektiven Verständnisses vorgebracht werden, dass insbesondere die Gefahr von unbewusstem Einfließen von Interessenkonflikten besteht.⁸³ Zwar kann ein vollständig unbewusster Interessenkonflikt gerade nicht einfließen, jedoch ist schon dann anzusetzen, wenn sich dem Vorstand Anhaltspunkte zeigen, die ihn dann unterbewusst beeinflussen können.

Im Ergebnis ist ein subjektives Element dem Interessenkonflikt aufgrund seiner Funktion und Systematik immanent. Der Umfang der Kenntnis ist als positive Kenntnis aufzufassen, welche bereits bei einem Möglichkeitsbewusstsein bezüglich der Tatsachengrundlage vorliegen soll, da eine Beeinflussung schon bei unterbewusster, vielleicht in Ansätzen bestehender Ahnung vorhanden sein kann. Zudem wird dem Vorstand die Beweislast auferlegt, damit die Gefahr von pauschalem Abstreiten gebannt ist.

3. Rechtsvergleichender Ansatz

Das gefundene Ergebnis wird auch durch eine rechtsvergleichende Betrachtung bestätigt. Die Delaware-Rechtsprechung zur Business Judgment Rule geht von einem strikt subjektiven Ansatz aus.⁸⁴

Dabei soll es nicht darauf ankommen, „*whether a reasonable person in the same or similar circumstances would be affected by a financial interest*“, sondern darauf, „*whether this director in fact was or would likely be affected*.“⁸⁵ Es gilt mithin ein *subjective actual person standard*.⁸⁶ Diese Erkenntnis unterstützt das aus dem Sinn und Zweck herge-

leitete Ergebnis eines rein subjektiven Verständnisses des Interessenkonflikts.

E. Zusammenfassung

Die Abwesenheit von Interessenkonflikten ist ein echtes Tatbestandsmerkmal der kodifizierten Business Judgment Rule. Als Interessenkonflikt gelten Sonderinteressen, die geeignet sind, den Vorstand zu einer nicht ausschließlich am Unternehmenswohl orientierten Entscheidung zu bewegen.

Dem Begriff des Interessenkonflikts ist ein subjektives Element, namentlich Kenntnis, immanent. Diese ist niederschwellig zu verstehen, um dem Vorstand ein pauschales Bestreiten mit Unkenntnis unmöglich zu machen. Als Maßstab bietet sich das Möglichkeitsbewusstsein bezüglich der den Interessenkonflikt begründenden Tatsachen an. Ein Kennenmüssen ist nicht hinreichend.

In Deutschland gehört die Business Judgment Rule mittlerweile zum rechtlichen Standard⁸⁷ und ist für das Agieren von Unternehmen, insbesondere in unsicheren Zeiten, von großer Bedeutung. Die positive Tatsachenkenntnis erlaubt dem Vorstand, in komplexen Situationen rechtssicher zu handeln, und vermeidet andererseits, dass sachfremde Erwägungen in eine Entscheidung einbezogen werden.

⁸¹ Grundmann, in: Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB Bd. II, 9. Aufl. 2022, § 276 BGB Rn. 156; Lorenz, (Fn. 67), § 276 BGB Rn. 11.

⁸² Grundmann, (Fn. 81), § 276 BGB Rn. 156.

⁸³ Hopt/Roth, (Fn. 1), § 93 AktG Rn. 93.

⁸⁴ Paefgen, (Fn. 20), S. 252.

⁸⁵ *Cinerama, Inc v. Technicolor, Inc.*, Del. Supr., 634 A.2d 345, 364 (Del. 1993).

⁸⁶ *Cinerama, Inc v. Technicolor, Inc.*, Del. Supr., 663 A.2d 1156, 1167 (Del. 1995); Schlimm, (Fn. 50), S. 73.

⁸⁷ Fleischer, (Fn. 10), S. 828.

Menschenrecht auf Covid-19-Impfstoffe? – Eine Frage völkerrechtlicher Solidarität

Ref. iur. Manuel Beh, Trier*

Impfstoffnationalismus – Dieses plakative Stichwort beschreibt die Staatenpraxis, während der Covid-19-Pandemie vorrangig die eigene Bevölkerung mit Impfdosen zu versorgen. Dieser Beitrag untersucht, inwieweit die internationalen Menschenrechte in der Lage sind, eine solidarische Verteilung der Covid-19-Impfstoffe in der Welt zu erreichen. Ausgegangen wird dabei vom faktischen Hindernis, dass sich die Industriestaaten privatvertraglich mit den Impfstoffherstellern einen vorrangigen Zugang zu Impfdosen verschaffen. Aus menschenrechtlicher Perspektive kann aus Art. 12 IPwskR zwar eine extraterritoriale Pflicht zur internationalen Impfstoffverteilung abgeleitet werden, die aber zu ineffektiv ausgestaltet ist, um im Konkreten etwas an der Selbstbezogenheit des globalen Nordens zu ändern.

A. Einleitung

„Der Starke ist am mächtigsten allein.“⁴¹ – Diese Parole des schweizerischen Freiheitskämpfers *Wilhelm Tell* in *Friedrich Schillers* gleichnamigem Drama erscheint prädestiniert, durch die Covid-19-Pandemie widerlegt zu werden. Der pandemische Ausnahmezustand wird nicht durch einzelne immunisierte Inseln im Meer der Ungeimpften² überwunden, sondern nur durch eine internationale Kraftanstrengung. Heilsbringer sollen die Covid-19-Impfstoffe sein, von denen mehrere in Rekordzeit³ entwickelt wurden. Doch seit der Zulassung der ersten Vakzine im Dezember 2020 sieht deren globale Verteilung im September 2022 weiterhin beschämend aus: Während in China

92,4 Prozent der Bevölkerung mindestens eine Covid-19-Impfdosis erhalten haben, trifft das auf 4,4 Prozent in der Demokratischen Republik Kongo zu.⁴ Vorherrschende Maxime ist der Impfstoffnationalismus⁵ der vorrangige Dienst an der eigenen Bevölkerung.

Zu Recht kommt dabei die Frage auf, ob dem nicht das Völkerrecht Abhilfe schaffen kann. Dieser Beitrag geht von der staatlichen Praxis aus, privatrechtliche *Advance Purchase Agreements* mit den Impfstoffherstellern abzuschließen, um sich einen bevorzugten Zugang zu den Sera zu verschaffen.⁶ Im Folgenden soll zunächst deren Funktionsweise beschrieben werden (B.), bevor zu untersuchen ist, inwieweit die internationalen Menschenrechte in der Lage sind, deren Abschlüsse zugunsten einer solidarischen Impfstoffverteilung zu verhindern (C.).

B. Funktionsweise von Advance Purchase Agreements

Advance Purchase Agreements (APAs) sind rechtsverbindliche privatrechtliche Verträge.⁷ Sie werden in der vorliegend betrachteten Konstellation⁸ bilateral zwischen einem Staat und einem Pharmaunternehmen abgeschlossen, das Covid-19-Impfstoffe entwickelt.⁹ Es wird vereinbart, dass sich der Staat im Voraus finanziell an der Entwicklung des

* Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Institut für Deutsches und Europäisches Wasserwirtschaftsrecht sowie am Lehrstuhl für Öffentliches Recht bei Prof. Dr. Michael Reinhardt, LL.M. (Cantab.) an der Universität Trier. Der Beitrag beruht auf einer Seminararbeit im Schwerpunkt „Europäisches und Internationales Recht“ zum Thema „Solidarität im Völker- und Europarecht“ bei Prof. Dr. Antje von Ungern-Sternberg, M.A.

¹ Schiller, *Wilhelm Tell*. Schauspiel, 2000, Vers 437.

² Vgl. die Metapher in: v. Bogdandy/Villarreal, ZaöRV 81 (2021), 89 (99).

³ Eccleston-Turner/Upton, *The Milbank Quarterly* 99 (2021), 426 (430 f.).

⁴ Zahlen des Bloomberg-Vaccine Tracker, <https://www.bloomberg.com/graphics/covid-vaccine-tracker-global-distribution/>, Abruf v. 3.9.2022.

⁵ Siehe nur: v. Achenbach, AVR 60 (2022), 23 (24); Fidler, *Science* 369 (2020), 749 (749).

⁶ Phelan/Eccleston-Turner/Rourke/Maleche/Wang, *The Lancet* 396 (2020), 800 (800).

⁷ Phelan/Eccleston-Turner/Rourke/Maleche/Wang, (Fn. 6), S. 800; Rabbaniifar, ZJS 2021, 732 (732).

⁸ APAs können auch zwischen privaten Akteuren geschlossen werden, vgl. v. Bogdandy/Villarreal, *The EU's and UK's Self-Defeating Vaccine Nationalism*, <https://verfassungsblog.de/the-eus-and-uks-self-defeating-vaccine-nationalism/>, Abruf v. 20.1.2023; Phelan/Eccleston-Turner/Rourke/Maleche/Wang, (Fn. 6), S. 800.

⁹ V. Bogdandy/Villarreal, (Fn. 8); Gruszczynski/Wu, EJRR 12 (2021), 711 (712).

Impfstoffes beteiligt.¹⁰ Indem es dabei keine Garantie einer erfolgreichen Entwicklung gibt, trägt er ein erhebliches Risiko.¹¹ Um dieses auszugleichen, verpflichtet sich das Pharmaunternehmen, diesen Staat im Falle einer Zulassung vorrangig mit Impfstoffdosen zu versorgen. Die Mengen und Preise werden im Vorfeld ausgehandelt.¹² Somit kann der Staat im Erfolgsfalle seine Impfkampagne zügig voranbringen und das Pharmaunternehmen hat eine Garantie, dass sein Impfstoff auch abgenommen wird.¹³ Auf der anderen Seite können sich diese Praxis nur reiche Industriestaaten leisten, sodass sich eine gleichmäßige Verteilung der Dosen in der Welt zumindest verzögert.

C. Zulässigkeit von staatlichen Advance Purchase Agreements

Indem die Staaten im Vorfeld APAs mit Pharmaunternehmen abgeschlossen haben, tragen sie dazu bei, dass zum Zeitpunkt der Impfstoffzulassung alle kurzfristig verfügbare und produzierbaren Dosen bereits vergriffen sind. Diese Handlungsoption steht ihnen zunächst offen. Nach dem *Lotus*-Fall des *StIGH* genießen souveräne Staaten Handlungsfreiheit.¹⁴ Diese endet jedoch dann, wenn es eine diesen Staat bindende entgegenstehende Regel des Völkerrechts gibt.¹⁵ Daher könnte sich hier eine andere Bewertung ergeben, soweit der Staat gegen seine völkerrechtlichen Verpflichtungen gegenüber anderen Völkerrechtssubjekten verstößt, sollte er mit Pharmaunternehmen privatrechtliche APAs abschließen. Im Raume steht eine Verletzung des Rechts auf Gesundheit der Menschen, die in Schwellen- und Entwicklungsländern auf eine Immunisierung warten. Insofern ist a priori zu klären, woraus sich ein Recht auf Impfstoff ergeben kann (I.). In der Folge müsste ein solches Recht auch materiell bestehen (II.) und gegenüber Menschen aus anderen Staaten gelten (III.). Zuletzt sind die konkreten Folgen für die in Rede stehende Verteilung der Covid-19-Impfdosen zu beleuchten (IV.).

I. Art. 12 IPwskR als Rechtsgrundlage

Ein Recht auf eine solidarische Impfstoffverteilung kann mithilfe von klassischen Menschenrechten der ersten Di-

mension,¹⁶ sogenannten Abwehrrechten¹⁷, nicht erreicht werden. Hier müsste sich aus den Menschenrechten vielmehr ein *Anspruch* auf Impfstoff ergeben. Nötig sind Teilhaberechte der zweiten Dimension,¹⁸ die unter anderem in den Vorschriften des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskR)¹⁹ bestehen.²⁰ Art. 12 IPwskR rückt daher ins Zentrum der folgenden Überlegungen.

II. Staatliche Pflicht zur Impfstoffverteilung

Art. 12 Abs. 1 IPwskR enthält das Recht jedes Einzelnen „auf das für ihn erreichbare Höchstmaß an körperlicher Gesundheit“. Das heißt, der Staat hat bestimmte Mindeststrukturen im Gesundheitsbereich zu schaffen, die es jedem Einzelnen erlauben, das nach seinen biologischen Eigenschaften und persönlichem Verhalten höchste Maß an Gesundheit zu erreichen.²¹ Konkretisiert wird diese Handlungsanweisung an den Staat durch Art. 12 Abs. 2 IPwskR. Nach dessen lit. c) hat ein Staat unter anderem die notwendigen Maßnahmen zur Bekämpfung epidemischer oder sonstiger Krankheiten zu treffen. Auch wenn es sich bei Covid-19 um eine Pandemie handelt, ist diese als sonstige Krankheit vom Tatbestand erfasst. Art. 12 Abs. 2 IPwskR enthält insoweit eine nicht abschließende Aufzählung.²² Damit eine Pandemie endet, bestehen grundsätzlich zwei Möglichkeiten: Zum einen kann eine Durchseuchung der Bevölkerung stattfinden, was bei Covid-19 zu einer erheblichen Mortalitätsrate geführt hätte. Nach Art. 6 Abs. 1 S. 2 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (IPbpr)²³ trifft die Staaten aber die Pflicht, das Leben jedes Menschen zu schützen (Schutzpflicht).²⁴ Sollte ein Staat untätig bleiben und vor dem Virus kapitulieren, würde er gegen diese Pflicht verstoßen. Zum anderen kann die Bevölkerung künstlich immunisiert werden. Den höchsten Schutz vor schweren Erkrankungen bieten die vorhandenen Vakzine. Indem die Staaten nach Art. 12 Abs. 1 IPwskR völkervertraglich verpflichtet sind, das

¹⁰ V. Achenbach, (Fn. 5), S. 27; Weiskopf, Von einer globalen Pandemie und nationalen Alleingängen, <https://www.juwiss.de/13-2021/>, Abruf v. 20.1.2023.

¹¹ V. Bogdandy/Villarreal, (Fn. 2), S. 96; Weiskopf, (Fn. 10).

¹² Phelan/Eccleston-Turner/Rourke/Maleche/Wang, (Fn. 6), S. 800; v. Bogdandy/Villarreal, (Fn. 8).

¹³ V. Bogdandy/Villarreal, (Fn. 8); v. Achenbach, (Fn. 5), S. 27.

¹⁴ *StIGH*, 7.9.1927, PCIJ Series A No. 10 – Lotus, S. 18 f.

¹⁵ *StIGH*, 7.9.1927, PCIJ Series A No. 10 – Lotus, S. 18.

¹⁶ Riedel, Die Universalität der Menschenrechte, 2003, S. 334; Hestermeyer, Human Rights and the WHO: The Case of Patents and Access to Medicines, 2008, S. 82.

¹⁷ Hestermeyer, (Fn. 16), S. 81 f.; v. Arnould, Völkerrecht, 5. Aufl. 2022, Rn. 619.

¹⁸ Riedel, (Fn. 16), S. 334; Hestermeyer, (Fn. 16), S. 81 f.

¹⁹ Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte v. 19.12.1966, BGBl. II 1973, 1569.

²⁰ Saul/Kinley/Mowbray, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 2014, S. 1; v. Arnould, (Fn. 17), Rn. 620, 763.

²¹ CESCR, General Comment No. 14, 11.8.2000, E/C.12/2000/4, Rn. 9; Krennerich, Das Menschenrecht auf Gesundheit, in: Frewer/Bielefeldt (Hrsg.), Das Menschenrecht auf Gesundheit: Normative Grundlagen und aktuelle Diskurse, 2016, S. 57 (65 f.).

²² CESCR, (Fn. 21), Rn. 7, 13; Hestermeyer, (Fn. 16), S. 103.

²³ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte v. 19.12.1966, BGBl. II 1973, 1533.

²⁴ CCPR, General Comment No. 36, 3.9.2019, CCPR/C/GC/36, Rn. 21; Krajewski, Völkerrecht, 2. Aufl. 2020, § 12 Rn. 90.

