



<b>Interview mit Frau Prof. Dr. Susanne Lepsius, M.A. (Univ. of Chicago)</b>	
Plädoyer für die Grundlagenfächer	78
<b>Prof. Dr. Felix Maultzsch, LL.M. (NYU)</b>	
Grundlagen der Rechtsvergleichung	84
<b>Prof. Dr. Frank L. Schäfer, LL.M.</b>	
Heineccius and the Foundation of German Legal History	91
<b>Prof. Dr. Christian Hillgruber</b>	
Vom budgetlosen Regiment zum Nothaushalt	98
<b>Prof. Dr. Ingeborg Puppe</b>	
Jurisprudenz oder Klausurologie	104
<b>Prof. Dr. Rafael Harnos/Christoph König</b>	
Die Unterscheidung der GbR-Typen nach dem MoPeG zwischen Subjektivität und Rechtsvermutung	108
<b>Werner Renz</b>	
Fritz Bauer – Streitbarer Jurist und leidenschaftlicher Aufklärer	128
<b>Klausuren</b>	
Strafrecht AT und Staatsrecht II	134

**Fokus:  
Grundlagen des Rechts**

## HERAUSGEBER

Fine Dortmann  
Helena Falke, LL.B.  
Tessa Spitzley  
Antonetta Stephany

## KURATORIUM

Prof. Dr. Moritz Brinkmann  
Prof. Dr. Dr. Udo Di Fabio  
Prof. Dr. Rainer Hüttemann  
Dr. Marek Steffen Jansen  
Prof. Dr. Hans-Ullrich Paeffgen  
Prof. Dr. Wulf-Henning Roth  
Prof. Dr. Mathias Schmoeckel  
Prof. Dr. Louisa Specht-Riemenschneider  
Prof. Dr. Stefan Talmon  
Prof. Dr. Rainer Zaczek

## Impressum

---

Gegründet im Jahre 2007 von Studenten der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

Herausgeberschaft: Fine Dortmann (V.i.S.d.P.)  
Helena Falke, LL.B. (V.i.S.d.P.)  
Tessa Spitzley (V.i.S.d.P.)  
Antonetta Stephany (V.i.S.d.P.)

Redaktion: Falk Borgards  
Jan Gutzki  
Jan van den Hoff  
Ansgar Kalle  
Sandra Latzko  
Alexandra Leibova  
Saskia Marx  
Ronja Mathis  
Julia Polzin  
Valon Salihu  
Daria Saure  
Sven Schubert  
Rohan Sinha  
Tessa Spitzley

Kuratorium: Prof. Dr. Moritz Brinkmann  
Prof. Dr. Dr. Udo Di Fabio  
Prof. Dr. Rainer Hüttemann  
Dr. Marek Steffen Jansen  
Prof. Dr. Hans-Ullrich Paeffgen  
Prof. Dr. Wulf-Henning Roth  
Prof. Dr. Mathias Schmoeckel  
Prof. Dr. Louisa Specht-Riemenschneider  
Prof. Dr. Stefan Talmon  
Prof. Dr. Rainer Zaczek

Kontakt: Bonner Rechtsjournal  
Adenauerallee 24–42  
53113 Bonn  
herausgeber@bonner-rechtsjournal.de  
redaktion@bonner-rechtsjournal.de

ISSN: 1866-0606

Erscheinungsort: Bonn

Erscheinungsweise: Halbjährlich zum Semesterbeginn

Abonnement: [www.bonner-rechtsjournal.de/abo](http://www.bonner-rechtsjournal.de/abo)

Satz & Druck: inpuncto:asmuth druck + medien GmbH  
Buschstraße 81  
53113 Bonn  
[www.inpuncto-asmuth.de](http://www.inpuncto-asmuth.de)

### Haftungsausschluss

Die Artikel schreiben alle Autorinnen und Autoren eigenverantwortlich. Sie müssen nicht unbedingt die Meinung der Redaktion widerspiegeln.

### Manuskripte

Für unaufgefordert eingereichte Manuskripte übernimmt die Redaktion keine Haftung.

### Urheberrechte

Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Eine Weiterverarbeitung in jeglicher Form außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist nur nach vorheriger schriftlicher Zustimmung der Redaktion möglich.





# Bonner Rechtsjournal

Liebe Leserinnen und Leser,

diese Ausgabe widmet sich den Grundlagen des Rechts. Wir gehen zurück zu den Wurzeln, um die Prinzipien zu erkunden, die unser Rechtssystem prägen. Grundlagenfächer bieten neue Perspektiven auf den status quo des Rechts, nicht nur in der juristischen Ausbildung, sondern auch in der Praxis. Dies unterstreicht das einleitende Interview mit Prof. Dr. *Susanne Lepsius* mit einem Plädoyer für die Bedeutung der Grundlagenfächer.

Speziell die Rechtsvergleichung rückt sodann Prof. Dr. *Felix Maultzsch*, LL.M. (NYU) in den Fokus dieser Ausgabe, indem er Zielsetzung und Methodik dieser Disziplin erläutert. Prof. Dr. *Frank L. Schäfer*, LL.M. (Cambridge) wirft einen Blick in das 18. Jahrhundert auf den Rechtswissenschaftler Johann Gottlieb Heineccius. Ebenfalls im Bereich der Rechtsgeschichte beleuchtet Prof. Dr. *Christian Hillgruber* mit seinem Beitrag zum Nothaushalt die Verfassungsgeschichte des Art. 111 GG. Prof. Dr. *Ingeborg Puppe* liefert in ihrem Beitrag unseren studentischen Leserinnen und Lesern eine Anleitung zum erfolgreichen Verfassen von Klausuren.

Außerhalb unseres thematischen Fokus steht in dieser Ausgabe ein Beitrag von Prof. Dr. *Rafael Harnos* und *Christoph König* zum am 1. Januar 2024 in Kraft tretenden § 705 Abs. 3 BGB. Prof. Dr. *Florian Baumann* und *Sven Schubert*, LL.B. blicken mit rechtsökonomischer Perspektive auf Reserveursachen im Schadensrecht. Sodann untersucht *Tim Vieten* rechtsvergleichend den Lügendetektor als Beweismittel im deutschen und US-amerikanischen Strafprozess. *Werner Renz* zeichnet das Leben des Generalstaatsanwalts Fritz Bauers nach, dessen Wirken sich insbesondere auf die Nachkriegszeit sowie die Verfolgung der NS-Verbrechen erstreckt.

Die Rubrik „Studium“ eröffnet der Beitrag von *Henrik Noszka* zum Umgang mit der Rechtsprechung im Jurastudium. Dr. *Alexander Pionteck*, M.A. und Dipl.-Jur. Univ. *Adela Gashi* erläutern die Grundlagen der Rechtsfortbildung in zivilrechtlichen Klausuren. Außerdem präsentieren wir zwei herausragende Zwischenprüfungsklausuren aus dem Strafrecht AT und dem Staatsrecht II (Grundrechte). Daneben berichtet Dr. *Peter Woeste* von seiner Arbeit als Botschafter in El Salvador und seinem Lebensweg dorthin.

Zudem freuen wir uns, dass sich Prof. Dr. *Markus Wagner* als neues Mitglied unserer Fakultät vorstellt.

In eigener Sache begrüßen wir unsere neue Herausgeberin *Tessa Spitzley*, die *Helena Falke*, LL.B. für ein Jahr vertreten wird. Außerdem möchten wir uns an dieser Stelle ganz besonders und herzlichst bei *Alexandra Leibova* bedanken, die das Bonner Rechtsjournal in den letzten Jahren als Herausgeberin mit ihrem unermüdlichen und herausragenden Einsatz, ihrer Kreativität und ihrem Organisationstalent geprägt und vorangebracht hat. Ihr ist als neue Herausgeberin *Fine Dortmann* gefolgt. Unser Dank gebührt außerdem wie immer den Autorinnen und Autoren, die mit ihrem Engagement und ihrer Expertise den Inhalt dieses Journals bereichern. Auch möchten wir unserer engagierten Redaktion, dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Bonn sowie unserem wertvollen Kuratorium für seine Unterstützung danken – sie alle tragen entscheidend zur Qualität unserer Fachzeitschrift bei. Zu guter Letzt gilt unser Dank vor allem den Leserinnen und Lesern, dass Sie sich die Zeit zur Lektüre unserer Zeitschrift nehmen und sich mit den wichtigen rechtlichen Fragen unserer Zeit auseinandersetzen.

Wir wünschen eine angenehme Lektüre!

Fine Dortmann

Helena Falke, LL.B.

Tessa Spitzley

Antonetta Stephany

Herausgeberinnen des Bonner Rechtsjournals

# In dieser Ausgabe

78

## **Plädoyer für die Grundlagenfächer**

Interview mit Frau Prof. Dr. *Susanne Lepsius*, M.A. (Univ. of Chicago), Universitätsprofessorin, Lehrstuhl für Gelehrtes Recht, Deutsche und Europäische Rechtsgeschichte und Bürgerliches Recht der Ludwig-Maximilians-Universität München, München

## Aufsätze

*Felix Maultzsch, LL.M. (NYU)*

84

### **Grundlagen der Rechtsvergleichung**

*Frank L. Schäfer, LL.M.*

91

### **Heineccius and the Foundation of German Legal History**

*Christian Hillgruber*

98

### **Vom budgetlosen Regiment zum Nothaushalt – Die verfassungsgeschichtliche Entwicklung der Lösung eines verfassungsrechtlichen Problems**

*Ingeborg Puppe*

104

### **Jurisprudenz oder Klausurologie**

*Rafael Harnos und Christoph König*

108

### **Die Unterscheidung der GbR-Typen nach dem MoPeG zwischen Subjektivität und Rechtsvermutung**

## Studium

*Florian Baumann und Sven Schubert, LL.B.*  
**Die schadensrechtliche Relevanz  
 von Reserveursachen – Eine rechts-  
 ökonomische Analyse**

114

*Tim Vieten*  
**Die (Un)zulässigkeit des Lügen-  
 detektors als Indikator für die  
 Verfahrensart des deutschen und  
 amerikanischen Strafprozesses**

122

*Werner Renz*  
**Fritz Bauer – Streitbarer Jurist  
 und leidenschaftlicher Aufklärer**

128

*Henrik Noszka*

134

**Mit Rechtsprechung lernen –  
 Ein Plädoyer für mehr  
 studentischen Umgang mit  
 Gerichtsentscheidungen**

*Alexander Pionteck, M.A. und Adela Gashi*

141

**Grundlagen der Rechtsfort-  
 bildung am Beispiel ausgewählter  
 Klausurprobleme im Zivilrecht**

*Lea Botzenhardt*

147

**Strafrecht AT Klausur  
 WiSe 2022/23**

*Julius Vernie*

152

**Staatsrecht II Klausur  
 WiSe 2022/23**

*Peter Woeste*

155

**Als Jurist in die Diplomatie –  
 „Zeit für eine Midlife-Crisis  
 blieb nicht“**

## Fakultät

*Markus Wagner*

158

**Professorenvorstellung**

# Plädoyer für die Grundlagenfächer

Interview mit Frau Prof. Dr. *Susanne Lepsius*, M.A. (Univ. of Chicago), Universitätsprofessorin, Lehrstuhl für Gelehrtes Recht, Deutsche und Europäische Rechtsgeschichte und Bürgerliches Recht der Ludwig-Maximilians-Universität München, München\*

**BRJ:** *Liebe Frau Professorin Lepsius, wir bedanken uns sehr für Ihre Zeit! Bevor wir mit den Fachfragen beginnen, zunächst einmal zu Ihrer Person: Neben Ihrem Studium der Rechtswissenschaft haben Sie in Chicago ein Geschichtsstudium mit dem Master of Arts im Legal History Program abgeschlossen. Damit wird bereits von Beginn Ihrer akademischen Laufbahn an Ihr historisches Interesse deutlich. Was hat Sie zu diesem Werdegang beeinflusst und wie sind Sie zu der Rechtsgeschichte gekommen?*

**Prof. Lepsius:** Es war eigentlich eher umgekehrt – ich bin über die Geschichte zum Jurastudium gekommen. Ich habe mich seit dem Gymnasium immer sehr für Geschichte interessiert und habe nach dem Abitur ein Geschichtsstudium in Heidelberg begonnen. Dabei wollte ich aber auf keinen Fall Lehrerin werden, sodass sich mir die Frage stellte, was man mit einem Studium zum Magister Artium und mit Geschichte eigentlich anfangen kann. Ich hatte dabei auch immer im Hinterkopf, dass Jura interessant sein könnte. In Heidelberg gab es damals dann die Möglichkeit, ein Doppelstudium zu absolvieren – also habe ich mich für das Magisterstudium der Geschichte eingeschrieben, mit Hauptfach Mittlere und neuere Geschichte und Nebenfächern Alte Geschichte sowie Römisches Privatrecht. Nach der Zwischenprüfung habe ich parallel zum Geschichtsstudium das Jurastudium begonnen. Mir war klar, dass das Jurastudium wegen der möglichen Berufsfelder sehr attraktiv ist, und dass man das Studium auf jeden Fall mit dem Ersten und Zweiten Examen abschließen sollte. Damit war Jura für mich immer eine sichere Wahl, quasi eine Rückfalloption, falls es mit der Wissenschaft nichts werden sollte. Meine Leidenschaft galt aber eigentlich von Anfang an der Geschichte, die Rechtsgeschichte war ideal an der Schnittstelle der beiden Fächer. Schon im Geschichtsstudium habe ich mir immer „juranah“ Themen gesucht, zum Beispiel Verfassungsgeschichte oder politische Theorie, und damit bin ich zur Rechtsgeschichte gekommen. Als ich anschließend ins Ausland gegangen bin, fiel meine Wahl auf Chicago, weil es dort ein spezielles Legal History Program gab, das mich gereizt hat. Von allen amerikanischen Universitäten war die University of Chicago die Einzige, die ein solches Programm angeboten hat. Dort habe ich dann den Master of Arts erworben. Ich erzähle das auch immer ganz gerne den jungen Studierenden: Aus der Sicht der Universität Heidelberg bin ich ein Studienabbrecher, weil ich das Studium einfach ohne Abschluss quittiert und eigentlich erst mit dem Ersten und Zweiten juristischen Staatsexamen einen deutschen Abschluss erworben habe.

**BRJ:** *Der Begriff „Grundlagenfächer“ ist sehr weit. Welche Fächer sind von diesem Begriff überhaupt erfasst? Gibt es klassische Grundlagenfächer, die an jeder deutschen juristischen Fakultät angeboten werden müssen?*

**Prof. Lepsius:** Den Begriff „Grundlagenfächer“ kann man im Prinzip sehr weit definieren. Alle Fächer, die nicht unmittelbar examensrelevant sind und es einem erlauben, über den Tellerrand zu schauen, sind, würde ich sagen, Grundlagenfächer. Die klassischen Grundlagenfächer sind natürlich die, die seit dem 19. Jahrhundert etabliert sind, insbesondere das Römische Recht, Deutsche Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie. Was sollen die Grundlagenfächer im juristischen Studium leisten? Meiner Meinung nach sind es Reflexionshilfen, die dazu anregen, aus einer anderen Perspektive über das geltende Recht nachzudenken und darüber, dass es eben anders hätte kommen können, dass es Pfade und Schneisen in der Vergangenheit gab, an denen man anders hätte abbiegen können. In der Rechtsphilosophie wird hingegen die klassische Frage nach der Gerechtigkeit gestellt. Interessant ist auch die Rechtssoziologie: Ich fände es wichtig, dass dieses Fach noch häufiger angeboten wird, denn betreibt man Rechtssoziologie im Sinne einer empirischen Forschung, kann man sehr viel und Kritisches über die Wirkweisen von Recht lernen. Das alles ist, aus meiner Sicht, ein klassischer Mindestkanon. Vielleicht bin ich da aber auch kritischer als manche Kollegen: Bei Fächern wie Rechtsvergleichung oder auch Rechtstheorie bin ich unentschlossen, ob die immer ein Grundlagenfach sind, weil man diese Fächer sehr unterschiedlich unterrichten und wissenschaftlich erforschen kann. Zentral ist für mich da ein reflexiver Ansatz: untersucht man beispielsweise die Unterschiede in anderen Rechtsordnungen, etwa der französischen, aufgrund bestimmter histo-

\* Das Interview wurde geführt von Fine Dortmann, Sandra Latzko und Alexandra Leibova.

rischer Prägungen, dann, würde ich sagen, es ist tatsächlich auch ein Grundlagenfach. Es erfordert also einen archimedischen Punkt außerhalb der eigenen Rechtsordnung, von dem aus man das eigene Recht kritisch reflexiv bewerten kann. Geht es jedoch nur darum, zu untersuchen, wie man einen Fall nach französischem Recht lösen würde oder um die Rechtsanwendung in grenzüberschreitenden Sachverhalten, dann braucht man vordergründig technische Kenntnisse in einer anderen Rechtsordnung. Hier würde mir der reflexive Ansatz zu sehr fehlen, um von einem Grundlagenfach im eigentlichen Sinn zu sprechen.

**BRJ:** *Daraus ergibt sich direkt eine Folgefrage. Würden Sie sich eine anderweitige Entwicklung wünschen, zum Beispiel, dass mehr oder andere Grundlagenfächer angeboten werden?*

**Prof. Lepsius:** Bei Neuerfindungen bin ich immer ein wenig skeptisch. Aus meiner Sicht sollten neue oder andere Fächer, die den Kanon erweitern sollen, insbesondere eine solide methodische Verankerung haben. Solche Fächer können entweder Eintagsfliegen sein oder klingen erst mal schick, aber letztlich ist es vielleicht dann auch wieder nur ein neues Label. Zum Beispiel gibt es Strömungen, die feministische Rechtswissenschaft betreiben. Aus meiner Sicht kann man dieses Thema aber auch historisch oder rechtsphilosophisch bearbeiten, dazu braucht man kein neues Fach. Genauso ist die Digitalisierung aus meiner Sicht kein Grundlagenfach, denn da geht es nur applikativ darum, irgendetwas im Recht zu modifizieren und schneller oder effizienter zu machen oder das geltende Recht zu verbessern. Und das, würde ich sagen, ist per se kein Grundlagenfach. Innerhalb der Rechtsgeschichte ist mein Eindruck übrigens, dass sich dort eine Tendenz dahingehend entwickelt, die jüngeren Epochen, etwa die NS-Diktatur, aber auch die DDR, viel stärker in den Blick zu nehmen. Wie kommt es, um Rüthers zu zitieren, dass Juristen „Wendehälse“ sind und sich auch in totalitären Rechtssystemen irgendwie zurechtfinden? Eine solche Umakzentuierung innerhalb der Rechtsgeschichte wurde auch seitens der Politik gefordert. Das ist sicherlich begrüßenswert und vielleicht auch eine Chance, über die Zeitgeschichte das Fach insgesamt wieder interessanter zu machen, weil das junge Leute natürlich auch mehr umtreibt und sie sich darüber vielleicht auch für ältere Epochen der Rechtsgeschichte begeistern lassen. Ich sehe das ehrlicherweise aber mit einem lachenden und einem weinenden Auge, weil ich selbst eine leidenschaftliche Mediävistin und Frühe-Neuzeit-Forscherin bin und deswegen auch ein bisschen gegen Vorurteile ankämpfe, sowohl von Kollegen wie auch von Studenten. Vielleicht müsste man sich aber auch ein neues Label ausdenken: Im Rahmen der Schwerpunktreform haben wir zum Beispiel die Vorlesung „Privatrechtsgeschichte der Neuzeit“ umbenannt – sie heißt jetzt „Geschichte der Rechtswissenschaft und Rechtskultur“. Da geht es um die Professionalisierung, um juristische Berufe und die Medien. Dabei hat man natürlich immer konkrete Sachthemen, anhand derer man es dann exemplifiziert, zum Beispiel die Trennung von Privatrecht und Öffentlichem Recht, aber etwa auch Fragen zum Prozessrecht: Wie verändert sich beispielsweise der Prozess durch Schriftlichkeit und Notar? Das ist zwar ein bisschen Etikettenschwindel, aber der neue Titel klingt attraktiver als der etwas alterümlich klingende Vorlesungstitel „Privatrechtsgeschichte der Neuzeit“. Ich habe ein wenig den Eindruck, wenn irgendwo Geschichte draufsteht, weckt das nicht immer das Interesse der Studierenden; wenn man das hingegen irgendwie mit Rechtskultur verpackt, geht es vielleicht ein bisschen besser.