„Höchstmaß“ an Gesundheit zu verfolgen, haben sie eine Versorgung mit Impfstoffen sicherzustellen. Die Organisation einer breiten staatlichen Impfkampagne ist daher als Staatspflicht anzusehen.²⁵ Dogmatisch kann diese als eine aus den Menschenrechten erwachsende *obligation to fulfil* eingeordnet werden.²⁶

Als notwendige Voraussetzung dazu trifft die Staaten die positive Pflicht, die Versorgung mit den erforderlichen Impfstoffen sicherzustellen.²⁷ Andersherum ausgedrückt haben sie jegliche Beschränkung beim Zugang zu den Impfstoffen zu unterlassen.²⁸ Dies hat zur Folge, dass die Staaten sich um ausreichend Impfdosen bemühen müssen und diese nicht zurückhalten dürfen. Eine Bevorratung mit Impfdosen ist unzulässig, solange noch nicht die gesamte Bevölkerung eine Gelegenheit zur Impfung erhalten hat.

III. Extraterritoriale Pflichten bei der Impfstoffverteilung

Diese Pflicht trifft den Staat grundsätzlich nur gegenüber seiner eigenen Bevölkerung.²⁹ Sie hat jedenfalls eine nationale Dimension. Es stellt sich sodann die Frage, ob Art. 12 IPwskR auch grenzüberschreitend wirkt.

Traditionell ist das Völkerrecht seit der Zeit des Westfälischen Friedens das Recht zwischen territorialen Herrschaftsverbänden.³⁰ Dies bestätigt der *StIGH* in seiner *Lotus*-Entscheidung, indem er das Völkerrecht als das Recht zwischen Staaten charakterisiert.³¹ Mit der Entwicklung und der Anerkennung von Menschenrechten wurde dieses System erweitert – Individuen erhielten zumindest partielle Völkerrechtssubjektivität.³² Dennoch ergibt ein Vergleich zwischen verschiedenen Menschenrechtsregimes,³³ dass die Rechte der Individuen grundsätzlich nur denjenigen Staat betreffen, unter dessen Hoheitsgewalt sie

stehen. Eine allgemeine, grenzüberschreitende Wirkung ist dem nicht zu entnehmen.³⁴

Dennoch überzeugt es, eine solche für Art. 12 IPwskR anzunehmen. Zunächst existiert im IPwskR gerade keine explizite Beschränkung auf Personen, die der Herrschaftsgewalt des Staates unterstehen.³⁵ Dies ist anders in Art. 2 Abs. 1 IPbpR geregelt. Da aber beide Pakte zeitgleich verhandelt und 1966 beschlossen wurden,³⁶ heißt dies im Umkehrschluss, dass eine einschränkende Klausel hier bewusst nicht integriert wurde. Dies unterstützt auch Art. 2 Abs. 3 IPwskR, der den Entwicklungsländern aus ökonomischen Gründen gestattet, die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte auf ihre eigenen Staatsangehörigen zu beschränken. E contrario bedeutet dies, dass es den Industriestaaten gerade untersagt sein soll, ihre Pflichten auf die nationale Ebene zu begrenzen.

Dieses Ergebnis trägt auch eine Gruppe von Völkerrechtlern, die ein internationales Gutachten zu den extraterritorialen Verpflichtungen der Staaten (*Maastricht Principles*) veröffentlicht hat.³⁷ In diesem Gutachten mahnen sie explizit an, dass die Staaten ihre wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte auch extraterritorial erfüllen sollten.³⁸ Zur dogmatischen Herleitung einer grenzüberschreitenden Pflicht von Staaten, Impfstoffe global zu verteilen, können zwei Ansatzpunkte herangezogen werden: die staatliche Kooperationspflicht (1.) sowie das *no harm*-Prinzip (2.).

1. Staatliche Kooperationspflicht

Die staatliche Kooperationspflicht ist ein Prinzip des Völkerrechts.³⁹ Dieses ist an prominenter Stelle in Art. 1 Abs. 3 UN-Charta, aber auch in Art. 2 Abs. 1 IPwskR verankert. Beide Normen fordern die Staaten auf, bei weltweiten Krisen auf internationaler Ebene zusammenzuarbeiten. Im Rahmen des Gesundheitsschutzes fällt darunter insbesondere die Pflicht, anderen Staaten einen Zugang zu wesentlichen Gesundheitsgütern zu ermöglichen.⁴⁰ Die Covid-19-Pandemie ist ein globales Ereignis, das die Gesundheitssysteme und die Wirtschaft stark belastet. Dies löst recht eindeutig eine Pflicht zur Kooperation aus. Hierbei zählen auch und vor allem die Covid-Impfstoffe zu den

²⁵ CESCR, (Fn. 21), Rn. 16, 44 lit. b); v. Bogdandy/Villarreal, (Fn. 2), S. 110; Kälin/Künzli, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 4. Aufl. 2019, Rn. 9.161; Müller, Die Konkretisierung von Kernbereichen des Menschenrechts auf Gesundheit, in: Frewer/Bielefeldt (Hrsg.), *Das Menschenrecht auf Gesundheit: Normative Grundlagen und aktuelle Diskurse*, 2016, S. 125 (149).

²⁶ CESCR, (Fn. 21), Rn. 36.

²⁷ UN-Generalfversammlung, Resolution v. 2.6.2006, A/RES/60/262, Rn. 12; v. Bogdandy/Villarreal, (Fn. 2), S. 110; vgl. CESCR, (Fn. 21), Rn. 12 lit. a); ECOSOC, Draft Resolution v. 11.4.2003, E/CN.4/2003/L.33, Rn. 2.

²⁸ CESCR, (Fn. 21), Rn. 34; Hestermeyer, (Fn. 16), S. 108 f.

²⁹ V. Bogdandy/Villarreal, (Fn. 2), S. 110; Fidler, *International Law and Equitable Access to Vaccines and Antivirals in the Context of 2009-H1N1 Influenza*, in: Institute of Medicine (Hrsg.), *The Domestic and International Impacts of the 2009-H1N1 Influenza A Pandemic*, 2010, S. 137 (143).

³⁰ V. Arnould, (Fn. 17), Rn. 25; Krajewski, (Fn. 24), § 2 Rn. 18.

³¹ *StIGH*, 7.9.1927, PCIJ Series A No. 10 – Lotus, S. 18.

³² *BVerfG*, NJW 2006, 2542 (2543); Krajewski, (Fn. 24), § 7 Rn. 128.

³³ Vgl. Art. 2 Abs. 1 IPbpR, Art. 1 EMRK, Art. 1 Abs. 1 AMRK.

³⁴ Vgl. Grabenwarter/Pabel, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 7. Aufl. 2021, § 17 Rn. 12 ff.

³⁵ Vgl. Saul/Kinley/Mowbray, (Fn. 20), S. 993.

³⁶ V. Arnould, (Fn. 17), Rn. 616; Kau, in: Graf Vitzthum/Proelß (Hrsg.), *Völkerrecht*, 8. Aufl. 2019, 3. Abschnitt Rn. 236.

³⁷ *Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights*, 28.9.2011, <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2012/12/Maastricht-ETO-Principles-ENG-booklet.pdf>, Abruf v. 20.1.2023.

³⁸ *Maastricht Principles*, (Fn. 37), Rn. 4, 28 ff.

³⁹ Hübler, *Staatliche Verhaltenspflichten im völkerrechtlichen Katastrophenfall*, 2017, S. 196 f.; Wolfrum, *International Law of Cooperation*, MPEPIL 2010, Rn. 16; anders: Tietje, *EuR* 2000, 285 (293), der es bereits völkergewohnheitsrechtlich verankert.

⁴⁰ CESCR, (Fn. 21), Rn. 39.

wesentlichen Gesundheitsgütern.⁴¹ Der Abschluss von APAs und die primäre Selbstversorgung der Industriestaaten mit Covid-19-Impfstoffen widersprechen dieser völkerrechtlichen Maxime der internationalen Zusammenarbeit.

2. No harm-Prinzip

Nach dem *no harm*-Prinzip ist es die Pflicht der Staaten, dass von der Nutzung des eigenen Territoriums keine Schäden auf andere Staatsgebiete ausgehen dürfen.⁴² Dieser Gedanke entstammt dem *Trail Smelter*-Fall aus dem Umweltvölkerrecht⁴³ und lässt sich insoweit generalisieren, dass das Verhalten eines Staates nicht zu Schäden an wesentlichen Rechtsgütern anderer Staaten führen darf (allgemeines Schädigungsverbot).⁴⁴ Klassischerweise wird diesem Grundsatz eine Abwehrfunktion entnommen: Das aktive Tun eines Staates darf keine grenzüberschreitenden Schäden verursachen.⁴⁵ Aus dem Schädigungsverbot ergibt sich daher eine Handlungs- bzw. Unterlassungspflicht. Hierbei lohnt sich ein Blick ins benachbarte Umweltvölkerrecht. Dort hat der IGH in der *Pulp Mills*-Entscheidung festgestellt, dass Staaten zur vorbeugenden Bekämpfung von Umweltschäden völkergewohnheitsrechtlich verpflichtet sind (Grundsatz der Prävention).⁴⁶ Dieser Grundsatz postuliert eine Verhaltenspflicht, alle möglichen und zumutbaren Maßnahmen zu treffen, um Schäden vorzubeugen.⁴⁷ Eine solche Wirkrichtung ist zwingend, da in vielen Fällen nicht der Staat selbst Umweltschäden aktiv herbeiführt, sondern diese von Privaten ausgehen.⁴⁸ Dies unterstützt der IGH, indem das Schädigungsverbot auch greift, wenn das Staatsgebiet von Dritten genutzt wird.⁴⁹ Um den Zweck des Schädigungsverbots vollumfänglich zu erreichen, ist es notwendig, bereits eine vorbeugende Hand-

lungspflicht anzunehmen. Sonst müsste der zu verhindernde Erfolg eintreten, damit völkerrechtliche Folgen greifen können.⁵⁰

Diese Grundsätze sollten auf das Gesundheitsvölkerrecht übertragen werden. Ähnlich wie im Umweltvölkerrecht machen Pandemien genauso wenig vor Staatsgrenzen Halt wie Wasser- oder Luftverschmutzungen. Es bedarf jeweils einer globalen Anstrengung, um die Umwelt und die Gesundheit der Menschen zu schützen. Es überzeugt, auch im Gesundheitsrecht eine aus dem Schädigungsverbot erwachsende Handlungspflicht der Staaten anzunehmen.

Angewandt auf die Covid-19-Pandemie bedeutet das, dass die Industriestaaten durch ein exzessives Aufkaufen aller verfügbarer Impfdosen und eine Bevorratung über das notwendige Maß hinaus der Bevölkerung anderer Staaten und damit auch diesen Staaten selbst schaden. Ob und im bejahenden Falle wie das notwendige Maß zu definieren ist, bleibt politisch, aber auch wissenschaftlich völlig unklar.⁵¹ Nichtsdestotrotz widerspricht das *no harm*-Prinzip dem Impfstoffnationalismus der einzelnen Staaten, sodass die staatlichen Gesundheitspflichten nicht automatisch an den Staatsgrenzen enden. Der daraus resultierende Gedanke kann herangezogen werden, um die Pflicht aus Art. 12 Abs. 2 lit. c) IPwskR auszudehnen, einen globalen Zugang zu verfügbaren Impfstoffdosen zu schaffen.

Hiergegen kann durchaus nachvollziehbar angebracht werden, dass auch ohne diese vertragliche Praxis eine flächendeckende Impfstoffverteilung wegen unterschiedlichen Infrastrukturen, politischen Machtverhältnissen und klimatischen Rahmenbedingungen nicht automatisch erreicht wäre. Dennoch stünden die Chancen aufgrund eines größeren, globalen Angebots zumindest besser und es würde immerhin eine breitere, wenn auch vielleicht nicht ausreichend breite Verteilung möglich. Ein hinreichend wesentlicher Schritt in die richtige Richtung wäre getan, sodass die Industriestaaten mit ihrem praktizierten Vorgehen gegen Art. 12 IPwskR agieren.

3. Zwischenergebnis

Demnach ist aus Art. 12 IPwskR auch eine internationale Dimension herzuleiten: Neben den eigenen haben auch fremde Staatsangehörige grundsätzlich ein Recht gegen den Staat, mit national zugesicherten, verfügbaren sowie bevorrateten Impfdosen versorgt zu werden. Er stellt die damit korrespondierende staatliche Pflicht zur Impfstoffverteilung in einen globalen Kontext.

IV. Folgen für die Covid-19-Pandemie

Diesem vielversprechenden Ansatz ist jedoch mangelnde Effektivität zu attestieren. Die dargestellte Pflicht ist nach Art. 2 Abs. 1 IPwskR allmählich zu erfüllen und steht unter

⁴¹ CESCR, Statement on universal and equitable access to vaccines for the coronavirus disease (COVID-19), 15.12.2020, E/C.12/2020/2, Rn. 11 f.; vgl. CESCR, (Fn. 21), Rn. 44 lit. b), 45; siehe oben C.II.

⁴² *Coco/de Souza Dias*, Part I: Due Diligence and COVID-19: States' Duties to Prevent and Halt the Coronavirus Outbreak, <https://www.ejiltalk.org/part-i-due-diligence-and-covid-19-states-duties-to-prevent-and-halt-the-coronavirus-outbreak/>, Abruf v. 20.1.2023; *Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages*, Die Corona-Pandemie im Lichte des Völkerrechts (Teil 2), WD 2-3000-038/20, S. 38.

⁴³ *Schiedsgericht*, 11.3.1941, RIAA III, 1905 – *Trail Smelter*, S. 1965; dazu: v. *Bogdandy/Villarreal*, (Fn. 2), S. 111; *Bäumler*, Das Schädigungsverbot im Völkerrecht, 2017, S. 75 ff.

⁴⁴ *Bäumler*, (Fn. 43), S. 71, 266; vgl. IGH, 9.4.1949, ICJ Reports 1949, 4 – *Corfu Channel Case*, S. 22; 8.7.1996, ICJ Reports 1996, 226 – *Advisory Opinion: Legality of the threat or use of nuclear weapons*, Rn. 29.

⁴⁵ v. *Bogdandy/Villarreal*, (Fn. 2), S. 111: „negative dimension“.

⁴⁶ IGH, 20.4.2010, ICJ Reports 2010, 14 – *Pulp Mills on the River Uruguay*, Rn. 101; vgl. *Bäumler*, (Fn. 43), S. 85.

⁴⁷ *Proelß*, in: Graf Vitzthum/Proelß (Hrsg.), *Völkerrecht*, 8. Aufl. 2019, 5. Abschnitt Rn. 108; *Birkner*, in: Epping/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), *Völkerrecht*, 7. Aufl. 2018, § 53 Rn. 34.

⁴⁸ *Bäumler*, (Fn. 43), S. 79, 82.

⁴⁹ IGH, 20.4.2010, ICJ Reports 2010, 14 – *Pulp Mills on the River Uruguay*, Rn. 101; 9.4.1949, ICJ Reports 1949, 4 – *Corfu Channel Case*, S. 22: „to be used“.

⁵⁰ *Epiney*, JuS 2003, 1066 (1068).

⁵¹ v. *Bogdandy/Villarreal*, (Fn. 2), S. 111 f.

dem Vorbehalt des Realisierbaren.⁵² Es ist offenkundig, dass ein Industriestaat nicht in der Lage ist, Ansprüche von über acht Milliarden Menschen zu bedienen. Gleichzeitig ist in finanzieller Hinsicht aber anzunehmen, dass die Industriestaaten über ausreichende Mittel verfügen, um zumindest eine größere globale Teilhabe an den Impfdosen zu erreichen. Art. 2 Abs. 1 IPwskR verpflichtet sie, alle ihre Möglichkeiten auszuschöpfen – man könnte insoweit von einem Untermaßverbot⁵³ sprechen. Ab wann jedoch ein Export von Dosen zulasten der eigenen Bevölkerung im Rechtssinne möglich ist und ab wann die Grenzen des Zumutbaren erreicht sind, bleibt offen und kann nur über Entscheidungen im Einzelfall gelöst werden. Da die Pflicht nach und nach zu erfüllen ist, erlaubt diese gleichzeitig den Staaten, die Lieferung der Dosen hinauszuzögern und doch zwischenzeitlich die eigene Bevölkerung priorisiert zu immunisieren. Dies weicht den Charakter der Verpflichtung auf und schmälert deren Wirksamkeit.⁵⁴

Diese Überlegungen lassen die Schwächen des Rechts auf Gesundheit bereits erahnen. Denn das Konstrukt der Art. 12 und Art. 2 Abs. 1 IPwskR leidet unter einem Defizit: Es postuliert eine Pflicht, ohne dass es die Staaten zu konkreten Handlungen anweist.⁵⁵ Eindeutig sind nur die Fälle, in denen ein Staat völlig untätig bleibt.⁵⁶ Ansonsten hängt es von der Beurteilung in jedem Einzelfall ab, in welchem Umfang welcher Industriestaat zu handeln hat.⁵⁷ Welche Anzahl an Impfdosen darf dieser Staat beziehen oder bevorraten? Welcher absolute oder relative Anteil der eigenen Bevölkerung darf wann immunisiert werden? Und wie viele Dosen stehen diesem Staat wann zu? Antworten darauf bleibt der IPwskR schuldig und weist diese damit den zuständigen Rechtsprechungsinstanzen zu.⁵⁸ Diesen bleibt nichts anderes übrig, als selbst subsumierbare Tatbestandsmerkmale zu schaffen, um in der Sache entscheiden zu können. Ansonsten setzten sie sich dem Vorwurf der Rechtsverweigerung aus. Nach dem Fakultativprotokoll zum IPwskR (FP)⁵⁹ ist eine Individualbeschwerde vor dem *UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte* vorgesehen. Da jedoch nur 26 Staaten dieses Proto-

koll ratifiziert haben,⁶⁰ kann dieser derzeit nicht als umfassende Kontrollinstanz angesehen werden.⁶¹ Zudem haben die Entscheidungen des Ausschusses nach Art. 9 Abs. 1 FP nur den Charakter einer unverbindlichen Empfehlung.⁶² Schwäche dieses Mechanismus ist, dass Klarheit bringende Entscheidungen von vielen unsicheren Faktoren abhängen. Ob überhaupt und im positiven Falle welche Verfahren wann anhängig werden, wer zur Entscheidung berufen ist und Maßstäbe setzen kann: All dies wird letztlich mehr oder minder vom Zufall bestimmt.⁶³ Dies geht zulasten der Rechtssicherheit. Dies hat zur Folge, dass den Staaten bei der Erfüllung der IPwskR-Pflichten weite Gestaltungsspielräume verbleiben,⁶⁴ deren Umfang wohl im Zweifel auch schwer justiziabel sein mag.

In tatsächlicher Hinsicht kommt erschwerend hinzu, dass zu dieser Beurteilung Informationen über die national beschafften und gehorteten Impfdosen notwendig sind. Eine Pflicht zur Offenlegung existiert aber nicht,⁶⁵ was eine effektive Kontrolle a priori unmöglich macht. Das führt zu der unbefriedigenden Situation, dass die Staaten mit dem Abschluss von APAs und der primären Versorgung der eigenen Bevölkerung gegen Art. 12 IPwskR verstoßen, es aber keine effektiven Hebel gibt, dies nachzuweisen und dieses Menschenrecht auch international durchzusetzen.

D. Ergebnis und Ausblick

Wer erwartet, dass die internationalen Menschenrechte den gordischen Knoten des Impfstoffnationalismus zu lösen fähig sind, wird enttäuscht werden. Aus Art. 12 und Art. 2 IPwskR lässt sich zwar die staatliche Pflicht herleiten, auch extraterritorial für eine gerechte Verteilung der raren Impfstoffdosen zu sorgen. Doch auch wenn es völkerrechtswidrig ist, die knappen Impfdosen aufzukaufen und zu bevorraten, schweigt der IPwskR, wenn es um die logische Folgefrage geht, mit welchen Maßnahmen die Staaten ihre Pflichten gegenüber fremden Staatsangehörigen erfüllen würden. Konkrete Handlungsanweisungen ergeben sich *de lege lata* nicht, was dieses Institut behäbig und blass erscheinen lässt. Es existiert zwar die schwache Möglichkeit, durch die Rechtsprechung klären zu lassen, ob das Handeln der Staaten ihren völkerrechtlichen Pflichten genügt hat. Doch bringt dies höchstens Entscheidungen im Einzelfall und ändert in der Stunde notwendiger Solidarität nichts an der Selbstbezogenheit der Industriestaaten sowie an der Ohnmacht des globalen Südens. Eine nachgelagerte und

⁵² Rott, Patentrecht und Sozialpolitik unter dem TRIPS-Abkommen, 2002, S. 97; Peters, JöR 69 (2021), 685 (691); vgl. Maastricht Principles, (Fn. 37), Rn. 31.

⁵³ Zum zugrundeliegenden Gedanken, aber aus verfassungsrechtlicher Sicht: Merten, in: Papier/Merten (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. III, 2009, § 68 Rn. 82: das Untermaßverbot als Reaktion auf staatliche Passivität; Michael, JuS 2001, 148 (151).

⁵⁴ Peters, (Fn. 52), S. 691; vgl. *UN-Generalversammlung*, Official Records der 1181. Sitzung v. 13.11.1962, A/C.3/SR.1181, Rn. 29 f.; Saul/Kinley/Mowbray, (Fn. 20), S. 993.

⁵⁵ V. Bogdandy/Villarreal, (Fn. 2), S. 115; Müller, (Fn. 25), S. 138 f.; Gruszczynski/Wu, (Fn. 9), S. 715.

⁵⁶ Vgl. Peters, (Fn. 52), S. 691.

⁵⁷ Vgl. Saul/Kinley/Mowbray, (Fn. 20), S. 170; v. Arnould, (Fn. 17), Rn. 888.

⁵⁸ Vgl. im Klimaschutzrecht: Wegener, ZUR 2019, 3 (10 ff.).

⁵⁹ *UN-Generalversammlung*, Resolution v. 10.12.2008, A/RES/63/117.

⁶⁰ Dazu siehe UN-Treaty Collection, Chapter IV 3.a., https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3-a&chapter=4&clang=_en, Abruf v. 20.1.2023.

⁶¹ Siehe Gruszczynski/Wu, (Fn. 9), S. 715: bloß symbolische Bedeutung.

⁶² *CESCR*, Views v. 21.7.2017, E/C.12/61/D/5/2015, Rn. 19.

⁶³ Vgl. im Klimaschutzrecht: Beh, NuR 2021, 718 (718).

⁶⁴ Saul/Kinley/Mowbray, (Fn. 20), S. 169; v. Achenbach, (Fn. 5), S. 39.

⁶⁵ V. Bogdandy/Villarreal, (Fn. 2), S. 112.

rückwärtsgerichtete Reaktion und Aufarbeitung retten in dieser Pandemie kaum Leben.

Der Impfstoffnationalismus fördert vielmehr nationalstaatliche Interessen – die Staatengemeinschaft opfert sich gezwungenermaßen für das Wohl einzelner Staaten auf. Die Forderungen nach internationaler Solidarität sind hingegen nicht rechtlicher, sondern vielmehr moralischer Natur.⁶⁶ Nach Art. 2 Abs. 1 UN-Charta sind alle Staaten souverän und gleich – kein Staat kann einem anderen etwas aufzwingen (Konsensprinzip).⁶⁷ Erforderlich wäre ein gemeinsamer Wille der beteiligten Staaten auf dem Gebiet einer global-gerechten Impfstoffverteilung, der sich auch weiterhin nicht abzeichnet. Die Solidarität ordnet sich rein konzeptionell der Souveränität unter.⁶⁸ Es ist zu erwarten, dass erst eine Durchseuchung der Weltbevölkerung das Ende der Pandemie einläutet – im Lichte der Ziele der Vereinten Nationen, „den wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt aller Völker zu fördern“⁶⁹, eine traurige Erkenntnis.

⁶⁶ *Wolfrum*, Solidarity, in: Shelton (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, 2013, S. 401 (411); *Carozza/Crema*, On Solidarity in International Law, S. 15, <https://ssrn.com/abstract=2949960>, Abruf v. 20.1.2023; vgl. *Boisson de Chazournes*, Responsibility to Protect: Reflecting Solidarity?, in: *Wolfrum/Kojima* (Hrsg.), *Solidarity: A Structural Principle of International Law*, 2010, S. 93 (94).

⁶⁷ *Funke*, in: Schöbener (Hrsg.), *Völkerrecht. Lexikon zentraler Begriffe und Themen*, 2014, S. 337; *Herdegen*, *Völkerrecht*, 21. Aufl. 2022, § 3 Rn. 4.

⁶⁸ *Carozza/Crema*, (Fn. 66), S. 15.

⁶⁹ Präambel der Charta der Vereinten Nationen v. 26.6.1945, BGBl. II 1973, 430.

Abschlussklausur: BGB AT

Ebba Neifer, Bonn

Der von der Verfasserin gewählte Lösungsweg stellt nur eine von mehreren Lösungsalternativen dar und bietet keine Gewähr einer identischen Bewertung. Im Übrigen wird darauf hingewiesen, dass auch eine mit „gut“ oder „sehr gut“ bewertete Klausur nicht zwingend fehlerfrei sein muss. Die nachfolgende Klausur wurde als Abschlussklausur im Rahmen der Vorlesung „Einführung in das Bürgerliche Recht und Allgemeiner Teil des BGB“ bei Herrn PD Dr. Matthias Fervers im Sommersemester 2022 geschrieben und mit „sehr gut“ (16 Punkte) bewertet.

Sachverhalt 1

K möchte sich einen Gebrauchtwagen kaufen und begibt sich deshalb zum Gebrauchtwagenhändler V. Beraten wird K dort von M, einem Mitarbeiter des V. M ist äußerlich erkennbar als Mitarbeiter des V ausgewiesen und wurde von V zu sämtlichen Verkäufen im Geschäft umfassend bevollmächtigt. M zeigt dem K einen gebrauchten Mercedes. Auf die Frage des K, ob der Wagen unfallfrei ist, antwortet M: „Logisch, wir verkaufen hier keine Unfallwagen!“ Tatsächlich weiß M dies aber gar nicht und hat diesbezüglich auch keinerlei Nachforschungen angestellt. Direkt danach sagt M zu K: „Den Mercedes biete ich Ihnen für 10.000 € zum Kauf an.“ K entgegnet: „Super, wir sind im Geschäft!“ K bekommt den Mercedes ausgehändigt und verspricht, das Geld in den nächsten Tagen zu überweisen. Zuhause kommen dem K jedoch Zweifel, ob der Wagen tatsächlich unfallfrei ist. K lässt den Wagen deshalb untersuchen und es stellt sich heraus, dass das Auto in einen schweren Unfall verwickelt war. K ruft daraufhin direkt bei V an und sagt: „Dein Mitarbeiter M hat mich übers Ohr gehauen und mir eine Unfallkarre angedreht. Mit dem Vertrag will ich nichts mehr zu tun haben. Das Auto kannst du natürlich zurückhaben, aber von mir siehst du keinen Cent.“ V entgegnet, Vertrag sei Vertrag. V weist zudem darauf hin, dass er – was zutrifft – von einer Täuschung durch M nichts gewusst habe und dass M bislang stets zuverlässig und ehrlich gewesen sei. K solle deshalb schleunigst den Kaufpreis in Höhe von 10.000 € bezahlen.

Aufgabe 1: Hat V gegen K einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises i.H.v. 10.000 €?

Sachverhalt 2

K hat außerdem noch einen fünfjährigen Sohn, den A. Obwohl A erst fünf Jahre alt ist, hält er sich selbst schon für sehr geschäftstüchtig. A kauft deshalb dem erwachsenen Z für 100 € eine Legosammlung ab. Z drückt dem A die Legosammlung in die Hand und sagt: „Die gehört jetzt dir!“. A nimmt die Sammlung entgegen, bedankt sich und verspricht, das Geld in den nächsten Tagen vorbeizubringen. Dazu kommt es aber nicht, weil K von dem Ganzen erfährt und von Z und A verlangt, dass das Geschäft rückgängig gemacht wird. Z verlangt deshalb von A die Rückgabe der bei A befindlichen Legosammlung.

Aufgabe 2: Hat Z gegen A einen Anspruch auf die Rückgabe der Legosammlung?

Bearbeitervermerk: Im Gutachten ist – ggf. hilfsgutachterlich – auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen einzugehen. § 119 Abs. 2 BGB, §§ 323, 475d, 346 BGB, §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB und § 56 HGB bleiben außer Betracht und sind nicht zu prüfen.

A. Aufgabe 1

V könnte gegen K einen Anspruch auf Zahlung in Höhe von 10.000 Euro gem. § 433 Abs. 2 BGB haben. Voraussetzung dafür wäre das Bestehen eines wirksamen Kaufvertrags (§ 433 BGB). Ein Kaufvertrag kommt durch zwei inhaltlich korrespondierende, aufeinander bezogene empfangsbedürftige Willenserklärungen namentlich Angebot/Antrag und Annahmestunde (§§ 145 ff. BGB).

I. Angebot des V

Zunächst müsste ein Angebot vorliegen. Ein Angebot ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die alle wesentlichen Vertragsbestandteile (*essentialia negotii*) enthält und dem Vertragspartner den Vertragsschluss derart anträgt, dass dieser nur noch „Ja“ zu sagen braucht. Der V selbst hat kein Angebot abgegeben. Ihm könnte das Angebot des M, welches alle *essentialia negotii* mit dem Mercedes als Kaufgegenstand, den 10.000 Euro als Kaufpreis und den Vertragsparteien V und K enthält, aber zuzurechnen sein. Dies wäre der Fall, wenn M den V wirksam vertreten hätte.

Dann müsste V die Willenserklärung des M unmittelbar für und gegen sich gelten lassen (§ 164 Abs. 1 S. 1 BGB). Voraussetzung für eine Stellvertretung wäre die Abgabe einer eigenen Willenserklärung des M. Diese müsste ferner im fremden Namen und mit der ihm zustehenden Vertretungsmacht des V abgegeben worden sein.

1. Eigene Willenserklärung

Es müsste eine eigene Willenserklärung des M vorliegen. Eine eigene Willenserklärung liegt dann vor, wenn der Vertreter nicht lediglich als Bote für den Vertretenen tätig wird, sondern eine eigene Willenserklärung abgibt. Ein Kriterium dafür ist der ihm zustehende Entscheidungsspielraum. Der M gibt eine auf den Vertragsschluss zielende, eigene Willenserklärung mit den Worten „Den Mercedes biete ich Ihnen für 10.000 Euro an.“ ab. Er übermittelt damit nicht lediglich eine fremde Willenserklärung des V. Zudem steht ihm ein gewisser Entscheidungsspielraum hinsichtlich des Preises und der Vertragspartei zu. Mithin liegt eine eigene Willenserklärung vor.

2. Im fremden Namen

Des Weiteren müsste der M im fremden Namen gehandelt haben. Nach dem Offenkundigkeitsprinzip handelt der Vertreter im fremden Namen, wenn er dem Geschäftspartner den Vertragspartner offenlegt. Dies kann konkludent erfolgen oder sich aus den Umständen ergeben. Der K begibt sich zum Gebrauchtwagenhändler V und befindet sich somit in dessen Umfeld. Zudem ist der M äußerlich erkennbar als Mitarbeiter ausgewiesen. Aus den Umständen ergibt sich folglich, dass der M für den V im fremden Namen handelt.

3. Mit Vertretungsmacht

Darüber hinaus müsste der M mit Vertretungsmacht gehandelt haben. Diese Vertretungsmacht kann sich aus dem Gesetz ergeben oder mittels Vollmacht erteilt werden. In Betracht kommt eine Vollmacht, also eine durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht (§ 166 Abs. 2 S. 1 BGB). Der V hat den M zu sämtlichen Verkäufen im Geschäft umfassend bevollmächtigt. Daher liegt eine Innenvollmacht (§ 167 Abs. 1 Alt. 1 BGB) in Form einer Gattungsvollmacht für Geschäfte des Ladens vor. Der M handelt mit Vertretungsmacht.