**BRJ:** *Das ist es doch eigentlich etwas Schönes. Man muss es vielleicht ein bisschen anders labeln, anders verkaufen, aber eigentlich haben wir doch ein gutes System. Es ist ein schönes Resümee, wenn Sie sagen, dass Sie keine extrem großen Mängel sehen und man das eigentlich alles so gestalten kann.*

**Prof. Lepsius:** Ich würde schon sagen, dass es Mängel gibt. Die liegen eben darin, dass die Grundlagenfächer leider eine Art Nischenexistenz führen. Man kann zwar viel umlabeln, aber wenn von 1000 Studienanfängern im Jahr vielleicht 750 bis zum fünften oder sechsten Semester kommen, um sich für einen Schwerpunkt zu entscheiden, und davon dann nur ein Bruchteil im Jahr den Grundlagenschwerpunkt wählen, dann ist das offen gesagt ein bisschen wenig. Ich würde mir wünschen, dass sich mehr Leute für die Grundlagen interessieren würden. Das ist auch die Gefahr, wenn man Grundlagen im Schwerpunkt unterrichtet: Man spricht zwar all diejenigen an, die noch was anderes neben Jura suchen, aber diejenigen, die sich an den größten Schnittmengen mit dem Examensstoff orientieren, sind bestimmt nicht diejenigen, die sich für die Grundlagen interessieren und den Schwerpunkt später wählen. Ich würde deswegen eigentlich immer dafür plädieren, dass die Grundlagenfächer nicht nur am Anfang des Studiums oder im Schwerpunkt eine Rolle spielen sollten. Die Münchner Studierenden bekommen beispielsweise mehr oder weniger signalisiert, man solle im ersten Semester den Grundlagenschein mit einer Abschlussklausur „erschlagen“. Es gibt eine Wahlmöglichkeit zwischen Rechtsphilosophie, Römischer Rechtsgeschichte oder Deutscher Rechtsgeschichte – dann gehen die meisten interessanterweise in die Rechtsphilosophie, und das war es dann mit den Grundlagenfächern. Und dann gibt es eben den Schwerpunkt. Wenn man dann im mündlichen Examen mal im 19. Jahrhundert rumstochert, was die Leute vielleicht noch über die Anfänge des BGB wissen, ist das doch sehr schmal und sehr wenig. Im Grunde gibt man also diejenigen, die nicht den Grundlagenschwerpunkt wählen, ein bisschen auf.

**BRJ:** *Sie sind gerade bereits auf das Schwerpunktstudium zu sprechen gekommen. Sie sind Sprecherin des Schwerpunktes 1 – Grundlagen des Rechts der LMU München. Ein solcher Schwerpunkt zu den Grundlagen des Rechts besteht auch an der Universität Bonn und wurde mit der diesjährigen Reform der Studienordnung unserer Fakultät weiterhin bestärkt. Ist ein solcher eigener Schwerpunkt für die Grundlagenfächer üblich oder unterscheidet sich dies in den verschiedenen Bundesländern entsprechend der jeweiligen Juristenausbildungsgesetze oder ist dies insbesondere personell bedingt?*

**Prof. Lepsius:** Ob eine Fakultät einen Grundlagenschwerpunkt anbieten kann, ist auf jeden Fall auch ganz stark personell bedingt. Hier in Bayern lauten die Zielvorgaben beispielsweise, dass die Schwerpunktpflicht- und Pflichtvertiefungsveranstaltungen einmal im Jahr angeboten werden müssen. Das frisst natürlich Deputatsstunden, man braucht also eine gewisse Man- und Womanpower. Fakultäten, an denen es vielleicht nur einen Rechtshistoriker gibt und schon die Rechtsphilosophie nur ab und zu gelesen wird, können das im Prinzip nicht stemmen. Eigentlich können also nur die größeren Fakultäten, die entsprechend viele Vertreterinnen und Vertreter in den Grundlagenfächern haben, einen Grundlagenschwerpunkt anbieten. Es geht ja schon damit los, dass Strafrechtsprofessorinnen und -professoren klassischerweise die Rechtsphilosophievorlesung halten. Im Bereich des Strafrechts besteht aber auch fast immer auch ein eigener, sehr nachgefragter und deshalb zumeist auch vollkommen überlaufener Schwerpunkt. Dort sind die Kolleginnen und Kollegen mit sehr vielen ihrer Deputatsstunden eingebunden. Aus der studentischen Perspektive muss man sich klarmachen: Es muss angeboten werden, was immer man in der Studienordnung verankert. Die Studienordnung hat also weitreichende Folgen. Das weiß ich, weil ich auch mal Studiendekanin war. Sie müssen schon bei Klausuren überlegen, ob man die Fächer als einfache Abschlussklausur oder Zwischenprüfungsklausur gestaltet, es müssen Wiederholungsmöglichkeiten für die Durchgefallenen in absehbarer Zeit organisiert werden oder Verschränkungen ermöglicht werden, damit nicht bestandene Klausuren durch andere kompensiert werden können. Es ist zudem oft leider auch die betrübliche Erfahrung, dass Vorlesungen, die nur angeboten werden und nicht mit sanktionierten oder abverlangten Prüfungsleistungen versehen sind, für die Masse der studentischen Teilnehmerinnen und Teilnehmer die „schmückende Petersilie“ sind: nice to have, aber examensrelevant – nicht unbedingt. Auf dieser Basis muss man eine sehr hohe intrinsische Motivation mitbringen, darüber hinaus in die Grundlagen des Rechts einzusteigen. Über diese Studierenden freut man sich natürlich, eigentlich sollte es auch idealerweise so sein. Man ist ja zum Beispiel deswegen Professorin oder Professor geworden, weil man mit motivierten jungen Erwachsenen, die selbstverantwortlich ihre Ausbildung betreiben, arbeiten möchte. Dabei stellt man aber doch fest, dass auch hier „Zuckerbrot und Peitsche“ am besten funktioniert. Wenn man also den Anspruch hat, möglichst viele Studierende sollten etwas aus den Grundlagenfächern mitnehmen, dann hilft eigentlich nur, um es ganz hart zu sagen, die verbindliche Klausur. Ich will da auch nicht allzu pessimistisch klingen. Durch zwangsweises „Durchprügeln“ kriegen die Fächer womöglich einen ähnlichen Stellenwert wie „Marxismus und Leninismus“ in der DDR. Man muss hingehen, aber eigentlich nimmt das Fach dann doch keiner ernst. Das ist auch nicht meine Vorstellung, wie ich meine geliebten Grundlagenfächer im studentischen Bewusstsein verankert sehen möchte.