4. Zwischenergebnis

Der M hat den V wirksam vertreten. V muss also sämtliche Geschäfte des M für und gegen sich wirken lassen (§ 164 Abs. 1 S. 1 BGB). Ein Angebot des V liegt folglich vor.

II. Annahme des K

Der K müsste dieses Angebot allerdings auch angenommen haben. Eine Annahme ist die vorbehaltlose Zustimmung zum Angebot und stimmt inhaltlich mit diesem überein. Die Annahme ist dem V gem. § 164 Abs. 3 BGB zugegangen und er stimmt dem Kauf des Mercedes vorbehaltlos zu. Eine wirksame Annahme seitens K liegt vor.

1. Nichtigkeit der Annahme

Die Annahme als empfangsbedürftige Willenserklärung des K könnte aber gem. § 142 Abs. 1 BGB ex tunc nichtig sein. Dies wäre der Fall, wenn K seine Willenserklärung wirksam angefochten hätte. Voraussetzung für eine wirksame Anfechtung wäre das Bestehen einer Anfechtungserklärung, eines Anfechtungsgrundes sowie die Einhaltung der Anfechtungsfrist.

a) Anfechtungserklärung

Zuerst müsste eine Anfechtungserklärung vorliegen (§ 143 BGB). Der Anfechtende muss dabei klar machen, dass er die Erklärung gerade wegen seines Willensmangels nicht gegen sich gelten lassen möchte. Das Wort „Anfechtung“ muss der Erklärende nicht verwenden. Der K offenbart dem V seinen Anfechtungsgrund, indem er ihm mitteilt, dass der Mitarbeiter M ihn „übers Ohr gehauen“ hat und ihm einen Unfallwagen verkauft hat. Zudem erklärt der K, dass er mit dem Vertrag nichts mehr zu tun haben möchte. Nach dem objektiven Empfängerhorizont (§ 133, 157 BGB) sind seine Ausführungen daher als Anfechtungserklärung auszulegen. Zudem ist der V als Vertragspartner und damit als anderer Teil (§ 143 Abs. 2 Alt. 1 BGB) der richtige Anfechtungsgegner. Eine Anfechtungserklärung liegt vor.

b) Anfechtungsgrund

Weiterhin müsste ein Anfechtungsgrund vorliegen. Hier kommt eine arglistige Täuschung durch den Mitarbeiter M in Betracht (§ 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB). Eine Täuschung liegt vor, wenn der Erklärende einen Irrtum bei dem Getäuschten erregt, bestärkt oder aufrechterhält und davon auszugehen ist, dass der Getäuschte seine Willenserklärung sonst nicht oder nicht mit diesem Inhalt abgegeben hätte. Der M erklärt dem K auf Nachfrage, dass der Wagen unfallfrei sei. Damit erregt er bei dem Käufer M einen Irrtum. Der K hätte das Auto nicht gekauft, wenn er von der Unfallverwicklung des Autos gewusst hätte.

Der M müsste auch arglistig gehandelt haben. Arglist ist das wissentliche und willentliche, also vorsätzliche Handeln (zumindest *dolus eventualis*). Angaben ins Blaue hinein ohne tatsächliche Kenntnisse genügen auch. M weiß gar nicht, ob der Wagen unfallfrei ist. Folglich handelte er vorsätzlich. Die Täuschung war auch kausal für die Abgabe

der Willenserklärung des K. Der K wurde zu seiner Willenserklärung bestimmt (§ 123 Abs. 1 BGB).

c) Anfechtungsfrist

Zuletzt müsste der K die Anfechtungsfrist gewahrt haben. Gem. § 124 Abs. 1 BGB beträgt die Anfechtungsfrist ein Jahr und beginnt nach § 124 Abs. 2 BGB mit dem Zeitpunkt, in welchem der Anfechtungsberechtigte die Täuschung entdeckt. Der K lässt den Wagen direkt untersuchen und ruft sofort beim Verkäufer V an. Die Anfechtungsfrist wurde eingehalten.

2. M als Dritter nach § 123 Abs. 2 S. 1 BGB

Etwas anderes könnte sich allerdings daraus ergeben, dass der V von einer Täuschung durch den M nichts gewusst hat und dass der M bislang stets zuverlässig und ehrlich gewesen ist. Der M steht als Mitarbeiter des V allerdings in dessen Lager und ist somit nicht als Dritter i. S. d. § 123 Abs. 2 S. 1 BGB anzusehen. Der V muss die Anfechtungserklärung gegen sich wirken lassen.

3. Zwischenergebnis

Der K hat wirksam angefochten und seine Willenserklärung ist daher gem. § 124 Abs. 1 BGB als ex tunc nichtig anzusehen.

Folglich besteht kein Kaufvertrag.

III. Ergebnis

Der V hat gegen den K keinen Anspruch auf Kaufpreiszahlung i. H. v. 10.000 Euro aus § 433 Abs. 2 BGB.

B. Aufgabe 2

I. Herausgabeanspruch § 985 BGB

Z könnte gegen A einen Anspruch auf die Rückgabe der Legosammlung gem. § 985 BGB haben. Dafür müsste A der Besitzer und Z der Eigentümer sein. Zudem dürfte der A kein Recht zum Besitz haben (vgl. etwa § 186 Abs. 1 BGB).

1. Eigentum des Z

Zunächst müsste der Z Eigentümer sein.

a) Ursprünglicher Eigentümer

Zunächst war Z der Eigentümer. Dies geht aus der Eigentumsvermutung zugunsten des Z aus § 1006 Abs. 1 BGB hervor.

b) Eigentumsverlust an A

Der Z könnte sein Eigentum aber gem. § 929 Abs. 1 BGB an den A übertragen haben. Erforderlich hierfür ist die Einigung, die Übergabe, das Einigsein zum Zeitpunkt der Übergabe, sowie die Berechtigung des Veräußerers.

aa) Berechtigung des Veräußerers

Der Z war als ursprünglicher Eigentümer zur Veräußerung seines Eigentums berechtigt.

bb) Einigung

Eine dingliche Einigung dahingehend, dass das Eigentum übergehen soll, setzt zwei empfangsbedürftige aufeinander bezogene und inhaltlich übereinstimmende Willenserklärungen voraus. Mit den Worten „Die gehört jetzt dir“ ist sich Z der Übergabe bewusst und stimmt dieser ausdrücklich zu. A nimmt die Legosammlung an und stimmt damit konkludent zu.

Fraglich ist allerdings, ob die konkludente Willenserklärung des A ihre Wirkung entfaltet. Gem. § 105 Abs. 1 BGB ist die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen nichtig. Der A ist fünf Jahre alt und somit gem. § 104 Nr. 1 BGB geschäftsunfähig. Folglich ist seine Willenserklärung nichtig. Eine Einigung liegt daher nicht vor und der Z ist weiterhin Eigentümer der Legosammlung.

2. Besitz des A

Mit der Übergabe der Legosammlung an den A hat der Z seinen ursprünglichen Besitz an den A verloren. Der A ist folglich Besitzer gem. § 854 BGB.

3. Kein Recht zum Besitz

Ein Recht zum Besitz (§ 986 Abs. 1 S. 1 BGB) liegt nicht vor. Auch ein Kaufvertrag besteht aufgrund der Nichtigkeit der Willenserklärungen des Z nicht. Anderweitige Gesichtspunkte sind nicht ersichtlich.

4. Ergebnis

Die Voraussetzungen des § 985 BGB liegen folglich vor. Der Z hat gegen den A einen Anspruch auf die Rückgabe der Legosammlung aus § 985 BGB.

II. Herausgabeanspruch § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

Zudem könnte der Z gegen den A einen Anspruch auf die Rückgabe der Legosammlung gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB haben. Dafür müsste der A durch die Leistung des Z etwas ohne jeglichen Rechtsgrund erlangt haben.

1. Etwas erlangt

Der A müsste etwas erlangt haben. Erlangen kann man jede vermögensrechtliche Position, also beispielsweise den Besitz oder das Eigentum. Der A hat durch die Übergabe der Legosammlung durch den Z den Besitz an dieser erlangt. Der A hat den Besitz schließlich erlangt.

2. Durch Leistung

Dies müsste durch die Leistung des Z geschehen sein. Leistung ist die bewusste und ziel- bzw. zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens. Der Z übergab die Legosammlung an den A, um seine vermeintlichen Pflichten aus dem vermeintlich bestehenden Kaufvertrag zu erfüllen. Somit mehrte er den Besitz des A. Dies geschah also durch Leistung des Z.

3. Ohne Rechtsgrund

Zuletzt dürfte kein rechtlicher Grund vorliegen. Als Rechtsgrund könnte ein Kaufvertrag in Betracht kommen (§ 433 BGB). Ein Kaufvertrag kommt durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen, namentlich Angebot und Annahme (§§ 145 ff. BGB) zustande. Der A kauft dem erwachsenen Z für 100 Euro eine Legosammlung ab. Fraglich ist jedoch, ob die auf den Vertragsschluss gezielte Willenserklärung des A wirksam war. Der A ist allerdings nach § 104 Nr. 1 BGB (wie oben ausgeführt) geschäftsunfähig. Seine Willenserklärung ist daher gem. § 105 Abs. 1 BGB ex tunc nichtig. Daher liegt keine Willenserklärung des A vor und der Kaufvertrag zwischen A und Z ist nie zustande gekommen. Der Rechtsgrund fehlt.

4. Ergebnis

Der Z hat gegen den A auch einen Rückgabeanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB.

Abschlussklausur: Staatsrecht I

Eva Blanz, Bonn

Der von der Verfasserin gewählte Lösungsweg stellt nur eine von mehreren Lösungsalternativen dar und bietet keine Gewähr einer identischen Bewertung. Im Übrigen wird darauf hingewiesen, dass auch eine mit „gut“ oder „sehr gut“ bewertete Klausur nicht zwingend fehlerfrei sein muss. Die nachfolgende Klausur wurde als Abschlussklausur im Rahmen der Vorlesung Staatsrecht I (Staatsorganisationsrecht) bei Herrn Prof. Dr. Dr. Udo Di Fabio im Sommersemester 2022 geschrieben und mit „sehr gut“ (16 Punkten) bewertet.

Sachverhalt

Nach Abschluss der Bundestagswahl 2021 tritt der Bundestag ordnungsgemäß zu einer Sitzung zusammen. Auf der Tagesordnung steht die Wahl eines Bundeskanzlers. Nachdem der K mit der erforderlichen Mehrheit gewählt worden ist, steht für ihn die erste schwierige Aufgabe an: Er muss sich überlegen, mit wem er die Ministerposten in seiner Regierung besetzt haben möchte. Nach einigen Überlegungen kommt K zu der Erkenntnis, dass er gerne die B, eine enge Parteifreundin, zur Umweltministerin ernennen lassen möchte. Damit hat er sich zugleich gegen den A entschieden, der ebenfalls dafür infrage gekommen wäre, jedoch war K nach einiger Überlegung der Auffassung, dass die B bei den Bürgerinnen und Bürgern in Umweltfragen über besseres Ansehen verfüge. Für A sieht er schlussendlich den Posten als Justizminister vor.

Nachdem K sein Kabinett vollständig ausgewählt hat, stellt er beim Bundespräsident P das Ersuchen, die von ihm vorgeschlagenen Personen zu ernennen. Diesem Ersuchen kommt der P auch fast vollständig nach. Lediglich bei A und B verwehrt er dem K seinen Wunsch und verweigert deren Ernennung.

Gegenüber K begründet er dies damit, dass der A einer beruflichen Tätigkeit als Innovationsberater nachgehe, die er – was zutreffend ist – auch nach einer entsprechenden Ernennung nicht beenden und weiterführen werde. Was die B betrifft führt er aus, dass diese für den Posten der Umweltministerin völlig ungeeignet sei, da sie über keinerlei berufliche oder politische Erfahrung im Bereich des Umweltschutzes verfüge. Als Juristin sei diese nicht in der Lage, die dringenden Fragen des Umweltschutzes vernünftig aufzuarbeiten. Im Übrigen wäre die Besetzung der Posten mit A und B genau umgekehrt notwendig: Als Rechtswissenschaftlerin könne sich B viel besser mit

rechtsstaatlichen Problemen auseinandersetzen; der A sei aufgrund seiner beruflichen Erfahrung hingegen viel besser geeignet, den technischen Fortschritt auf dem Gebiet des Umweltschutzes innovativ voranzutreiben.

Die Begründung des P, die Ernennung von A und B zu verweigern, überzeugt den K nicht. Er ist der Auffassung, dass die Entscheidung über Personalfragen in seinem Kabinett ausschließlich von ihm zu treffen sei und der P diesem Wunsch folgen müsse. Das Grundgesetz garantiere ihm schließlich das Vorschlags- und Entscheidungsrecht und räume dem Bundespräsidenten kein Weigerungsrecht ein.

Die Meinungsverschiedenheiten zwischen K und P können nicht ausgeräumt werden. K will unbedingt an seinem Personalvorschlag festhalten und reicht daher beim Bundesverfassungsgericht einen Antrag gegen P ein, mit dem er feststellen lassen will, dass dieser seine – näher bestimmten – Rechte durch die Weigerung der Ernennung verletzt hat. Zur Begründung seines schriftlichen Antrages gibt er die Erwägungen an, die er auch P gegenüber vorgebracht hat.

Wie wird das Bundesverfassungsgericht über den Antrag des K entscheiden?

Bearbeitervermerk: Auf sämtliche aufgeworfene Rechtsfragen ist, ggf. hilfsgutachterlich, einzugehen. Von einer fristgerechten Antragstellung ist auszugehen.

Zusatzfragen:

1. Skizzieren Sie das bestehende Wahlrecht zur Bundestagswahl. Welche Aspekte werden auf Verfassungsebene geregelt, welche hingegen nur auf einfachgesetzlicher Ebene?
2. Welche Funktion hat der Bundesrat im Verfassungsstaat und welche Aufgaben nimmt er wahr?

Gutachten

Das Bundesverfassungsgericht gibt dem Antrag des K statt, wenn dieser zulässig und begründet ist.

Als Verfahrensart kommen das Organstreitverfahren sowie die Präsidentenanklage grundsätzlich in Frage. Bei dem

Streitpunkt geht es jedoch gerade um die sich gegenüberstehenden Positionen des K und des P und nicht allein um einen möglichen Verfassungsbruch des P. Auch wird der Antrag von K und nicht vom Bundestag oder vom Bundesrat gestellt. Es ist also der Organstreit als einschlägiges Verfahren zu wählen.

A. Zulässigkeit

Der Antrag ist zulässig, wenn die Zulässigkeitsvoraussetzungen des Organstreits gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 13 Nr. 5 BVerfGG, §§ 63 ff. BVerfGG gegeben sind.

I. Zuständigkeit

Das Bundesverfassungsgericht ist nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG i.V.m. § 13 Nr. 5 BVerfGG für den Organstreit zuständig.

II. Beteiligtenfähigkeit

K und P müssten beteiligtenfähig sein.

1. Antragssteller

K müsste beteiligtenfähig sein. In § 63 BVerfGG ist der Bundeskanzler nicht ausdrücklich genannt, er könnte jedoch ein Organteil sein. Infrage kommen hier alle ständigen Untergliederungen der genannten obersten Bundesorgane, die im Grundgesetz oder den Geschäftsordnungen mit eigenen Rechten ausgestattet sind.

Als Kanzler ist der K eine solche ständige Untergliederung der Bundesregierung, ihm kommen auch durch das Grundgesetz (z. B. Art. 65 GG) eigene Rechte zu.

K erfüllt somit bereits die engeren Anforderungen des § 63 BVerfGG. K ist als ständiges Organteil sowohl gem. § 63 BVerfGG als auch gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG beteiligtenfähig.

2. Antragsgegner

Auch der P müsste beteiligtenfähig sein. Als Bundespräsident wird er in § 63 BVerfGG ausdrücklich benannt.

P ist ebenso gem. § 63 BVerfGG und gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG beteiligtenfähig.

III. Antragsgegenstand

K müsste einen tauglichen Antragsgegenstand genannt haben.

Dies ist jede rechtserhebliche Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners.

K klagt die Weigerung des P, A und B nach seinem Vorschlag als Minister zu benennen, an. Hierin liegt ein Unterlassen des P, das in das Vorschlags- und Entscheidungsrecht des K eingreifen könnte (Art. 64 Abs. 1 GG).

Ein rechtserhebliches Unterlassen liegt vor.

IV. Antragsbefugnis

K müsste antragsbefugt sein.

Das Unterlassen der Ernennung des A und der B müsste die Rechte des K, die ihm durch das Grundgesetz übertragen wurden, verletzen oder unmittelbar gefährden.

Dem Kanzler kommt in Art. 64 Abs. 1 GG das Recht zu, die verschiedenen Minister*innen vorzuschlagen.

Dieses Recht kommt dem K gerade aufgrund dessen verfassungsrechtlicher Position als Kanzler zu. Indem P die Vorschläge des K nicht würdigt und A und B nicht ernennt, könnte dieses Recht des Kanzlers verletzt worden sein.

Eine Rechtsverletzung des K durch den P ist nicht völlig abwegig, die Antragsbefugnis ist gegeben.

V. Subjektives Rechtsschutzbedürfnis

Das subjektive Rechtsschutzbedürfnis des K ist durch die Antragsbefugnis indiziert.

VI. Form und Frist

Der Antrag müsste form- und fristgerecht sein.

Der Antrag zum Organstreitverfahren muss gem. § 23 Abs. 1 BVerfGG schriftlich und begründet sein, nach § 64 Abs. 2 BVerfGG muss außerdem die verletzte Norm des Grundgesetzes angegeben werden. Als Frist wird in § 64 Abs. 2 BVerfGG sechs Monate nach Bekanntwerden der Maßnahme oder Unterlassung festgesetzt.

Form- und Fristmäßigkeit des Antrags sind gegeben.

VII. Zwischenergebnis – Zulässigkeit

Der Antrag des K ist zulässig.

B. Begründetheit

Der Antrag ist begründet, wenn P die verfassungsrechtlich garantierten Rechte des K verletzt.

I. Beeinträchtigung einer verfassungsrechtlichen Rechtsposition

1. Gewährleistungsgehalt

K beruft sich auf sein Vorschlags- und Entscheidungsrecht, dieses könnte ihm durch den Art. 64 GG zustehen.

Aus dem Wortlaut des Art. 64 GG („werden“) ergibt sich, dass dieses Vorgehen von der Verfassung so vorgegeben ist, die Entscheidung liegt also allein beim Kanzler. Die Ernennung dieser Vorschläge muss durch den Bundespräsidenten erfolgen. Im Rückschluss ist dies somit ein Recht des Kanzlers auf die Entscheidung. Die Norm steht des Weiteren in dem Abschnitt über die Bundesregierung zwischen der Regelung der Wahl des Bundeskanzlers und der Verantwortung des Kanzlers für die Politik seiner Regierung. Systematisch lässt sich also ein Zusammenhang zu anderen Normen, die dem Kanzler Rechte verleihen, herstellen. Das Telos der Norm kann in der Legitimation der Minister gesehen werden. Der vom Bundestag gewählte Kanzler trifft die Entscheidung über die Minister und führt so die demokratische Legitimationskette fort. Es spricht also vieles für ein Vorschlags- und Entscheidungsrecht des K aus Art. 64 Abs. 1 GG.

Das Recht des K besteht.

2. Beeinträchtigung

K sieht dieses Recht durch P verletzt.

Indem P den A und die B nicht ernennt, verhindert er effektiv, dass K sein Vorschlags- und Entscheidungsrecht wahrnimmt.

Eine Beeinträchtigung des Rechts des K liegt vor.

II. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Die Beeinträchtigung könnte dennoch verfassungsmäßig sein, wenn das Unterlassen des P gerechtfertigt ist.

Dies könnte der Fall sein, wenn ihm ein Weigerungsrecht zukommt.

1. Bestehen einer Rechtsgrundlage

Ein Weigerungsrecht des P ist in Art. 64 GG nicht explizit enthalten.

Jedoch könnte sich ein solches Recht aus der Verfassung selbst und aus der Stellung des P als Bundespräsident ergeben. Der Bundespräsident ist durch seinen Amtseid (Art. 55 GG) an die Wahrung des Grundgesetzes gebunden. Eine Ernennung, die gegen das Grundgesetz verstößt, ist ihm also nicht zuzumuten.

Auch ist der Bundespräsident als Teil der Exekutive nach Art. 2 Abs. 3 GG „an Gesetz und Recht gebunden“. Hierin liegt zum einen und vor allem die Bindung an den Gesetzestext des Grundgesetzes („Gesetze“) aber auch die Bin-

dung an die grundlegenden Rechtsvorstellungen der Verfassung („Recht“). Hier wird auf die Gefahr des Auseinanderfallens von Gesetzen und Gerechtigkeit, als Gegenentwurf zur Weimarer Reichsverfassung (WRV), hingewiesen. Der Bundespräsident ist den Vorschriften des Grundgesetzes sowie der Rechtsvorstellung der Verfassung unterworfen.

Die Entscheidung des Kanzlers, welche Personen welche Positionen in seiner Regierung einnehmen, ist zu einem großen Teil eine politische Entscheidung. Dem Bundespräsidenten kann aufgrund seiner Bindung an die Verfassung also nur bei evidenten Verfassungsverstößen ein Weigerungsrecht zukommen. Eine politische Entscheidung kann somit kein Weigerungsrecht begründen. Dem P kommt ein Weigerungsrecht bei evidenten Verfassungsverstößen aus seiner Bindung an die Verfassung gem. Art. 56, 20 Abs. 3 GG zu.

2. Verfassungsmäßigkeit der Rechtsausübung

a) Bezüglich der B

P verweigert es, die B zu ernennen, da er sie für das Amt der Umweltministerin als nicht qualifiziert hält. Er hält sie als Justizministerin für qualifiziert. Aus dem Grundgesetz ergeben sich jedoch keinerlei Anforderungen an die Qualifikation eines Ministers. Ob eine Person für das Amt geeignet ist, ist eine rein politische Entscheidung. Diese darf jedoch nur der Kanzler treffen, Art. 64 Abs. 1 GG.

Dem P steht bezüglich der B kein Weigerungsrecht zu.

b) Bezüglich des A

P verweigert den A zu benennen, da dieser seiner Meinung nach ebenfalls nicht qualifiziert ist. Hier kommt jedoch als weitere Begründung hinzu, dass A einer beruflichen Tätigkeit nachgeht und dies auch noch nach seiner Ernennung als Minister tun wird. Dies ist jedoch ein Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Berufs- und Gewerbeverbot eines Ministers aus Art. 66 GG. Die Ernennung des A würde also zu einem Verfassungsverstoß führen.

Daher ist dem P hier ein Weigerungsrecht eröffnet.

3. Zwischenergebnis – Rechtfertigung

Das Unterlassen des P der Ernennung ist in Bezug auf den A gerechtfertigt, in Bezug auf die B jedoch nicht.

III. Zwischenergebnis – Begründetheit

Der Antrag ist nur bezüglich der Verweigerung der Ernennung der B begründet.

C. Ergebnis

Der Antrag ist zulässig und bezüglich der Verweigerung der Ernennung der B begründet.

In diesem Rahmen hat der Antrag Erfolg.

Zusatzfragen

Frage 1

Das aktuelle Wahlsystem zum Bundestag basiert auf Art. 38 GG. Dieser regelt die der Wahl zugrundeliegenden Wahlgrundsätze (allgemein, unmittelbar, frei, gleich, geheim, öffentlich) in Absatz eins und das aktive und passive Wahlalter in Absatz zwei. Alle weitergehenden Entscheidungen zum Wahlsystem sind einfachgesetzlich im Bundeswahlgesetz geregelt.

In den §§ 1-7 BWG werden alle grundlegenden Entscheidungen zum aktuellen Wahlsystem festgelegt. Die Bundestagswahl erfolgt zurzeit als personalisierte Verhältniswahl. Der Wahlberechtigte wählt mit seiner Erststimme seinen Wahlkreisabgeordneten (§ 4 BWG) und mit seiner Zweitstimme eine Landesliste (§ 4 BWG).

Die jeweiligen, über die Erststimme nach dem Mehrheitsprinzip gewählten, Kreisabgeordneten besetzen 299 Sitze im Bundestag (§ 1 Abs. 2 BWG). Die übrigen Abgeordneten werden, nach den durch die Zweitstimme bestimmten Anteilen, von den Landeslisten besetzt.

Erzielt eine Partei mehr Plätze im Parlament als ihr nach ihrem Anteil an Zweitstimmen zustehen, bleiben diese Plätze dennoch als sogenannte „Überhangmandate“ erhalten (§ 6 Abs. 4 S. 2 BWG). Um die hiervon bedingte prozentuale Verschiebung an Sitzen pro Partei auszugleichen, erhalten alle anderen Parteien sogenannte „Ausgleichsmandate“, bis das von den Zweitstimmen vorgegebene Verhältnis wieder erreicht wird (§ 5 Abs. 5 BWG).

Durch diesen Vorgang wird die verhältnismäßige Abbildung der Zusammensetzung des Parlaments zu den Ergebnissen der Zweitstimmen gewahrt (Verhältniswahl) und gleichzeitig das persönliche Element der Erststimme nicht vernachlässigt (Mehrheitswahl). Jedoch bringt dieses Wahlsystem eine stetige Erhöhung der Sitze im Bundestag mit sich.

Frage 2

Der Bundesrat hat gem. Art. 50 GG die Aufgabe, die Länder bei der Gesetzgebung und Verwaltung des Bundes und in Angelegenheiten der Europäischen Union mitwirken zu lassen. Der Bundesrat bringt die Interessen und Ziele der einzelnen Länder des Föderalstaats in die Gesetzgebung des Bundes ein und ist Teil der verschränkten Gewaltenteilung („checks and balances“) zwischen der Exekutive (die im Bundesrat vertretene Landesregierung) und der Legislative (Bundestag). Gem. Art. 53 GG kommt der Bundesregierung eine Kontrollfunktion im Bundesrat zu.

Juristische Tätigkeit in einem Umweltverband

Dr. Cornelia Karla Nicklas, Berlin*



Foto: Heidi Scherm

I. Einleitung

Die Schutzgüter Umwelt, Natur und Klima haben keine Stimme und keine den wirtschaftlichen Interessen vergleichbare Lobby. Sie sind unsere Lebensgrundlage und werden dennoch durch vielfältige gegenläufige Interessen und Aktivitäten gefährdet. Diesem Missstand versucht das Umwelt-, Natur- und Klimaschutzrecht seit vielen Jahren entgegenzuwirken. Dafür braucht es für die meisten dieser Regelungen den behördlichen Vollzug, um praktisch wirksam zu werden. Der Vollzug ist allerdings nahezu flächendeckend in Deutschland defizitär. Das hat verschiedene Ursachen, bleibt oftmals aber ungeahndet und folgenlos, da Umwelt-, Natur- und Klimaschutzgesetze (zumindest im Prinzip) keine subjektiven Individualrechte begründen. Einzelne Menschen können deshalb gerade gegen umweltrelevante Entscheidungen häufig keine Klagen erheben.

Umweltverbände können an dieser Stelle eine ganz wichtige Kontrollfunktion übernehmen. Auf Grundlage des Umweltrechtsbehelfsgesetzes (UmwRG) können sie Rechtsbehelfe nach Maßgabe der Verwaltungsgerichtsordnung einlegen, „ohne eine Verletzung in eigenen Rechten geltend machen zu müssen“ (§ 2 Abs. 1 Satz 1 UmwRG). Ein Verband, der diese Kontrollfunktion übernimmt, ist die Deutsche Umwelthilfe (DUH). Sie ist eine nach UmwRG anerkannte Vereinigung und führt seit mehreren Jahren zahlreiche Klageverfahren auf Bundes- und Landesebene, um Umwelt-, Natur- und Klimaschutzrechten zu ihrer Wirksamkeit zu verhelfen. Daneben stärkt sie als nach dem Unterlassungsklagengesetz klageberechtigte Organisation die Verbraucherschutzrechte, bildet Netzwerke und unterstützt politische Entscheidungsprozesse. Die DUH ist gemeinnützig, nichtstaatlich und unabhängig und auf nationaler und europäischer Ebene aktiv. Sie macht sich für nachhaltige Lebensweisen und Wirtschaftsformen stark, die ökologische Belastungsgrenzen respektieren. Gleichzeitig kämpft sie für den Erhalt der biologischen Vielfalt und den Schutz der Naturgüter sowie für den Klimaschutz. Die juristischen Aufgaben innerhalb einer solchen Umwelt- und Verbraucherschutzorganisation sind zahlreich und werden im Folgenden überblicksartig beleuchtet.

II. Juristische Tätigkeit in einer Umweltorganisation

Die juristische Tätigkeit in einer Umweltorganisation wie der DUH umfasst eine ganze Reihe von Handlungsfeldern, die das juristische Arbeiten insgesamt hochspannend und abwechslungsreich macht. Denn ganz oft wird fachjuristisches Wissen mit umweltpolitischen Themen verknüpft und mit einem hochmotivierten, interdisziplinär arbeitenden Team in die Praxis umgesetzt.

1. Beratung und Stellungnahmen zu Themen der DUH

Die DUH hat sechs Fachbereiche, die zu den Themen Energie und Klimaschutz, Verkehr und Luftreinhaltung, Naturschutz, Kreislaufwirtschaft, Kommunaler Umweltschutz und Verbraucherschutz arbeiten. Fragen aus den Fachbereichen an die Rechtsabteilung betreffen oft die Auslegung bestimmter Rechtsvorschriften oder vertraglicher Regelungen.

* Die Autorin ist Leiterin Recht der Deutschen Umwelthilfe e. V.

gen, die Erstellung von Anträgen auf Auskünfte nach dem Umweltinformations- oder dem Informationsfreiheitsgesetz oder auch die Einschätzung von behördlichen Auskünften, um das weitere Vorgehen zu klären. Daneben sind insbesondere vereinsrechtliche Fragen von Bedeutung sowie die Unterstützung bei der Beantwortung von Bürgeranfragen, die rechtliche Kontexte betreffen.

Unsere rechtliche Expertise ist auch bei Stellungnahmen für externe Institutionen gefragt. Sehr oft äußert sich die DUH mit schriftlichen Stellungnahmen in Gesetzgebungsverfahren. Dabei nimmt sie überwiegend bereits zu Referentenentwürfen der fachlich zuständigen Bundesministerien im Rahmen der Länder- und Verbändebeteiligung Stellung. Insbesondere fachübergreifende Gesetzesvorhaben, wie etwa eine Novellierung der Verwaltungsgerichtsordnung, des Umweltrechtbehelfsgesetzes, des Raumordnungsgesetzes oder des Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetzes, werden federführend von der Rechtsabteilung erstellt und um spezifische Informationen aus einzelnen Fachbereichen ergänzt. Häufig wird die Kommentierung mit entsprechender Presse- und Öffentlichkeitsarbeit begleitet. Diese Arbeit erfolgt stets in Zusammenarbeit mit dem Kommunikationsteam der DUH.

Im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsprozesses beobachten und flankieren wir die politische Diskussion und beziehen zu den Gesetzentwürfen erforderlichenfalls erneut Stellung. Wenn sich die Gelegenheit bietet, als Sachverständige in einem der fachlich zuständigen Ausschüsse des Bundestages oder der Landtage angehört zu werden, nehmen wir diese gerne wahr und teilen unser Fachwissen mit den Parlamentariern. Ziel ist dabei stets, umwelt-, naturschutz- und klimaschutzrelevante Gesetze weiterzuentwickeln und den bestmöglichen Schutz für die Umweltgüter auf Ebene der Gesetzgebung zu erreichen.