**BRJ:** *Das Prinzip des Zuckerbrots, wie Sie es schon so charmant ausgedrückt haben, möchten wir in der nächsten Frage aufgreifen. Böse Zungen würden behaupten, dass die Grundlagenfächer zwar interessant, jedoch eine „Schöngeistwissenschaft“ und im Grunde – jedenfalls für die Praxis – überflüssig sind. Was ist dem entgegenzusetzen? Erstreckt sich die Bedeutung der Rechtsgrundlagen neben Promotions- und Forschungsvorhaben auch auf die weite Praxis?*

**Prof. Lepsius:** Nehmen wir zunächst den Ausgangsfall, dass sich ein Studierender überdurchschnittlich für die Grundlagenfächer interessiert und womöglich darin promoviert wurde. Meiner Erfahrung nach wird das in der Praxis durchaus honoriert, auch im Sinne von Anstellungsmöglichkeiten und auch in den größeren Kanzleien. Die gleiche Erfahrung habe ich etwa bei Notaren gemacht, die häufig ein großes Interesse an den Grundlagenfächern aufweisen. Häufig sind diejenigen, die sich für so etwas „Petersilienartiges“ interessieren, eigenständige Leute, die sich nicht unterkriegen lassen und eben auch vertieft dicke Bretter bohren können. Diese Fächer vermitteln also vielleicht keine unmittelbare Falllösungskompetenz. Aber ich kenne sehr viele Praktiker, gerade auch in den Top-Kanzleien, die sagen, dass das Interesse an Grundlagenfächern, auch und gerade dann, wenn man darin promoviert, die Fähigkeit, am Ball zu bleiben, sich ein Thema zu erarbeiten und laufend Reflexion über das eigene Vorgehen zu betreiben, fördert. Dadurch hinterfragt man den Status Quo und kommt vielleicht auch auf Lösungen, die man nicht unbedingt gesehen hätte, wenn man Wissen nur verinnerlicht hat, um es möglichst gut im Examen wiederzugeben. Ich habe aus verlässlichen Quellen gehört, dass beispielsweise auch in Justizministerien eine große Unzufriedenheit herrscht. Die Qualität der Praktiker wird bemängelt, weil sie zu sehr stromlinienförmig an Dinge herangehen, also zu sehr „So haben wir das schon immer gemacht, deswegen machen wir das auch weiterhin so.“ auf einem gesicherten Stand stehen wollen. Gerade hier ist es sinnvoll, verschiedene Perspektiven einzunehmen – Rechtsphilosophisch: Was könnte eine Entscheidung oder Justizhandeln für Folgen haben, ist das gerecht? Rechtssoziologisch: Haben wir es wirklich schon immer so gemacht? Rechtshistorisch: Woher kommt die Regelung und könnten wir es vielleicht auch (ganz) anders machen? Wenn wir etwa über Obergerichte sprechen oder diejenigen, die an der Gesetzgebung mitwirken, wäre es vielleicht doch wünschenswert, dass mehr Wert auf

eine Reflexionskompetenz gelegt wird, die eben über die Grundlagenfächer vermittelt wird. Ich weiß allerdings nicht, ob diese Antwort in der Form mehrheitstauglich ist.

**BRJ:** *Das muss sie ja nicht sein. Wir haben damit wieder eine sehr schöne Überleitung zu dem Aspekt der Aufarbeitung. Die Aufarbeitung an sich ist schon ein Thema, das sicher eine Querschnittsmaterie zwischen der Rechtssoziologie und einer rechtshistorischen Betrachtung darstellt. Dies wird in einigen Feldern sehr intensiv betrieben, gerade im Bereich der Aufarbeitung der NS-Zeit. Wie gelingt, das Lernen aus der Rechtsvergangenheit aber tatsächlich? Welche Felder sind besser aufgestellt und wo müssten wir noch einmal nachlegen?*

**Prof. Lepsius:** Aufarbeitung ist natürlich ein weites Feld und auch gar nicht mein primäres Forschungsgebiet, ich sage nur: Spätmittelalter und frühe Neuzeit. Aber Aufarbeitung, etwa der NS-Zeit, darf nicht in dem Sinne verlaufen, dass man einen Sachverhalt einfach nur rückblickend als ganz schlimm betrachtet. Stattdessen muss Aufarbeitung im Sinne eines Lernens oder Nachdenkens, etwa hinsichtlich der Verführbarkeit von Juristen, passieren. Diese Perspektive sollten im Prinzip auch alle Geltendrechtler für ihr jeweiliges Fachgebiet beherrschen, und auch einmal darüber nachdenken, wo bestimmte Rechtsinstrumente herkommen und von wem sie entwickelt worden sind. Wir könnten auch schon einmal anfangen – das geschieht aus meiner Sicht zu wenig – die Coronapandemie aufzuarbeiten. Was ist da eigentlich schiefgegangen? Was haben Juristinnen und Juristen nicht gemacht? Diese kritische Perspektive würde ich aber gar nicht so sehr auf bestimmte Epochen und Felder beschränken wollen. Ich weiß, dass es viele gibt, die sich aktuell mit kolonialer Aufarbeitung beschäftigen. Das ist auch wichtig, wenn wir von einer rechtshistorischen Aufarbeitung sprechen. Insgesamt bin ich mir aber gar nicht so sicher, ob die Aufarbeitung in Zukunft flächendeckend das Einzige sein sollte, was in der rechtshistorischen Ausbildung gemacht werden sollte. Natürlich nimmt die Aufarbeitung ihren Teil in der Rechtsgeschichte ein, daneben sollte aber auch vermittelt werden, warum wir in der westlichen Rechtskultur so etwas wie beispielsweise den Rechtsstaat, die Republik und demokratische Institutionen entwickelt haben. Aus meiner Sicht ist es auch schon eine Aufgabe, das nicht als selbstverständlich hinzunehmen und in der rechtshistorischen Perspektive zu vermitteln. Nicht um zu bejubeln, wie toll alles ist. Aber um vielleicht um zu fragen: Wenn es so ein singulärer Entwicklungsgang mit bestimmten Leitepochen war, wie waren die gleichen Juristen sehr wohl dazu in der Lage, in den NS oder in der DDR abzudriften? Es ist also wichtig, aufzuarbeiten und die schwarzen Flecken zu beleuchten. Aber wenn man sich den Durchschnittsstudierenden vorstellt, der dann nur noch von den rechtshistorischen schwarzen Flecken hört, wie soll man da eigentlich rechtsstaatlich gefestigte Juristinnen und Juristen formen? Die Ausbildung sollte also nicht zu zersetzend werden und nur noch die Schreckensgeschichte der europäischen Rechtsentwicklung erzählen. Vielleicht ist das ein konservativer Standpunkt, den ich da einnehme. In vielen Epochen waren natürlich alle Texte von toten weißen Juristen geschrieben, trotzdem würde ich behaupten, dass es ziemlich schlau war, was da so überlegt wurde. Ich bin da hin und her gerissen. Vielleicht gehört Aushalten von Paradoxien auch dazu. Dabei ist es so, dass wir nicht die optimale, aber von allen verfügbaren doch die relativ gesehen beste Rechtsordnung haben.

**BRJ:** *Eben klang es bereits ein bisschen an – die Frage nach der Aufarbeitung der Corona-Pandemie. Wir haben die Beobachtung gemacht, dass wir momentan überschwemmt werden, sei es von neuen Gesetzen oder Verordnungen. Es ist sehr viel Masse und die Qualität ist oft bestenfalls streitig. Gerade, wenn man auf die Corona-Schutzverordnungen zurückschaut. Halten Sie die Kritik für berechtigt? Würden Sie sagen, dass die Qualität des Rechtmachens nachgelassen hat? Glauben Sie, man könnte die Herangehensweise etwa verbessern, indem man die Grundlagenausbildung verstärkt?*

**Prof. Lepsius:** Die Diagnose, die Sie beschreiben, würde ich teilen, aber ich würde auch betonen, dass das ein gesamtgesellschaftliches Problem ist. Denn wir bräuchten eigentlich viel mehr Leute da draußen, insbesondere in den Medien, die sich mit der Juristerei auskennen und damit, wie Recht funktioniert und funktionieren kann. Ich kenne viele Praktiker, die in den Ministerien arbeiten, und teilweise auch an allem um Corona beteiligt waren. Sie berichten von einem riesigen Druck, gerade seitens der Öffentlichkeit. Der Anspruch war, auch das letzte Detail zu regeln, weil Handlungsanweisungen gefordert wurden. Damit zeigt sich im Prinzip die Erwartungshaltung der Öffentlichkeit: Entweder ist das Recht immer der „Bremser“ und sagt: „Das geht nicht.“, oder es wird erwartet, dass das Recht genaue Handlungsanweisungen gibt. In dem Zuge kamen ja auch all diese in Bayern notorisch berüchtigten Frequently Asked Questions (FAQ) an das Innenministerium: Darf ich in der Sonne auf der Parkbank sitzen und ein Buch lesen? Und so weiter. Was ist das für eine Vorstellung davon, wie Recht funktioniert? Es muss eine eins zu eins Handlungsanweisung direkt an den Bürgerinnen und Bürger geben: tue dies, lass jenes und das Ganze am besten auch noch mit Bußgeldern in unermesslicher Höhe sanktioniert. Das führt natürlich auch dazu, dass es im Sinne von Rechtsklarheit und -sicherheit zu dieser Masse an Normen kommt. Das passiert natürlich gerade im Zivilrecht – unabhängig von Corona. Hier kommt der Drang zusätzlich aus Europa, und so langsam werden uns die Vertragstypen sozusagen zerschossen. Das muss man so und so sehen: einerseits gibt es da natürlich einen gewissen Handlungs- und Erwartungsdruck, dass Regelungen auf europäischer Ebene möglichst einheitlich erfolgen sollen. Da können die Grundlagenfächer vielleicht helfen, dies auf europäischer Ebene rechtspolitisch nachvollziehbarer zu gestalten. Da bin ich vielleicht nicht ganz so kritisch, wenn eine neue Rege-

lung ins Gesetz kommt, denn wir können es letztlich mit den alten Instrumenten in den Griff bekommen. Aus der nationalen Perspektive ist das aber natürlich immer im Zweifel ein ungewollter Eingriff von außen. Die Dogmatiker kommen da etwas in die Rolle der Besitzstandswahrer. Auch hier kommt ein großer Druck, den es seitens der Öffentlichkeit und der Medien gibt: Das Recht muss vereinheitlicht werden. Und um da auf Corona zurückzukommen: Zuerst hatten wir den berühmten Flickenteppich, basierend auf dem fehlenden Verständnis für Föderalismus und auf der Vorstellung, es müsse die gleiche Regelung deutschlandweit geben – dann hatten wir endlich diese einheitliche Regelung und einen deutschlandweit einheitlich gesetzten Richtwert, aber der Flickenteppich entstand, weil die Inzidenzzahlen von Landkreis zu Landkreis unterschiedlich waren und unterschiedliche Rechtsfolgen auslösten. Trotz der sehr harten Regelungen haben sich die anarchistischen Bayern beispielsweise einfach nicht darangehalten, während im Münsterland nach meinem Eindruck ein stärkerer freiwilliger Befolungsdruck, Masken zu tragen, herrschte. Das ist jetzt Rechtskultur, aber ich habe in NRW viel Preußentum auf der Straße gesehen (*lacht*). Man müsste sich eigentlich auch überlegen, ob man mehr Medienvermittlung macht: Was ist Recht und was kann Recht leisten? Wir haben auch schon vor Corona schleichend eine Vorstellung davon entwickelt, was Recht sein muss: ein Befehl, angeordnet von oben, und Gehorsam. Und das löst diese Normenflut aus meiner Sicht aus. Es ist aber nicht einzig die Aufgabe der Grundlagenfächer, sondern darüber sollte eigentlich jeder Jurist einmal kritisch nachdenken, vielleicht selbst einen Schritt zurücktreten und nicht nur die neuen Normen schnellstmöglich kommentieren, sondern auch zum Beispiel in Seminaren oder ähnlichen Veranstaltungen drauf eingehen. Das war übrigens ein Punkt, auf den ich noch gerne eingehen wollte: die „Massenuni“.

**BRJ:** *Darum geht es auch in unserer letzten Frage. Professor Bernd Rüthers beschrieb das Jurastudium im Jahr 2011 als Masse statt Klasse, auf immer mehr Studierende folge immer mehr Lehrstoff. Damit werde fürs Examen gelernt, nicht fürs Recht, sodass die Grundlagenfächer völlig verdrängt würden. Prof. Dr. Rupprecht Podszun beschreibt das Jurastudium gar als „Rechtstechnik ohne Werte“ und als „(w)ertfreies Subsumieren in der Examensmühle. Auch Sie sprechen in Ihrem Aufsatz von Massenuniversitäten und dem juristischen Studium als Massenfach. Würden Sie Herrn Rüthers und Herrn Podszun damit zustimmen?*

**Prof. Lepsius:** Wir leben natürlich in einer Massenuni, und das angeblich so schöne 19. Jahrhundert bringt uns niemand zurück, weder in der Juristerei noch in anderen Bereichen. Letztlich müssen die Hochschulleitungen über die Studentenzahlen gegenüber der Politik ihre Existenz und die Zahl der Lehrstühle rechtfertigen. Aber das Problem ist natürlich, dass der curriculare Normwert – und wir haben einen extrem schlechten in der Juristerei – dazu führt, dass wir diesen Frontalunterricht haben, und dann der Stoff über den Klausurenstil abgeprüft wird. Die ideale Möglichkeit, um über die Grundlagenfächer nachzudenken, wäre aus meiner Sicht aber eine Seminarkultur. Meiner Meinung nach – und da verrete ich eine absolute Minderheitenposition, die wahrscheinlich nur noch die Rechtshistoriker, und auch diese nicht alle, teilen – müssten wir in der juristischen Fakultät zurück zu wöchentlichen Seminaren kommen. Am Ende des Semesters ein Blockseminar „abzufrühstücken“, bei dem jeder noch einmal in 20 Minuten im Eiltempo darüber berichtet, was er oder sie in der 20- oder 40-seitigen Seminararbeit herausgefunden hat, ist keine Seminarkultur. Das ist eine Mogelpackung. Die hat sich so bei den Juristen eingeschlichen, weil man als Professor auf diesem Wege am schnellsten sein Lehrdeputat erledigen kann, und die Studenten so am schnellsten ihren Schein bekommen können. Man braucht Seminare, um überhaupt einmal zu diskutieren, nachzudenken, gemeinsam zu lernen und um Probleme von verschiedenen Seiten zu erörtern. Womöglich in einem Co-Teaching, bei dem sich ein Rechtshistoriker und ein Geltendrechtler zusammen ein Querschnittsthema ausdenken – aber das macht natürlich viel Arbeit, und es stellt sich die Frage, ob so ein Seminar zwei Semesterwochenstunden wert ist, wenn Sie die viel schneller mit einer Vorlesung – Frontalunterricht – abdecken können. Das wäre ein Petitionum, über das man nachdenken müsste und bei dem sich auch die Professorinnen und Professoren an die eigene Nase fassen müssen. Bei all meinen Kolleginnen und Kollegen, die ich über den Sonderforschungsbereich kenne, etwa in den Literatur- oder den Geisteswissenschaften, findet ein Seminar eigentlich wöchentlich statt und kann nur ausnahmsweise als Blockseminar angeboten werden. Im Vergleich dazu ist unsere juristische Seminarkultur völlig auf den Hund gekommen, denn bei uns ist es genau andersherum, und das würde ich auch mal gerne zur Diskussion stellen (*lacht*). Wenn man aber die Forderung nach einem wöchentlichen Grundlagenseminar stellt, dann geht es in der Tat wieder um die Frage der technischen Durchführbarkeit. Das Seminar ist eine anspruchsvolle Unterrichtsform, und angesichts der Studierendenzahlen und der relativ geringen Anzahl an Professorinnen und Professoren, die wir haben, müssten wir viel weniger Studierende aufnehmen oder wir bräuchten viel mehr Professoren. Der Begriff „Massenuni“ klingt womöglich etwas abwertend und letztlich können die Studenten am wenigsten dafür, dass sie Teil einer Masse sind. Das sind institutionelle Rahmenbedingungen, und wir können alle nur probieren, da so gut wie möglich durchzukommen. Die LMU in München hat zum Beispiel eine Zielvereinbarung über die Mittelverteilung mit dem Ministerium getroffen, die die Basisfinanzierung der LMU von einer spezifischen Zahl an Studenten und Uniabsolventen abhängig macht. Das große Problem bestand anschließend darin, dass sich in den Geisteswissenschaften zu wenige Studenten für den Master einschreiben. Juristische Dekane haben anschließend beschlossen, 100 Studenten mehr in München für das Jurastudium aufzunehmen, damit die Quote insgesamt wieder stimmt. Man könne 100 Studenten relativ problemlos aufnehmen. Diese prüfe man bis zum 6. Semester raus, oder sie kämen irgendwie durch, dabei störe es

nicht, wenn 100 Studenten mehr in der Familienrechtsvorlesung säßen. Damit war es im innerfakultären Vergleich sinnvoll, eine „Juristenmasse“ zu produzieren. Würde man dies verändern wollen, könnte der Fakultät Geld gekürzt werden, sodass die relativ gute Ausstattung der juristischen Fakultäten, etwa mehr Assistenten, mehr Geld für die Bibliothek, die immer auch an der Studierendenzahl hängen, nicht mehr gewährleistet wäre. Das führt bei den Studierenden dann zu massenpsychologische Effekten: Man wird im Prinzip von Anfang darauf getrimmt, alles möglichst schnell abzuschließen und das Examen zu machen. Ich weiß nicht, wie man hier umsteuern könnte, man müsste im Prinzip darauf verweisen, dass diese geistlosen Rechtstechniker, die wir produzieren, potentiell gesellschaftlich gefährlich sind, und dass wir entweder viel weniger Studierende aufnehmen oder doppelt so viele Professoren brauchen. Dafür, dass wir im Grunde relativ wenige Professoren sind für die Studenten, die wir ausbilden, sind wir eigentlich noch recht gut und effizient, und was wir an Output produzieren, sind, in der Summe betrachtet, erfreuliche junge Leute. Das aktuelle System hat auch damit zu tun, dass wir im Jurastudium als ausschließliches Klausurmodell die Lösungstechnik propagieren, weil man die für die Staatsexamensklausur braucht. Es wird also eingeübt, was Podszun dann als diese „geistlose Subsumtionstechnik“ beschreibt. Ich will auch nicht, dass es so klingt, als sei alles so dekadent, sondern einen Einblick in die Strukturvoraussetzungen für die Masse geben, indem man bedenkt, woher das Ganze kommt. Deswegen hat dann auch keiner ein Interesse daran, die Juristenausbildung auf eine überwiegende Seminarkultur umzustellen. Wie soll das denn angesichts der hohen Studentenzahlen auch gehen? Wir schaffen es in München noch so einigermaßen, dass bei uns jeder Student, jede Studentin ein Grundlagenseminar sowie ein Schwerpunktseminar gemacht haben muss, aber wir ächzen ziemlich. Das ist schon relativ viel und gar nicht an jeder juristischen Fakultät so selbstverständlich, damit ist das dann schon das Maximum dessen, was man hinbekommt. Anders als in meiner Generation, in der es hieß, es gäbe viel zu viele Juristinnen und Juristen und man sich durch zusätzliche (freiwillig absolvierte) Seminare aus der Masse hervortun konnte, ist es aktuell so, dass alle Absolventinnen und Absolventen im Grunde vom juristischen Arbeitsmarkt aufgesaugt werden. Es gibt also auch keinen gesamtgesellschaftlichen Druck, dass wir weniger oder nur die besten Juristen wollen; wir können wir uns das eigentlich auch gar nicht leisten. Wir befinden uns also in einer Zwickmühle, in der die Grundlagenfächer im Grunde von beiden Seiten, von Seiten der Professoren wie von den Studenten, als ein Idealistenfach betrachtet werden. Und deswegen kann man nur sagen: „Jawohl, wir halten die Fahne hoch!“ – aber im Prinzip ist das ein wenig kontrafaktisch, und man hat die Beweislast immer gegen sich und brockt sich mit den Grundlagenfächern letztlich mehr Arbeit ein. Man kann also nur hoffen, dass es dann doch noch Nischen gibt, in denen es goutiert wird, Stichwort Arbeitsmarktspraxis, und dass man sich möglichst nicht versteckt, wenn man den Grundlagenschwerpunkt gemacht hat, und sagt: „Wir können etwas Besonderes und etwas Anderes.“. Vielleicht müssen wir also mehr Bewusstseinsbildung betreiben – und Sie arbeiten mit Ihrem Heft daran mit.