2. Vorbereitung und Begleitung von Klageverfahren

Wie eingangs erwähnt, ist der Vollzug umweltrelevanter Rechtsvorschriften oftmals defizitär, was im Ergebnis zu rechtswidrigen Entscheidungen der Behörden führen kann. Wenn eine Behörde beispielweise bei der Zulassung des Weiterbetriebs eines Braunkohletagebaus eine erforderliche Flora-Fauna-Habitat-Verträglichkeitsprüfung nicht oder fehlerhaft durchführt, führt dies zur Rechtswidrigkeit der Zulassungsentscheidung. Wie oben hervorgehoben, ermöglicht das Umweltrechtsbehelfsgesetz anerkannten Vereinigungen, Rechtsbehelfe gegen umweltrelevante Entscheidungen nach Maßgabe der Verwaltungsgerichtsordnung einzulegen. Die DUH hat dies beispielsweise in einem Eilverfahren gegen das Landesamt für Bergbau, Geologie und Rohstoffe des Landes Brandenburg wegen rechtswidrigen Weiterbetriebs des Tagebaus Jänschwalde im Jahr 2019 erfolgreich getan.¹ Stoßrichtung solcher Verfahren ist, die Einhaltung geltenden Rechts sicherzustellen.

Die DUH ist seit 2008 als Umweltvereinigung nach § 3 UmwRG vom Umweltbundesamt anerkannt. Sie führt vor allem Klagen für saubere Luft, für sauberes Wasser, zur Durchsetzung des Naturschutzes und Klimaklagen. Dabei geht es sowohl um die Anfechtung der Zulassung von Infrastrukturvorhaben als auch um Klagen, mit denen Behörden zum Erlass von Entscheidungen verpflichtet werden sollen. Das Ziel noch anderer Klagen ist es, umweltbezogene Pläne (z. B. Luftreinhaltepläne) inhaltlich zu verbessern. Die Klagen der Deutschen Umwelthilfe in 40 deutschen Städten zur Durchsetzung der „Sauberen Luft“ und damit Einhaltung des Grenzwerts für Stickstoffdioxid (NO₂) etwa sind bisher alle juristisch erfolgreich verlaufen und haben die Luftqualität in den betroffenen Städten nachweislich verbessert.

Angesichts der zahlreichen Verstöße gegen geltendes Recht bedarf es anfangs stets strategischer Vorüberlegungen, in welchen Fällen der Rechtsweg beschritten werden soll. Dazu werden zunächst Präzedenzfälle ausgewählt, die über den einzelnen Sachverhalt hinaus Bedeutung besitzen. Anschließend geht es darum, den – oftmals komplexen – Sachverhalt zu klären, die Erfolgsaussichten zu prüfen und die Finanzierung zu sichern. Die DUH wird in den Klageverfahren ausschließlich von externen Anwältinnen und Anwälten vertreten. Aufgabe der Rechtsabteilung und der Fachbereiche der DUH ist es, die Verfahren inhaltlich und strategisch mit vorzubereiten und zu begleiten, wichtige prozesstaktische Entscheidungen zu unterstützen sowie die begleitende Pressearbeit zu ergänzen.

3. Projektakquise und Projektarbeit

Neben den vorstehend genannten Tätigkeiten akquiriert und bearbeitet der Bereich Recht eigene Projekte. Diese können die Erstellung von Rechtsgutachten zu umweltrelevanten Themen betreffen oder auch die Bearbeitung rechtlicher Fragestellungen zu einem bestimmten Themenbereich, wie etwa dem Ausstieg aus der Kohleverstromung.

III. Fazit

Das Umwelt-, Natur- und Klimaschutzrecht bietet ein abwechslungsreiches, hochspannendes Tätigkeitsfeld für die berufliche Anwendung. Bei einem Umweltverband lassen sich fachjuristisches Wissen mit politischen Herausforderungen zur Bekämpfung von Umwelt-, Biodiversitäts- und Klimakrise sehr gut verknüpfen, auf Ebene der Gesetzgebung genauso wie in möglichen Klageverfahren zur Behebung diverser Vollzugsdefizite.

Voraussetzungen für diese anspruchsvolle Tätigkeit sind vor allem (1) gute Kenntnisse im Umwelt-, Natur- und Klimaschutzrecht, auch auf EU- und internationaler Ebene, (2) eine hohe Eigenmotivation, zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen beizutragen, (3) Vernetzung mit zahlreichen anderen Akteuren und Institutionen.

¹ OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 28.8.2019, OVG 11 S 51.19.

Professorenvorstellung

Prof. Dr. *Susanne Lilian Gössl*, LL.M. (Tulane).



Foto: Prof. Dr. Birke Häcker

Es freut mich sehr, seit dem 1.8.2022 zusammen mit Frau Professorin Birke Häcker Direktorin des Instituts für Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung in Bonn zu sein. Darüber hinaus lautet die Bezeichnung meines Lehrstuhls „für Deutsches, Ausländisches und Internationales Privatrecht und das Recht der Digitalisierung“ und dies beschreibt sehr gut meine wissenschaftlichen Interessen. Vorher war ich Professorin an der Universität zu Kiel, doch ist Bonn für mich keine völlig neue wissenschaftliche Betätigungsstätte – dazu gleich.

Fangen wir aber besser vorne an.

Geburt in Köln, Abitur in Erftstadt, Jurastudium in Köln. Man sieht, nicht besonders mobil oder international, aber

das änderte sich dann bald. Ursprünglich für Jura entschieden habe ich mich, um Staatsanwältin zu werden – ein Vorhaben, das ich dann aber während des Studiums Stück für Stück und im Referendariat endgültig aufgegeben habe. Da mir inzwischen im Rheinland etwas die Decke auf den Kopf fiel, verbrachte ich 2006 als Erasmusstudentin in Neapel (Italien). Sie erinnern sich vielleicht, dass dies das Jahr war, in dem Italien die Fußballweltmeisterschaft gewann, eine extrem intensive Erfahrung. Dass ich den gastgebenden Ländern Glück im Sport brachte, bestätigte sich später übrigens auch, nach dem Studium absolvierte ich 2009/2010 einen LL.M. in New Orleans, USA (Tulane University School of Law), und die New Orleans Saints gewannen in dieser Saison das erste und einzige Mal in ihrer Existenz den Super Bowl (im American Football). 2014 war ich dann in Deutschland, in Bonn, aber dazu gleich. :)

Mein Einstieg in die Wissenschaft und das IPR

Mit der Wissenschaft hatte ich bereits früh Kontakt, da ich ab dem dritten Semester als Studentische Hilfskraft am Institut für Medienrecht in Köln tätig war. Im vierten Semester kam ich dann im Grundkurs das erste Mal mit dem Rechtsgebiet des Internationalen Privatrechts in Berührung und war von der ersten Stunde an begeistert. Im Internationalen Privatrecht (IPR) geht es darum, zu bestimmen, welches Recht auf einen privatrechtlichen Sachverhalt mit internationalem Element anwendbar ist. Hiermit bekommt man einerseits einen differenzierten Blick auf die eigene Rechtsordnung, andererseits muss man auch in ausländischen Rechtsordnungen navigieren können, um einen internationalen Sachverhalt angemessen erfassen zu können. Bis heute gelingt es diesen beiden Elementen, mich immer wieder aufs Neue zu faszinieren.

Ich absolvierte den Kölner Schwerpunkt, der dem neuen Bonner Schwerpunkt VIII ähnelt, und erinnere mich bis heute daran als mit dem schönsten Teil meines Studiums – ich hoffe, Sie alle wählen ebenfalls einen Schwerpunktbereich, der Ihnen so viel Spaß macht.

Im Anschluss an den Master in New Orleans verbrachte ich drei Monate in Boulder, Colorado, und arbeitete dort für eine NGO, welche die damals weltweit aufflammende Piraterie bekämpfen wollte. Es wurde damals in meiner Universität, Tulane University, rekrutiert, weil die Fakultät

weltweit mit führend im See- und Seehandelsrecht ist. Piratenbekämpfung (noch dazu in dem innenliegenden Staat Colorado) fand ich damals so spannend und etwas bizarr, dass ich mich bewarb und auch genommen wurde.

Nach dem LL.M. begann ich eine Promotion bei Herrn Professor Mansel in Köln zu der Frage, welches Recht auf die Übertragung von digitalen Gütern anwendbar ist, also eine Frage des IPR. Meine Promotion überschneidet sich etwas mit meinem Referendariat in Hamburg. Diese Stadt hatte ich ausgewählt, weil ich im Seerecht weiter tätig werden wollte. Damals war ich mir noch unsicher, ob ich nicht statt der Wissenschaft lieber in die Praxis gehen und als Rechtsanwältin arbeiten sollte. Erst während des Referendariats, während ich eine Pause von meiner Promotion hatte, kristallisierte sich dann für mich deutlicher heraus, dass ich in der Wissenschaft bleiben wollte. Dies galt insbesondere, weil ich nach einer Station in der Weltbank in Washington, D.C., ziemlich sicher ausschließen konnte, in einer NGO oder zwischenstaatlichen Institution tätig zu werden – bis dahin hatte ich mir auch dies noch vorbehalten. Spätestens während meiner Wahlstation in einer Rechtsanwaltskanzlei in Santiago, Chile, stand dann für mich fest, dass ich in die Wissenschaft gehen wollte, ins IPR und allgemeine internationale Themengebiete.

Mein erster Kontakt mit dem Bonner Fachbereich

Es war ein großer und sehr glücklicher Zufall, dass just zu diesem Zeitpunkt Frau Professorin Dethloff in Bonn eine Stelle ausgeschrieben hatte, die genau auf mein Profil und meine Interessen passte. Ich bewarb mich nach der mündlichen Prüfung des 2. Staatsexamens noch aus Hamburg heraus und bereits im Vorstellungsgespräch war für uns beide klar, dass wir sehr gut persönlich und fachlich zusammenpassten.

Damit kehrte ich 2014 ins Rheinland zurück, ans Bonner Institut für Deutsches, Europäisches und Internationales Familienrecht. Meine Habilitationsschrift widmete ich der Frage, wie das deutsche Zivilverfahrensrecht auf die materiellrechtliche Harmonisierung des Verbraucherrechts reagieren muss, damit nicht verfahrensrechtliche Kniffe dazu führen, dass das materiellrechtliche Verbraucherrecht faktisch nicht durchgesetzt werden kann. Zu dem Thema hatte ich im Referendariat bei der Anwaltsstation in einer Großkanzlei gefunden, als ich die andere Seite und die Möglichkeiten des Verfahrensrechts kennengelernt hatte. Daneben begann ich, mein internationales Netzwerk zu erweitern und mit Wissenschaftler*innen insbesondere aus verschiedenen europäischen und lateinamerikanischen Ländern zusammenzuarbeiten.

Von Gent nach Kiel und zurück nach Bonn

2018/2019 mündete eine solche Bekanntschaft darin, dass ich in Gent, Belgien, zur Gastprofessorin für das akademi-

sche Jahr ernannt wurde und Zeit in dieser schönen Stadt verbringen konnte. Parallel hierzu erhielt ich einen Ruf an die Christian-Albrechts-Universität zu Kiel auf eine Professur für Bürgerliches Recht und die Digitalisierung im deutschen, ausländischen und Internationalen Privatrecht, welche ich vom 1.1.2020 bis zum Sommer 2022 innehatte. Leider begann 2020 auch die Zeit der Pandemie und der Lockdowns, sodass ich mir die neue Fakultät anfangs primär digital zu erschließen hatte. Auf der anderen Seite erleichterte die Pandemie es, digitale Elemente in der Lehre zu integrieren, sodass ich hoffe, dass auch in den kommenden, hoffentlich lockdown-losen Jahren weiterhin ein Teil der Lehre digitalisiert bleiben und das Präsenzangebot ergänzen wird. Meine Zeit in Kiel war nur von kurzer Dauer, denn bereits 2021 erhielt ich u. a. auch einen Ruf von der Universität Bonn auf die Direktor*innenstelle am Institut für Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung. Da meine Familie im Rheinland lebt und ich die Bonner Fakultät natürlich von meiner Habilitation noch gut kannte und schätzte, entschied ich mich für eine Rückkehr und habe diese Entscheidung bisher nicht bereut.

Die zukünftigen Vorhaben in Bonn

Ganz besonders freue ich mich darüber, dass etwa zeitgleich mit mir auch Frau Professorin Birke Häcker (siehe Vorstellung auf S. 71 f.) den Ruf an das Institut für Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung angenommen hat, da wir uns fachlich hervorragend ergänzen und auch sonst bisher wunderbar zusammenarbeiten.

So haben wir auch die Leitung des bisherigen Schwerpunktbereichs 5 und des neuen Schwerpunktbereichs VIII übernommen, der zukünftig einen Fokus auf der Rechtsvergleichung, dem Internationalen Privatrecht und dem Europäischen Privatrecht haben wird. Mein Fokus wird auf dem Internationalen Privat- und Verfahrensrecht liegen. Hier haben Sie Gelegenheit, bereits im Studium mit anderen Rechtsordnungen in Berührung zu kommen bzw. mit den internationalen Konstellationen, welche Gerichte, Kanzleien und andere Bereiche der Rechtspraxis bereits heute regelmäßig bewältigen müssen.

Darüber hinaus bietet der Schwerpunkt verschiedene Einführungen in ausländische Rechtsordnungen. Der Schwerpunktbereich wird Ihnen – wie ich aus eigener Erfahrung weiß – in der Praxis viele Türen öffnen, da mehr und mehr Sachverhalte nicht mehr rein national gedacht werden können und Vorkenntnisse im IPR, in ausländischen Rechtsordnungen und im EU-Privatrecht in der Praxis extrem willkommen und selten sind.

In Bonn werde ich mich meiner Professur entsprechend primär dem Internationalen Privatrecht, der Rechtsvergleichung und Fragen der Digitalisierung widmen. Im letzteren Bereich bin ich insbesondere im Bereich der Künstlichen Intelligenz (KI) und ihrer Regulierung aktiv und habe für das Land Schleswig-Holstein gerade mit einer zukünftigen Doktorandin eine Handreichung verfasst, wie der Einsatz von KI-Systemen möglichst diskriminierungsfrei gehalten

werden kann – denn KI tendieren dazu, gesellschaftliche Vorurteile zu übernehmen und auszudehnen, wenn dem nicht aktiv entgegengewirkt wird. Im Internationalen Privatrecht liegt mein Fokus auf allgemeinen Grundlagenfragen, dem sogenannten „Allgemeinen Teil“ des IPR und theoretischen/methodischen Fragen, die sich u. a. aus der allgemeinen Europäisierung des Rechts ergeben. Insbesondere gehe ich hier sehr gerne rechtsvergleichend vor, d. h. ich schaue mir sowohl die Sachrechtsordnungen als auch die Kollisionsrechte anderer Staaten an.

Darüber hinaus freue ich mich, an der Fakultät und auch der Universität Anschluss an andere Disziplinen zu finden – einerseits natürlich die Volkswirtschaft an der Fakultät und andererseits andere Fakultäten, die sich ebenfalls den hochaktuellen Themen Digitalisierung und Globalisierung widmen. Zusammen mit meiner Kollegin, Frau Professorin Birke Häcker, freue ich mich auch darauf, am Institut für Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung Gastwissenschaftler*innen begrüßen zu können und hierüber in Austausch mit Wissenschaftler*innen aus anderen Rechtsordnungen zu kommen.

Ich freue mich bereits auf die auf mich zukommenden Monate und darauf, möglichst viele von Ihnen insbesondere in Vorlesungen aber vielleicht auch bei anderen Veranstaltungen kennenlernen zu können.

Professorenvorstellung

Prof. Dr. Birke Häcker, M.A. (Oxford).



Foto: Laurenz Bostedt

Seit 1.1.2023 leite ich als Inhaberin einer Schlegel-Professur für Bürgerliches Recht, Common Law und Rechtsvergleichung gemeinsam mit Prof. Dr. Susanne Gössl das Institut für Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät im Ostturm des Juridicums (2. Stock).