**BRJ:** *Das ist ein sehr schönes Schlusswort. Liebe Frau Professorin Lepsius, vielen Dank für das spannende Interview und für Ihre Zeit!*

# Grundlagen der Rechtsvergleichung

Prof. Dr. Felix Maultzsch, LL.M. (NYU), Frankfurt am Main\*

*Der Beitrag beschäftigt sich mit dem Erkenntnisanliegen und methodischen Grundfragen der Rechtsvergleichung. Er zeichnet die Entwicklung von einer rechtshistorischen Vorprägung der Rechtsvergleichung im 19. Jahrhundert zu einem in Laufe des 20. Jahrhunderts verstärkt gesellschaftlich-zweckorientierten Ansatz nach. Unter Berücksichtigung von kritischen Gegenentwürfen zu einer funktional ausgerichteten Rechtsvergleichung mündet der Beitrag in das Plädoyer für eine Methodenoffenheit bei rechtsvergleichenden Untersuchungen.*

## A. Die Anbindung der Rechtsvergleichung an die Rechtsgeschichte im 19. Jahrhundert

Aus entwicklungsgeschichtlicher Sicht weist die Rechtsvergleichung eine enge Verbindung zum Erkenntnisinteresse der Rechtsgeschichte auf.<sup>1</sup> Dabei wurde die Rechtsvergleichung bis zum Beginn des 20. Jahrhunderts lediglich als eine „Spielart“ der Rechtsgeschichte begriffen. Die leitende Rolle kam dementsprechend der wesentlich älteren und bereits ausgefeilten Methodik der rechtsgeschichtlichen Komparatistik als einer Form „vertikaler“ Rechtsvergleichung zu. Die neuere „horizontale“ Vergleichung verschiedener parallel geltender Rechtsordnungen hatte diese Methodik zu rezipieren. Ergebnis dieser Sichtweise war die das 19. Jahrhundert beherrschende Idee einer Universaljurisprudenz als Kombination von vertikaler und horizontaler Vergleichung.<sup>2</sup> Dieser Ansatz beruhte auf drei zentralen Annahmen:

Erstens sollte die Universaljurisprudenz in Abkehr von den Paradigmen des vorangehenden vernunftrechtlichen Zeitalters weniger normativ-spekulativ als vielmehr streng empirisch ausgerichtet sein.<sup>3</sup> Der Vergleich der jeweils eigenen geltenden Rechtsordnung mit anderen – früheren oder parallel geltenden – Rechten bildete eine zentrale Grundlage des hierfür notwendigen Anschauungsmateri-

als. Zweitens sollte die Universaljurisprudenz eine genetische Betrachtungsperspektive einnehmen. Ziel des Vergleichs war somit stets die Erforschung von Entwicklungsabhängigkeiten, wobei die geschichtliche Entwicklung des Rechts in Anlehnung an die Darwinsche Lehre als ein Evolutionsprozess abgebildet werden sollte, der von „archaischeren“ zu höher entwickelten Rechtsstufen führt. Dieser Gedanke beflügelte drittens die insbesondere bei Henry Maine entfaltete Annahme, dass parallel existierende unterschiedliche Rechtsordnungen stets als asynchrone Entwicklungsstufen des Rechts in seiner Gesamtheit zu deuten seien.<sup>4</sup> Hiermit war die Idee gemeint, dass den als hochentwickelt angesehenen Rechtsordnungen der damaligen Zeit, zu denen Maine in erster Linie das englische und mit Einschränkungen auch das kontinentaleuropäische Recht zählte, weniger entwickelte Rechtsordnungen in anderen Teilen der Welt gegenüberstünden. Der einzige Zweck eines horizontalen Vergleichs mit diesen Rechtsordnungen konnte auf der Linie Maines darin liegen, aus dem Studium der Auslandsrechte gewisse Rückschlüsse auf frühere, mittlerweile überwundene, Entwicklungsstufen der eigenen Rechtsordnung zu ziehen und somit etwaige Überlieferungslücken im genetischen Evolutionsprozess des Rechts zu schließen. In diesem Bild begrenzte sich der Vergleich mit Auslandsrechtsordnungen daher auf eine Art „Spiegel“ zurück in die Geschichte der eigenen Rechtsordnung. In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts erhielt dieser Forschungsansatz zudem einen stark rechtsethnologischen bzw. rechtsanthropologischen Einschlag. Dabei wurde das Schlagwort der Universaljurisprudenz durch dasjenige der Universalrechtsgeschichte abgelöst.<sup>5</sup> Somit zeichnete sich der rechtsvergleichende Ansatz des 19. Jahrhunderts durch eine begrenzte, letztlich auf das bessere Verständnis des eigenen Rechts ausgerichtete, Zielstellung und zugleich durch eine intrinsische Motivation aus, die an wissenschaftlicher Erkenntnis als solcher interessiert war. Eine anwendungsorientierte oder gar rechtspolitisch ausgerichtete Funktion des Rechtsvergleichs war hingegen noch nicht anerkannt.

\* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Zivilrecht, Zivilprozessrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Goethe-Universität Frankfurt am Main.

1 Eingehend hierzu Mohnhaupt, Rechtsvergleichung als Erkenntnis-methode, 2022 und Vogenauer, RabelsZ 76 (2012), 1122 ff.; im Überblick auch Kischel, Rechtsvergleichung, 2015, § 1 Rn. 27 ff. und Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 8 ff.

2 Vogenauer, RabelsZ 76 (2012), 1122 (1125 ff.).

3 Vogenauer, RabelsZ 76 (2012), 1122 (1133 ff.).

4 Grundlegend Maine, Ancient Law, Erstaufl. 1861/12. Aufl. 1888.

5 Zur Idee der Universalrechtsgeschichte näher Mohnhaupt, (Fn. 1), S. 141 ff., 167 ff.

## B. Die Neuorientierung der Rechtsvergleichung im 20. Jahrhundert

### I. Anwendungsbezogen-rechtspolitischer Charakter

Mit dem Beginn des 20. Jahrhunderts änderte sich dieses Bild jedoch grundlegend. Als äußere Wegscheide fungierte dabei ein im Jahr 1900 in Paris abgehaltener Kongress.<sup>6</sup> Von dort ging das Plädoyer für eine gegenwarts- und anwendungsorientierte Rechtsvergleichung aus, die sich von der Rechtsgeschichte weitgehend emanzipieren und ihre eigene Methodik entwickeln sollte. Dieser Aufruf, der insbesondere durch *Edouard Lambert* und *Raymond Saleilles* formuliert wurde, fiel in den folgenden Jahren auf einen fruchtbaren Boden. So sah auch *Ernst Rabel*, obgleich seinerseits in rechtsgeschichtlich-romanistischer Tradition stehend, die Aufgabe des 1926 in Berlin gegründeten Kaiser-Wilhelm-Instituts für Rechtsvergleichung in erster Linie darin, die Rechtsvergleichung als Anregung für den nationalen Gesetzgeber bzw. für rechtsvereinheitlichende Projekte fruchtbar zu machen.<sup>7</sup> Das rein intrinsisch-wissenschaftsorientierte Bild der Rechtsvergleichung des 19. Jahrhunderts wich somit einem anwendungsbezogen-rechtspolitischen Ziel.

Im weiteren Verlauf bis zur Gegenwart hat sich diese Neupositionierung der Rechtsvergleichung mehr und mehr durchgesetzt. Dies gilt in besonderem Maße für Europa, wo rechtsvergleichende Arbeiten eine wichtige Grundlage für Rechtsvereinheitlichungsprojekte bilden. Ein plastisches Beispiel hierfür stellt der im Jahr 2009 abgeschlossene Draft Common Frame of Reference (DCFR) dar, der eine Modellkodifikation des bürgerlichen Vermögensrechts mit Ausnahme des Immobiliarsachenrechts enthält und der das Anschauungsmaterial aus allen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union berücksichtigt und durch die Herausarbeitung von „common rules“ und „best rules“ rechtspolitisch fruchtbar machen soll.<sup>8</sup>

## II. Die funktionale Methode als Ausdruck der Neuorientierung

### 1. Die Kernaussagen der funktionalen Methode

Als Leitmethode der anwendungsbezogen-rechtspolitisch ausgerichteten Rechtsvergleichung fungierte über weite Strecken des 20. Jahrhunderts die sogenannte funktionale Methode, die beispielsweise dem klassischen Standard-

werk von *Zweigert* und *Kötz* zugrunde liegt.<sup>9</sup> Den Kern der funktionalen Methode bildet die Annahme, dass sich allen Gesellschaften der Gegenwart mehr oder weniger identische Regelungsprobleme stellen, die durch das Recht bewältigt werden müssen. Die dogmatischen Konstruktionen, welche die einzelnen Rechtsordnungen zur Lösung dieser Probleme wählen, mögen aus historischen oder sonstigen Gründen höchst unterschiedlich sein. Entscheidend ist aus Sicht der funktionalen Methode aber, dass sich diese nationalen dogmatischen Konstruktionen als Antworten auf eine in allen Rechtsordnungen einheitliche Fragestellung begreifen lassen, nämlich als zweckgerichtet-funktionale Antworten auf ein bestimmtes gesellschaftliches Sachproblem.