Mein Dienstantritt in Bonn war für mich eine Art „Heimkehr“ – oder jedenfalls die Rückkehr an eine *alma mater*, an der ich vor mittlerweile zwei Jahrzehnten vier glückliche Studienjahre verbringen durfte. Ich stamme zwar nicht aus dem Rheinland, sondern aus dem süddeutschen Raum, habe aber den größten Teil meines deutschen Jurastudiums in Bonn absolviert.

Nach Bonn brachte mich ursprünglich der Zufall. Eigentlich hatte ich mich nach dem Abitur nämlich um einen

Studienplatz an der Universität Oxford in Großbritannien beworben. Als ich das dortige Aufnahmeverfahren erfolgreich durchlaufen und das Studium in Oxford im Herbst 1997 angetreten hatte, war ich zunächst einmal damit beschäftigt, mir Kenntnisse des englischen Rechts anzueignen. Da mein Studiengang („Law with Law Studies in Europe“) allerdings auch ein Erasmusjahr im europäischen „Ausland“ vorsah und mir unter mehreren deutschen Partneruniversitäten Bonn zugewiesen wurde, kam ich im Wintersemester 1999-2000 erstmals an die Rheinische-Friedrich-Wilhelms-Universität. Ich hatte das große Glück, in diesem Erasmusjahr als studentische Hilfskraft bei Prof. Dr. Dr. h.c. (mult.) Günther Jakobs im (damaligen) Rechtsphilosophischen Seminar ganz oben im Westturm tätig sein zu können. Professor Jakobs ermutigte mich, nach Abschluss des englischen Jurastudiums auch das deutsche Studium zu Ende zu führen.

Tatsächlich überschneiden sich die beiden rechtswissenschaftlichen Studiengänge – der englische und der deutsche – praktisch gar nicht, außer im Europarecht (und selbst diese Materie wurde unterschiedlich vermittelt: während man sie in Oxford eher aus der Perspektive des maßgeblichen Fallrechts betrachtete, orientierte man sich in Bonn viel stärker am Raster der einschlägigen Normen). So kehrte ich im Sommer 2001 zurück nach Bonn und schloss das hiesige Studium 2004 mit dem ersten Staatsexamen ab.

Damit war das Hin und Her zwischen den beiden unterschiedlichen Rechtswelten aber noch lange nicht beendet. Zwischenzeitlich hatte sich für mich durch die Aufnahme als sog. „Examination Fellow“ am All Souls College nämlich die Möglichkeit ergeben, in Oxford eine Promotion zu schreiben. Das tat ich zwischen 2004 und 2007 mit einer rechtsvergleichenden Arbeit zu diversen Strukturfragen, die sich im Zusammenhang mit Willensmängeln bei der Mobiliarübereignung im deutschen und englischen Recht stellen (Anfechtungsgründe, Abstraktionsprinzip, Bereicherungsrecht, EBV, gutgläubiger Erwerb). Nach Abschluss der Dissertation blieb ich noch ein weiteres Jahr in Oxford, um dort zu lehren und die Dissertation zu einer Monographie auszubauen (2009 bei Mohr Siebeck erschienen unter dem etwas sperrigen, dafür aber präzisen Titel *Consequences of Impaired Consent Transfers: A Structural Comparison of English and German Law*).

Von 2009 bis 2011 absolvierte ich das Referendariat in München und war nebenbei an der dortigen Ludwig-Maximilians-Universität als Mitarbeiterin tätig. Anschließend

wechselte ich als wissenschaftliche Referentin ans Münchener Max-Planck-Institut für Steuerrecht und Öffentliche Finanzen zu Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Schön (ein ehemaliger Bonner Professor, den ich bis dahin allerdings nur vom Sehen kannte). In der von Professor Schön geleiteten Abteilung für Unternehmens- und Steuerrecht war ich, meiner Ausbildung entsprechend, für die Schnittstellen mit dem allgemeinen Zivilrecht und für die Rechtsvergleichung zuständig. Zugleich gewann ich viele spannende Einblicke in unternehmens- und steuerrechtliche sowie ökonomische Fragestellungen, die mit dem Privatrecht verzahnt sind und mit ihm in vielfacher Weise interagieren. Besonders bereichernd war zudem die interdisziplinäre Ausrichtung des Max-Planck-Instituts. Wie auch in Bonn arbeiten dort international erfahrene Wissenschaftler(innen) mit juristischer und volkswirtschaftlicher Expertise unter einem Dach und sehr gerne zusammen.

Im Jahr 2015 erhielt ich einen Ruf auf den Lehrstuhl für Rechtsvergleichung an der Universität Oxford, dem ich folgte. So kommt es, dass ich von 2016 bis zu meinem Dienstantritt in Bonn wieder an meiner britischen *alma mater* forschte und lehrte. Ab 2018 leitete ich zusätzlich mit großer Begeisterung das Oxforder *Institute of European and Comparative Law*, welches u. a. die Austauschprogramme der juristischen Fakultät organisiert und verwaltet (so auch den Austausch mit Bonn).

In Bonn hat sich seit meiner Studienzeit einiges verändert, während anderes gleich geblieben ist. Der Rhein fließt stetig wie eh und je, und das Juridicum bedarf immer noch dringend der Sanierung. Andererseits beginnen die Vorlesungen jetzt bereits um 8.30 Uhr statt erst um 9 Uhr c. t. und werden nun fast alle mit einer Klausur abgeschlossen. Weiterhin sehr beeindruckend sind die Vielfalt und das Niveau der angebotenen Kurse sowie die Qualität der Bonner Forschung. Alles ist mittlerweile indes deutlich internationaler ausgerichtet. Die kurz vor meinem ersten Examen neu eingeführten universitären Schwerpunktbereiche haben sich stark ausdifferenziert und werden gerade einer weiteren Reform unterzogen, die zum Sommersemester 2023 in Kraft treten soll.

Gemeinsam mit meiner Kollegin Frau Professorin Susanne Gössl (siehe Vorstellung auf S. 68 ff.) organisiere und verrete ich zukünftig den neuen Schwerpunktbereich VIII, den alten SPB 5, welcher sich der Rechtsvergleichung und dem Internationalen Privatrecht widmet. Er umfasst dabei auch das Europäische Privatrecht, diverse inter- und transnationale Fragestellungen sowie die Einführung in andere Rechtsordnungen. Ich selbst werde im neuen Schwerpunkt daher neben explizit rechtsvergleichenden Veranstaltungen eine vertiefte Einführung in das (englische) sog. *Common Law* anbieten.

In der juristischen Ausbildung ist es hilfreich, ab und zu über den Tellerrand des eigenen Systems hinauszublicken, um eine breitere Perspektive zu gewinnen. Das rückt manch nationale Debatte in ein grundsätzlicheres und zuweilen vollkommen neues Licht. Überdies werden Sprachkompetenzen und eine gewisse interkulturelle Erfahrung in der globalisierten Arbeitswelt (nicht nur) im juristischen

Bereich immer wichtiger. Deshalb sind im neuen Schwerpunkt mehrere Veranstaltungen auf Englisch und – je nach inhaltlicher Ausrichtung – ggf. auch in anderen Fachsprachen vorgesehen. Sie sollen die in der Juristenausbildung ohnehin geforderten Fremdsprachenkenntnisse (§ 7 Abs. 1 Nr. 3 JAG NRW) sinnvoll begleiten und ergänzen.

In der Forschung will ich mich weiterhin vor allem dem Kernzivilrecht in allen seinen Facetten widmen, besonders den allgemeinen Lehren sowie dem Vertrags-, Delikts-, Bereicherungs-, Sachen- und Erbrecht, und zwar sowohl im deutschen als auch im englischen System. Biographisch bedingt ist mein Ansatz dabei fast immer rechtsvergleichend (man kommt bei einer Verwurzelung in zwei Rechtswelten kaum darum herum, alles durch die Brille der beiden verschiedenen Systeme zu betrachten) und außerdem häufig historisch eingebettet. Darüber hinaus gilt mein besonderes wissenschaftliches Interesse der Vergleichung verschiedener *Common-Law*-Systeme („Comparative Common Law“), also der Frage, wie genau sich diese weltweit verbreiteten Rechtsordnungen zueinander verhalten und – trotz des gemeinsamen Ursprungs – mittlerweile voneinander unterscheiden.

Institutionell ist es mir ein Anliegen, die internationale Vernetzung der Bonner Fakultät und ihrer Studierenden zu unterstützen und weiter voranzutreiben. Bereits jetzt gibt es diverse Kooperationen und wunderbare Austauschprogramme mit anderen Universitäten, besonders im Rahmen von Erasmus+, dessen Vorläufer mich selbst einst nach Bonn brachte. In Ergänzung dieser existierenden Verbindungen soll am Institut für Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung nunmehr ein Gästeprogramm entstehen, das herausragenden Wissenschaftler(inne)n aus aller Welt die Möglichkeit bietet, einige Zeit in Bonn zu forschen und mit hiesigen Kolleg(inn)en und Bonner Studierenden in Kontakt zu treten.

Ich freue mich sehr auf meine neuen Aufgaben in Bonn, danke allen, die mir das Wiedereinleben durch ihr herzliches Willkommen so angenehm und leicht gemacht haben, und hoffe, möglichst viele der studierenden Leser(innen) in der ein oder anderen Veranstaltung bald kennenzulernen!

Professorenvorstellung

Prof. Dr. *Shu-Perng Hwang*, LL. M. (Columbia)



Foto: Gregor Hübl

Seit dem 1. Oktober 2022 bin ich Inhaberin der Schlegel-Professur für Öffentliches Recht, Rechts- und Verfassungstheorie sowie Rechtsvergleichung an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Zuvor war ich Ausgezeichnete Forschungsprofessorin (*Distinguished Research Fellow*) für Verfassungs- und Verwaltungsrecht an dem Forschungsinstitut Academia Sinica in Taipeh/Taiwan. Anlässlich des Rufes an die Universität Bonn, der mich sehr gefreut hat, habe ich mich nach sorgfältiger Überlegung für den großen Wechsel von Taiwan nach Deutschland entschieden. Diese Entscheidung ist eng verbunden mit der Tatsache, dass meine Forschungsinteressen schon seit längerem auf deutsches und europäisches Recht fokussiert sind.

Nach Abschluss meines Jurastudiums an der National Taiwan University in Taipeh/Taiwan, wo ich sowohl einen Bachelor's als auch ein Master's Degree erhalten hatte, studierte ich Rechtswissenschaften weiterhin an der Columbia University in New York/USA, an der ich einen

LL. M. (Master of Laws) abgeschlossen habe, sowie an der Ludwig-Maximilians-Universität München, wo ich den Dokortitel erlangt habe. Entsprechend meinen Ausbildungshintergründen hatte ich für meine Dissertation ein Thema gewählt, welches überall für hochspannend gehalten wird und doch in verschiedenen Rechtsordnungen sehr unterschiedlich behandelt worden ist. Dabei handelt es sich um die Problematik der Kompetenzabgrenzung zwischen dem Verfassungsgericht und dem Gesetzgeber. In meiner Dissertation habe ich versucht, dieser Problematik aus einer rechtsvergleichenden Perspektive, und zwar im Lichte des Vergleichs zwischen dem deutschen und dem US-amerikanischen Verfassungsrecht nachzugehen. Im Gegensatz zu einigen rechtsvergleichenden Schriften ist diese Dissertation dadurch gekennzeichnet, dass sie sich – über rein deskriptive Rechtsvergleichung hinaus – als eine eigentliche, sozusagen funktionelle Rechtsvergleichung darstellt, indem sie darauf abzielt, durch eine kontextbewusste Untersuchung der US-amerikanischen Erfahrungen die deutsche Debatte um die Kompetenzabgrenzung von Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung kritisch zu examinieren und aufzuklären. Gerade im Lichte dieser eigentlichen Rechtsvergleichung ist sie davon überzeugt, dass die Gewaltenteilung zwischen dem Verfassungsgericht und dem Gesetzgeber in Deutschland stets die kontinentaleuropäische Tradition der Gegenüberstellung von Rechtsanwendung und Rechtsetzung zugrunde zu legen hat. Diese Dissertation wurde mit dem Fakultätspreis der Universität München und dem Promotionspreis der Münchener Juristischen Gesellschaft ausgezeichnet.

Nach dem Promotionsstudium kehrte ich nach Taiwan zurück und begann als Professorin für Öffentliches Recht an der Chung Yuan Christian University (Chungli/Taiwan) zu unterrichten und zu forschen. Im Februar 2007 wechselte ich an die Academia Sinica (Taipeh/Taiwan) und war dort als Forschungsprofessorin tätig. Im Jahr 2008 hatte ich von der Alexander von Humboldt-Stiftung ein Forschungsstipendium bekommen, mit dem ich mich von Februar bis Oktober 2009 und von Mai 2011 bis Januar 2012 als Gastwissenschaftlerin an der Universität München aufhalten konnte. Dank dieses Forschungsaufenthaltes konnte ich mein Buchprojekt durchführen und mich gezielt mit dem Forschungsthema rund um die institutionelle Funktion der unbestimmten Rechtsbegriffe vor allem im Bereich des Umweltrechts und des Telekommunikationsrechts beschäftigen. Die aus diesem Projekt entstandene Monographie, „Bestimmte Bindung unter Unbestimmtheitsbedingungen“

(Mohr Siebeck 2013), vertritt ein rahmenorientiertes Verständnis für das Wesen des Rechts und das Verhältnis zwischen Rechtsnormen höherer und niederer Stufe. Mit diesem rahmenorientierten Theorieansatz versucht sie zu zeigen, weswegen und wie die unbestimmten Rechtsbegriffe trotz oder gerade wegen ihrer semantischen Unbestimmtheit ihre Bindungskraft gegenüber den Verwaltungsbehörden und den Gerichten entfalten sollen. Diese Monographie wurde mit dem von der Academia Sinica verliehenen Buchpreis ausgezeichnet.

Mit dem ursprünglich von Hans Kelsen inspirierten und in der vorgenannten Monographie bereitgestellten rahmenorientierten Theorieansatz hatte ich vor, diesen nicht lediglich im nationalen Verwaltungsrecht zu verwenden, sondern ihn umfassender auf die Untersuchung von verfassungsrechtlichen und von europarechtlichen Debatten anzuwenden. Zu diesem Zweck habe ich im Jahr 2018 und 2020 zwei weitere Monographien veröffentlicht, die die früher konzipierte Rahmentheorie jeweils im Verfassungsrecht und Europarecht weiterentwickeln. Die 2018 erschienene Monographie, „Verfassungsrechtsordnung als Rahmenordnung“ (Mohr Siebeck 2018), analysiert, vor welchen ideengeschichtlichen Hintergründen und wie der bisher im deutschen Verfassungsrecht weitverbreitete Materialisierungsansatz entwickelt worden ist, und warum bzw. inwiefern dieser sich als grundrechtlich bedenklich erweist. Die 2020 wiederum bei Mohr Siebeck publizierte Monographie, „Europarechtsordnung als Rahmenordnung“, erklärt, wie der sogenannte Dualismus die herrschende Auffassung des Verhältnisses von nationalem, supranationalem und internationalem Recht geprägt hat, und welche Probleme er ausgelöst hat. Demgegenüber plädiert sie für ein rahmenorientiertes, entmaterialisiertes und in diesem Sinne monistisches Verständnis des europäischen Mehrebenensystems, wobei die individuelle Freiheit in den Mittelpunkt gestellt werden soll. Mit der Fertigstellung dieser Monographien ist es mir gelungen, die Rahmentheorie vollständiger zu entwickeln und überzeugender darzustellen.

Auf der Grundlage der oben vorgestellten Forschungsergebnisse habe ich mich in den letzten Jahren mit einzelnen aktuellen Fragen der Demokratietheorie, der Interpretationstheorie und der Gewaltenteilung beschäftigt. In methodologischer Hinsicht interessiert mich vor allem die Frage, ob und wie die Entlarvung des fiktiven Charakters des Rechts dazu beitragen könnte oder sollte, das nach wie vor weit verbreitete Willensdogma endgültig zu überwinden und dadurch viele Probleme überzeugender zu lösen. Mit meinem Wechsel an die Universität Bonn ist es mein Anliegen, durch die Aufklärung des fiktiven Charakters des juristischen Willensbegriffs die Rahmentheorie weiter zu vertiefen, damit sie in der Lage wäre, zur Verbesserung gesamteuropäischer Rechtsstaatlichkeit, Grundrechte und Demokratie beizutragen.

Klausurtechnik im Ersten Staatsexamen

Kathrin Rieger, Bonn*

Die Klausurenklinik des Bonner Examenskurses bietet mit der Individualberatung, den Klausurenklinik-Podcasts und der Klausuren-AG eine Vielfalt von Angeboten, die sich an Studenten in der Examensvorbereitung richten und die auf die Schwierigkeit der Umsetzung des erlernten materiellen Examensstoffes in der Klausurbearbeitung reagieren. Die Klausurenklinik ergänzt damit das Angebot des Bonner Examenskurses um eine spezifisch klausurtechnische Komponente.

Die Klausurtechnik für fünfstündige Examensklausuren muss von Examenskandidaten in der Regel im Laufe der Vorbereitung auf das Erste Examen erlernt werden. Allerdings kann das Handwerkszeug dafür nicht auf Karteikarten geschrieben und auf diese Weise wiederholt werden. Das Bearbeiten von komplexen Sachverhalten im Gutachtenstil will vor allem geübt werden. Der Bonner Examenskurs bietet zu diesem Zweck einen Klausurenkurs an, in dem Examenskandidaten das erlernte Wissen und die eingeübte Klausurtechnik unter Beweis stellen können. Nicht selten ist allerdings zu beobachten, dass Bearbeiter zwar über fundierte Kenntnisse im materiellen Recht verfügen, es ihnen allerdings nicht gelingt, diese in den Klausuren ausreichend darzustellen. Dieser Prozess wirkt sich oftmals frustrierend und demotivierend auf die Examenskandidaten aus, die viel Zeit und Energie in ihre Examensvorbereitung stecken und dennoch keine Verbesserung der durchschnittlichen Bewertungen ihrer Probeklausuren erleben.

Das Anwenden der richtigen Klausurmethodik kann den Examenskandidaten in der Regel viel Lernaufwand ersparen. Durch den richtigen Umgang mit wenig bekannten oder gar gänzlich unbekanntem Problemen können diese ohne zusätzliches Auswendiglernen von Details souverän bearbeitet werden. Auch bereits bekannte Fragestellungen können durch eine gute Klausurtechnik auf höherem Niveau eingebunden und dargestellt werden.

Das juristische Studium zeichnet sich insbesondere durch die Schwierigkeit aus, dass das Examen, die entscheidende Prüfung, fundierte Kenntnisse in einer Vielzahl von Rechtsgebieten verlangt und sich inhaltlich auf das gesamte zurückliegende Studium bezieht. Eine Prüfungsvorbereitung

kann nicht gelingen, wenn die in einem Semester erlernten Fächer in einer darauffolgenden Klausurphase präsent sind, in der Folgezeit aber schnell wieder verdrängt werden. Selbst wenn es dem Examenskandidaten gelingen würde, alle in der Vorbereitung besprochenen Probleme erlernt zu haben, würde er dennoch mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit im Examen auf Fallkonstellationen stoßen, mit denen er sich noch nie beschäftigt hat. Um mit dieser Situation umgehen zu können, ist es notwendig, dass neben dem Erlernen der Grundlagen und der klassischen Probleme das „juristische Handwerkszeug“ beherrscht wird. Wie dieses Handwerkszeug konkret auszusehen hat, wird allerdings nur selten wirklich aufgeklärt.

Um mit unbekanntem Fallkonstellationen umgehen zu können, wird zum einen ein Beherrschen der grundlegenden Zusammenhänge des Examensstoffes verlangt. Dies kann vor allem in den universitären Lehrveranstaltungen geschehen, die darauf ausgelegt sind, schon ab dem ersten Semester ein Erlernen des Gesamtbildes zu ermöglichen. Unterstützend stehen daneben die Arbeitsgemeinschaften, die die Umsetzung des Wissens in einem Klausurfall trainieren. Mit fortschreitender Studienzeit ist allerdings zu beobachten, dass sich die Vorbereitung vieler Studenten auf das Auswendiglernen von Einzelproblemen beschränkt. Dies ist oftmals dem Umstand geschuldet, dass diese Vorgehensweise für die einzelne Lehrveranstaltung und das daraufhin punktuell abgefragte Wissen erfolgreich zu sein scheint. Sie versagt allerdings, wenn in der Examensvorbereitung die einzelnen Stränge zu einem Gesamtbild zusammenlaufen müssen. Zusätzlich suggerieren manche Angebote und Materialien auf dem umfangreichen Markt der Unterlagen zur Examensvorbereitung, dass ein gelungenes Examen vor allem durch das Lesen möglichst vieler Fallkonstellationen und deren rechtlicher Bewertung gelingen wird. Ohne Zweifel kann das Nachvollziehen der Rechtsprechung einen hervorragenden Wiederholungseffekt leisten – ohne ein Grundverständnis für die dort behandelte Materie stellt es sich allerdings in vielen Fällen als bloße Zeitverschwendung dar. Nicht verschwiegen werden soll auch, dass manche Probleme in der vorgegebenen Zeit von fünf Stunden nur mit Kenntnis der zu Grunde liegenden Problematik und der vertretenen Argumentationslinien zu bewältigen sind. Der allgemeine Trend in den Examensklausuren scheint sich dankenswerterweise allerdings immer weiter dahin zu entwickeln, dass sich diese „klassischen“ Probleme häufig wiederholen und es kaum noch

* Die Autorin hat Rechtswissenschaft an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn studiert und ist seit 2021 als wissenschaftliche Mitarbeiterin in der Klausurenklinik tätig.

Klausuren gibt, die ausschließlich diese zumeist durch die Bearbeiter auswendig gelernten Fallkonstellationen abfragen. Vielmehr wird von dem Klausurbearbeiter in den meisten Fällen verlangt, mit juristischem Grundlagenverständnis und einer strukturierten Arbeitsweise zu der Einbindung und Bearbeitung einer Mischung aus bekannten und unbekanntem Problemen zu gelangen. Nicht selten sind daher auch, insbesondere in Klausuren des Zivilrechts und des Öffentlichen Rechts, ein Großteil der zu diskutierenden rechtlichen Standpunkte im Sachverhalt ausdrücklich angelegt.

Diesen Anforderungen gilt es demnach mit einer guten Mischung aus erlerntem Wissen und gelungener Klausurtechnik zu begegnen. Dennoch stehen viele Examenskandidaten zu Beginn der Examensvorbereitung vor dem scheinbar unlösbaren Problem, sich einen Weg durch das Dickicht der verschiedenen Empfehlungen zur Klausurbearbeitung zu schlagen. So hört der Klausurbearbeiter zuweilen den Ratschlag, es solle um jeden Preis vermieden werden, eine in der Klausur dargestellte Literaturansicht als „eine Meinung“ oder „andere Ansicht“ zu bezeichnen. Soll in der Klausur dann allerdings einer der klassischen Meinungsstreitigkeiten zwischen der höchstinstanzlichen Rechtsprechung und der überwiegenden Ansicht in der Literatur dargestellt werden und befolgt der Klausurbearbeiter den soeben wiedergegebenen Ratschlag, kann es durchaus vorkommen, dass der Korrektor die fehlende Zuordnung und Benennung der von ihm dargestellten Ansichten bemängelt. Oftmals wird der Examenskandidat auch gesagt bekommen, er könne (mit guter Argumentation) jedes Ergebnis in der Klausur vertreten. In manchen Fällen führt allerdings nur der Weg der „herrschenden“ Ansicht an einer Stelle ohne Umwege zu den weiteren im Sachverhalt angelegten Problemen. Große Unsicherheit herrscht auch bei der Verwendung des richtigen Stils im zu fertigenden Gutachten. Soll die gesamte Klausur im sogenannten Gutachtenstil verfasst werden? Wann ist es erlaubt, Passagen zu kürzen, zu verknappen oder sogar ganz wegzulassen? Wie werden Schwerpunkte in der Klausur gesetzt? Wie wird ein gefundenes Problem richtig aufgebaut und dargestellt? Und nicht zuletzt: wie ist es zu schaffen, dies in der vorgegebenen Zeit umzusetzen?

Eine gelungene Klausurtechnik beginnt schon beim Lernen des Examensstoffes. Statt Probleme nur inhaltlich nachzuvollziehen und auswendig zu lernen, sollten sie hinterfragt und gedanklich in Kategorien eingeordnet werden. Welches Tatbestandsmerkmal oder welcher Aspekt einer Definition ist von dem Meinungsstreit betroffen und welche Rechtsfolge ergibt sich daraus? Handelt es sich um ein Problem, das den Maßstab oder die Rechtsfolge einer Norm betrifft oder ist der Maßstab unumstritten und es soll ein umfangreicher Sachverhalt subsumiert werden? Wie könnte eine Einleitung in einem potenziellen Klausurfall präzise erfolgen und auf welche Weise muss das Problem dargestellt werden? Darf die Argumentation konkret am Fall erfolgen oder muss das Problem abstrakt für eine Viel-

zahl von Fallkonstellationen geklärt werden? Das Nachvollziehen der verschiedenen Anknüpfungspunkte von Problemen ermöglicht es auch, bei der Bearbeitung von Klausuren und dem „Abarbeiten“ von Schemata einen gewissen Ankereffekt zu nutzen, der das Erkennen von klassischen Fragestellungen in unbekanntem Sachverhalten vereinfacht. Gleichzeitig wird der Umgang mit unbekanntem Konstellationen geschult.

In der Klausurbearbeitung ist die Anknüpfung am Sachverhalt statt an der zu prüfenden Rechtsfolge eine der häufigsten Fehlerquellen. Oft zu beobachten ist auch das Fehlen der Arbeit mit dem Gesetz. Das Gesetz sollte stets den Ausgangspunkt und auch die Grenze der Bearbeitung bilden. Stattdessen lässt sich bei vielen Bearbeitungen schon an fehlenden Normzitierten und falschen Formulierungen in Obersätzen erahnen, dass die entsprechende Norm von dem Klausurbearbeiter (wenn überhaupt) nur überflogen worden ist. Statt die Tatbestandsmerkmale und die Rechtsfolge dem Gesetz zu entnehmen und sich damit auch erheblichen Lernaufwand zu ersparen, wählen viele Bearbeiter den Weg des fehleranfälligen und zeitintensiven Auswendiglernens. Spätestens dann, wenn die Klausurlösung die Anwendung einer unbekanntem Norm erfordert, kommt diese Taktik allerdings an ihre Grenzen.

Ein weiterer Fehler, der aus der übermäßigen Konzentration auf „Examensklassiker“ resultiert, ist das Verkennen des „roten Fadens“ der Klausur. In vielen Bearbeitungen scheint es dem Examenskandidaten darum gegangen zu sein, möglichst viel Erlerntes in die Lösung einzubringen. Nicht immer deckt sich das, was der Bearbeiter gerne zu Papier bringen will, mit dem Anforderungsprofil der konkreten Klausur. Vielen Bearbeitern gelingt es darüber hinaus meist nicht, im Sachverhalt angelegte Probleme sauber in ihr Gutachten einzubinden.

Bei der Formulierung des Gutachtens scheint schließlich oftmals die Fehlvorstellung zu herrschen, ein vermeintlicher Gutachtenstil sei insbesondere zu Beginn der Klausur ein Weg, um bei der Bewertung viele Punkte zu sammeln. Nicht selten werden daher Obersätze formuliert, auf die keine Definition, sondern ohne weitere Zwischenschritte die Feststellung der Antwort auf die durch den Obersatz formulierte Hypothese folgt. Rechnet man den Schreibaufwand für diesen „Frage-Antwort-Stil“ auf die durchschnittliche Klausurlänge hoch, kommt man leicht zu der Erkenntnis, dass die dort vertane Zeit spätestens bei der Bearbeitung des letzten Drittels der Klausur fehlen wird. Es ist demnach nötig, erkannte Probleme ansprechend und in der gebotenen Länge darzustellen, während unproblematische Stellen souverän und knapp zu Papier gebracht werden müssen.

Die Klausurenklinik des Bonner Examenskurses bietet Examenskandidaten eine Hilfestellung bei der Bewältigung der vorgenannten Probleme. Mit dem Angebot der Individualberatung bietet die Klausurenklinik die Möglich-

keit, eigene Klausuren auf das Vorliegen von klausurtechnischen Schwächen untersuchen zu lassen. Das Angebot richtet sich an Kandidaten in allen Phasen der Vorbereitung. Zu Beginn der Examensvorbereitung kann vor allem eingeübt werden, wie eine gelungene Herangehensweise und ein guter Einstieg in die Klausur gelingen. Fortgeschrittene Kandidaten werden zumeist vor dem Problem stehen, dass sie das erlernte materielle Wissen nicht gewinnbringend in die Klausur einbinden können. Da die inhaltliche Korrektur der Klausuren im Klausurenkurs naturgemäß eine klausurtechnische Bewertung nur bedingt leisten kann, bietet die Individualberatung hier eine wertvolle Ergänzung.

Die Studenten können sich über die Universitätswebsite zu einem Termin anmelden und dort angeben, in welchem Stadium der Examensvorbereitung sie sich befinden und welche Probleme aus ihrer Sicht bestehen, die in den Fokus genommen werden sollen. Eine Woche vor dem vereinbarten Termin reichen die Teilnehmer vier bis sechs ihrer aktuell geschriebenen Klausuren ein, wobei es sich beispielsweise um Klausuren aus dem Klausurenkurs handeln kann. Die Gespräche finden teils über Zoom und teils in Präsenz statt und dauern jeweils ca. 1,5-2 Stunden. Zu Beginn wird meist der aktuelle Stand der Vorbereitung erörtert. Daraufhin werden die eingereichten Klausuren detailliert mit den Teilnehmern besprochen. Die klausurtechnischen Verbesserungsvorschläge können dabei konkret an der jeweiligen Klausur aufgezeigt werden. Ein Termin kann für jedes Rechtsgebiet vereinbart werden, wobei auch Kombinationen möglich sind. Zu beachten ist allerdings, dass die zur Verfügung stehende Zeit regelmäßig nicht ausreicht, um Klausuren aus allen drei Rechtsgebieten vertieft zu besprechen. Aus diesem Grund ist es sinnvoll, wenn die Teilnehmer schon vor dem Termin reflektieren, in welchen Bereichen eine Besprechung aus klausurtechnischer Sicht benötigt wird.

Ebenfalls an alle Studenten in der Examensvorbereitung richten sich die begleitenden Podcasts der Klausurenklinik. Jeweils speziell für das Öffentliche Recht, das Strafrecht und das Zivilrecht konzipiert, können Examenskandidaten hier eine Zusammenfassung der grundlegenden Empfehlungen in Bezug auf die Klausurtechnik erhalten. Jeder Podcast ist in mehrere Abschnitte aufgeteilt, die sich mit der Herangehensweise an die Klausur, der Schwerpunktsetzung, dem richtigen Stil und einer gelungenen Argumentation beschäftigen.

Den dritten Baustein der Klausurenklinik stellt das Gruppenangebot der Klausuren-AG dar. Die Studenten in der Examensvorbereitung können hier üben, die Empfehlungen aus den Podcasts und der Individualbearbeitung umzusetzen. Hierfür wird den Teilnehmern im Vorfeld eine Klausur übermittelt, die von ihnen gelöst und in Teilen ausformuliert werden kann, wobei die Vorschläge anonym in der Gruppe zur Diskussion gestellt werden können.

Informationen zu den Terminen und dem Ablauf der Angebote der Klausurenklinik erhalten die Studenten auf der Website des Bonner Examenskurses und auf der eCampus-Plattform. Das Team der Klausurenklinik steht darüber hinaus für Fragen per E-Mail an klausurenklinik@jura.uni-bonn.de zur Verfügung.

Allen Examenskandidaten wünscht das Klausurenklinik-Team viel Freude und Erfolg bei der Examensvorbereitung!