Ist somit das gesellschaftliche Sachproblem als *tertium comparationis* der Rechtsvergleichung identifiziert, erscheint auch eine weitere Grundannahme der funktionalen Methode plausibel: Es besteht eine gewisse Vermutung dafür, dass die einzelnen Rechtsordnungen trotz unterschiedlicher dogmatischer Konstruktionen auf ein einheitliches Sachproblem auch rechtliche Antworten geben, die im praktischen Endergebnis zumindest in ihrem Kern übereinstimmen, was das bekannte Schlagwort der „*praesumptio similitudinis*“ umschreibt.<sup>10</sup> Die dogmatischen Eigenheiten der verglichenen Rechtsordnungen nehmen somit den Charakter funktionaler Äquivalente an und sind nur verschiedene Wege zum selben Ziel, sodass von einer stetig zunehmenden Konvergenz der Rechtsordnungen gesprochen wird.

### 2. Beispielhafte Verdeutlichung der Kernaussagen

Ein praktisches Beispiel kann diese Grundannahmen der funktionalen Methode verdeutlichen: Ein auf sein Lebensende vorausblickender zukünftiger Erblasser hat den Willen gefasst, durch ein Testament die gesetzliche Erbfolge zugunsten einer bestimmten Person abzuändern. Er setzt sich mit seinem Rechtsanwalt in Verbindung, der auch zusagt, die notwendigen Schritte rechtzeitig einzuleiten, aber aus Sorgfaltswidrigkeit so verschleppt, dass sein Vertragspartner ohne Testament verstirbt. Dann stellt sich die Frage, ob diejenige Person, die durch das Testament begünstigt worden wäre, einen Schadensersatzanspruch in Höhe des entgangenen Erbes gegen den Rechtsanwalt hat, obwohl sie zu diesem in keiner eigenen vertraglichen Beziehung stand.

In Deutschland hatte der BGH eine solche Konstellation bereits im Jahr 1966 zu entscheiden.<sup>11</sup> Verständlicherweise

6 Hierzu im Einzelnen wiederum *Vogenaier*, *RabelsZ* 76 (2012), 1122 (1148 ff.).

7 *Rabel*, *RabelsZ* 1 (1927), 1 ff.

8 v. *Bar/Clive* (Hrsg.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition*, 6 vols., 2009.

9 *Zweigert/Kötz*, (Fn. 1), S. 31 ff.; übergreifend zur funktionalen Methode aus jüngerer Zeit *De Coninck*, *RabelsZ* 74 (2010), 318 ff. und *Michaels*, *The Functional Method of Comparative Law*, in: *Reimann/Zimmermann* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2. Aufl. 2019, S. 345 ff.

10 *Zweigert/Kötz*, (Fn. 1), S. 38 f.

11 *BGH JZ* 1966, 141 m. Anm. *W. Lorenz*.

erwähnte das Gericht in seinem Urteil die Option eines deliktischen Schadensersatzanspruchs des übergangenen Erben gegen den Rechtsanwalt nicht einmal mit einem Satz, da die §§ 823 ff. BGB bei einem bloß fahrlässigen Fehlverhalten keinen Ersatz für reine Vermögensschäden gewähren, die im Fall der entgangenen Erbschaft in Rede stehen. Der BGH konnte einen Schadensersatzanspruch somit nur aus einer Schutzwirkung des Vertrags zwischen dem Erblasser und dem Rechtsanwalt für den potenziellen Erben ableiten. Er hat diese Schutzwirkung und damit einen Schadensersatzanspruch auch mit dem Argument bejaht, dass der Vertrag zwischen dem Erblasser und dem Anwalt nach seinem Zweck der wirtschaftlichen Begünstigung des potentiellen Erben dienen sollte und damit auch diesen Dritten schützen müsse.<sup>12</sup>

Knapp 30 Jahre später hatte das britische House of Lords als – damals<sup>13</sup> – höchstes englisches Gericht eine nahezu identische Fallkonstellation in der Entscheidung *White v. Jones* zu beurteilen.<sup>14</sup> Auf der Grundlage des englischen Rechts war jedoch der durch den BGH gewählte Weg eines vertraglichen Schadensersatzanspruchs verschlossen, da die sogenannte doctrine of consideration vertragliche Ansprüche in der Regel nur zugunsten desjenigen erlaubt, der auch eine Gegenleistung an die andere Partei erbringt.<sup>15</sup> Dies trifft vorliegend jedoch nicht zu, da der geschädigte potentielle Erbe dem sorgfaltswidrig handelnden Rechtsanwalt keinerlei Gegenleistung schuldete. Deshalb schien nach englischem Recht nur der Weg über das Deliktsrecht, das tort law, gangbar. Anders als im deutschen Recht war dies deswegen nicht kategorisch ausgeschlossen, weil der Tatbestand des tort of negligence (Fahrlässigkeitsdelikt) – anders als § 823 Abs. 1 BGB – nicht nur bestimmte enumerierte Rechtsgüter schützt, sondern unter Umständen auch zum Ersatz reiner Vermögensschäden herangezogen werden kann.<sup>16</sup> Im Ergebnis bejahte das House of Lords in einer mit 3:2 Richterstimmen ergangenen Entscheidung auch einen Anspruch des übergangenen Erben gegen den Rechtsanwalt aus negligence. Dies geschah wiederum mit dem sachlichen Argument, dem Anwalt müsse klar gewesen sein, dass ein Fehlverhalten unmittelbar den potentiellen Erben schädigen würde, weshalb er durch eine Haftung nicht unbotmäßig belastet werde, sondern vielmehr umgekehrt im Fall einer Versagung des Schadensersatzanspruchs eine erhebliche Haftungslücke drohen würde.<sup>17</sup> Es handelt sich somit um ein klassisches Beispiel funktionaler Äquivalenz: Dogmatisch streng getrennte Wege – das Vertrags-

recht in Deutschland, das Deliktsrecht in England – führen zu einer im Ergebnis identischen Lösung eines einheitlichen Sachproblems, nämlich zur Haftung des Rechtsanwalts für die fehlgeschlagene Erbfolge.

In diesem Sinn erfordert die funktionale Methode, sich bei rechtsvergleichenden Betrachtungen von jedweder Verengung des Blicks durch national-dogmatische Vorverständnisse freizumachen. Liebgewonnene Kategorisierungen der eigenen Rechtsordnungen müssen hierbei überwunden werden. Vielmehr sind in den Vergleich alle denkbaren Rechtsquellen und Konfliktlösungsmechanismen einzubeziehen.<sup>18</sup> Ein Problem, das in einer Rechtsordnung durch eine materiell-rechtliche Formvorschrift gelöst wird, mag in einer anderen Rechtsordnung in ähnlicher Weise durch eine prozessuale Beweisregelung bewältigt werden. Während die eine Rechtsordnung die Folgen von Unfallschäden durch private Haftungsansprüche reguliert, mag eine andere Rechtsordnung ähnliche Ergebnisse über ein sozialversicherungsrechtliches System erzielen.<sup>19</sup> Die funktionale Äquivalenz kann sogar so weit gespannt sein, dass ein Sachproblem in einer Rechtsordnung durch Institute des objektiven Rechts geregelt wird, während die Lösung in anderen Rechtsordnungen rein vertraglichen Vereinbarungen überlassen wird, die mittelbar jedoch wiederum eine Annäherung an die objektiv-institutionelle Lösung bewirken können.

Auch hierfür sei ein Beispiel angeführt: Das Problem der Verlässlichkeit und des Vertrauensschutzes bei Grundstücksgeschäften wird in Deutschland über das Grundbuch bewältigt. Nach § 892 BGB genießt das Vertrauen auf die Eintragungen in dem hoheitlich geführten Register Schutz. Wenn der im Grundbuch eingetragene Veräußerer nicht der wirklich Berechtigte war, greift ein gutgläubiger Erwerb ein, sodass der Erwerber das Grundstück nicht an den vormaligen Eigentümer herausgeben muss. Die Leichtigkeit und Sicherheit des Rechtsverkehrs werden somit über das Grundbuch objektivrechtlich-institutionell gewährleistet. Anders gestaltet sich im Ausgangspunkt die Rechtslage in den USA, denn hier existiert in der Regel kein mit öffentlichem Glauben ausgestattetes hoheitliches Register. Stellt sich ex post heraus, dass der Veräußerer nicht der Berechtigte war, muss der Erwerber das Grundstück somit an den wahren Berechtigten herausgeben und kann sich nicht auf einen gutgläubigen Erwerb berufen. Um die damit verbundenen Risiken wenigstens finanziell abzusichern, hat sich das Arrangement einer sogenannten title insurance herausgebildet. Grundstücksgeschäfte werden in den USA daher regelmäßig nur dann abgeschlossen, wenn der Veräußerer eine Haftungszusage einer Versicherungsgesellschaft beibringt, die eingreift, wenn der Erwerber das Grundstück an einen Drittberechtigten herausgeben muss. Insoweit sind die Lösungen des deutschen und des amerikanischen Rechts aber noch nicht voll funktional äquivalent. Der Erwerber in Deutschland genießt Bestandsschutz, während er in den USA durch die Versicherung lediglich finanziell

12 BGH JZ 1966, 141 (142).

13 Mittlerweile ist das House of Lords an der Spitze der englischen Gerichtsbarkeit durch den Supreme Court of the United Kingdom abgelöst worden; zu den Hintergründen dieses Prozesses *Le Sueur*, From Appellate Committee to Supreme Court: A Narrative, in: Blom-Cooper/Dickson/Drewry (Hrsg.), *The Judicial House of Lords 1876–2009*, 2009, S. 64 ff.

14 *White v. Jones* [1995] 2 A.C. 207.

15 Hierzu *Peel*, *Treitel on the Law of Contract*, 15. Aufl. 2020, S. 77 ff.

16 Dazu *Deakin/Adams*, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, 8. Aufl. 2019, S. 124 ff.

17 *White v. Jones* [1995] 2 A.C. 207 (259 f.) per *Lord Goff*.

18 *Zweigert/Kötz*, (Fn. 1), S. 33 ff.

19 Grundlegend hierzu *Calabresi*, *The Costs of Accidents*, 1970.

entschädigt wird. Jedoch hat das amerikanische System zu folgendem Phänomen geführt: Die Versicherungsgesellschaften, die sich auf eine title insurance spezialisieren, legen, um ihr Risiko besser beherrschen und damit attraktive Versicherungsprämien anbieten zu können, private Grundbücher an, in denen sie so viele Informationen über Grundstücksberechtigungen wie möglich sammeln. Hierdurch sind im Laufe der Zeit durch einen dezentral-marktorientierten Mechanismus ähnlich belastbare Register entstanden, wie es für das Grundbuch in Deutschland gilt, sodass sich die beiden Lösungen deutlich aneinander annähern.<sup>20</sup>

### III. Die Kritik an der funktionalen Methode

Trotz des großen Erfolgs und der Überzeugungskraft der funktionalen Methode haben sich in den letzten Jahrzehnten auch kritische Stimmen gegenüber dieser Methode erhoben. Diese Kritik beruht ihrerseits jeweils auf unterschiedlichen Ansatzpunkten, weist jedoch insoweit einen gemeinsamen Kern auf, als sie sich gegen die Idee richtet, den maßgeblichen Ausgangspunkt der Rechtsvergleichung könne ein gesellschaftliches Sachproblem bilden, auf das sodann durch rechtsdogmatisch unterschiedliche, aber funktional häufig äquivalente Lösungen reagiert werde.

#### 1. Das Problem der Bewertungsmaßstäbe und die ökonomische Analyse des Rechts

So ist gegen die funktionale Methode zunächst eingewandt worden, dass sie ihren Anspruch, die Grundlage einer anwendungsorientierten und rechtspolitisch ausgerichteten Rechtsvergleichung zu bilden, immer dann nicht einlösen könne, wenn die rechtsdogmatischen Vorgaben unterschiedlicher Rechtsordnungen nicht zu äquivalenten, sondern zu unterschiedlichen Lösungen führen.<sup>21</sup> In einem solchen Fall bedarf es, insbesondere im Rahmen von Rechtsvereinheitlichungsprojekten, eines Bewertungsmaßstabs, um die vorzugswürdige Lösung herausfiltern zu können. Einen solchen Maßstab stellt die funktionale Methode aber nicht selbst zur Verfügung. Verdeutlichen lässt sich diese Kritik am vertragsrechtlichen Teil des oben bereits erwähnten DCFR. Dieses europäische Modellgesetz sah sich dem Problem ausgesetzt, dass trotz aller Konvergenzen der europäischen Privatrechtsordnungen einzelne, aber nicht unwesentliche Regelungsfragen immer noch unterschiedlich beantwortet werden, insbesondere entlang der Grenze zwischen den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen und dem englisch geprägten common law. Beispiele hierfür bilden die Voraussetzungen einer Irr-

tumsanfechtung, bestimmte Fragen der Vertragsauslegung oder die Rechtsbehelfe bei Leistungsstörungen. In diesem Zusammenhang wählten die Verfasser des DCFR teils die englische, teils die kontinentaleuropäische Lösung, ohne dass insoweit ein klares Kriterium für diese Entscheidungen erkennbar wäre.<sup>22</sup>

Vor diesem Hintergrund hat in den vergangenen Jahrzehnten vor allem die ökonomische Analyse des Rechts einen Ansatz entwickelt, mit dem das skizzierte Desiderat der funktionalen Methode möglicherweise aufgefüllt werden kann.<sup>23</sup> Die ökonomische Analyse stimmt mit der funktionalen Methode zwar darin überein, dass sie das Recht als ein Mittel anwendungsorientierter Zweckverwirklichung betrachtet. Anders als die auf eine bloße Offenlegung dieses Zusammenhangs ausgerichtete funktionale Methode bietet die ökonomische Analyse aber zugleich ein sachliches Kriterium an, um in Divergenzfällen die vorzugswürdige Lösung zu identifizieren, nämlich die optimale Allokation von Ressourcen und die damit verbundene Maximierung der gesamtgesellschaftlichen Wohlfahrt.<sup>24</sup> In jüngerer Zeit hat sich dabei ergänzend ein zunehmend bedeutsamer Forschungszweig herausgebildet, der quantitativ-statistische Ansätze zur Bewertung der Qualität von Rechtsordnungen heranzieht.<sup>25</sup> Derartige Ansätze haben eine heftige Diskussion über den Stellenwert ökonomischer Argumente in der Rechtsanwendung und Rechtssetzung ausgelöst, der an dieser Stelle nicht weiter nachgezeichnet werden kann.<sup>26</sup> Selbstverständlich betrifft diese Debatte aber auch die Rolle der ökonomischen Analyse innerhalb der Rechtsvergleichung.

#### 2. Die Kritik an der zweckrationalen Grundorientierung der funktionalen Methode

Während der Kontrast zwischen der klassischen funktionalen Methode und der ökonomischen Analyse des Rechts gleichsam einen Binnenstreit innerhalb einer zweckorientierten Rechtsvergleichung betrifft, kann eine zweite Schiene der Kritik an der funktionalen Methode identifiziert werden, die deren Annahmen in noch grundsätzlicherer Weise hinterfragt. Hierbei geht es um das Problem, inwieweit sich Recht überhaupt als ein rein zweckorientierter Problemlösungsmechanismus begreifen lässt. Im Kontext

20 Ausführlich aus rechtsvergleichender Sicht v. Hoffmann, Das Recht des Grundstückskaufs, 1982; im Überblick Zweigert/Kötz, (Fn. 1), S. 37 f.

21 Vgl. Kischel, (Fn. 1), § 3 Rn. 7 ff.; Vorgriff auf diese Kritik bereits bei Zweigert/Kötz, (Fn. 1), S. 38 f.

22 Kritisch hierzu etwa Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann, JZ 2008, 529 (534 ff.).

23 Zum Verhältnis zwischen Rechtsvergleichung und ökonomischer Analyse näher Faust, Comparative Law and Economic Analysis of Law, in: Reimann/Zimmermann (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Law, 2. Aufl. 2019, S. 826 ff. und im Überblick Kischel, (Fn. 1), § 3 Rn. 56 ff.

24 Hierzu grundlegend Posner, Economic Analysis of Law, 9. Aufl. 2014, S. 3 ff.

25 Eingehend zum „Numerical Comparative Law“ Siems, Comparative Law, 3. Aufl. 2022, S. 207 ff.

26 Umfassend hierzu Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 4. Aufl. 2015.

der Rechtsvergleichung hat beispielsweise *Günter Frankenberg* in einem vielzitierten Beitrag aus dem Jahr 1985 diese Grundannahme kritisiert.<sup>27</sup> Er identifiziert die funktionale Methode mit einer zweckrationalistischen, positivistischen und textgebundenen Sicht des Rechts. Diese Sichtweise, so seine Einschätzung, möge zwar den Kern des Rechtsverständnisses westlicher Industriestaaten treffen, könne aber keinesfalls die Grundlage einer rechtsvergleichenden Universalmethode mit einem globalen Anspruch bilden.

#### a) Die „kulturalistische“ Kritik *Legrands*

In eine ähnliche Richtung weist die Kritik, die *Pierre Legrand* vor dem Hintergrund der Bestrebungen zu einer Vereinheitlichung des Privatrechts in Europa an der funktionalen Ausrichtung der rechtsvergleichenden Methode geäußert hat.<sup>28</sup> *Legrand* rückt hierbei die Kulturbezogenheit des Rechts in das Zentrum der Erwägungen. Nach seiner Überzeugung bestehen sowohl im europäischen als auch im globalen Kontext tiefgreifende entwicklungsgeschichtliche, kulturelle und mentalitätsbezogene Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen, die eine Konvergenz der Rechtsordnungen bzw. eine „*praesumptio similitudinis*“ allenfalls auf einer sehr oberflächlichen Ebene erlauben würden. Das Recht wird aus dieser Perspektive weniger durch einen zweckgerichteten als vielmehr durch einen intrinsischen Standpunkt geprägt, der unmittelbar mit der jeweiligen national-kulturellen Identität verbunden ist. Eine wichtige Rolle spielt für *Legrand* hierbei die Unterscheidung zwischen der kontinentaleuropäischen Rechtskultur einerseits und der Rechtskultur des common law andererseits, die sich durch unterschiedliche Paradigmen auszeichnen sollen.<sup>29</sup> Danach wären, um das oben angeführte Beispiel des Verkehrsschutzes bei Grundstücksgeschäften aufzugreifen, die deutsche Lösung des grundbuchrechtlichen Vertrauensschutzes und die amerikanische Lösung der title insurance nicht als funktionale Äquivalente zu deuten, sondern als Ausdruck inkommensurabler rechtskultureller Grundanschauungen. In der deutschen Lösung spiegelt sich, den Ansatz *Legrands* fortgedacht, aus rechtskultureller Sicht das Modell eines vorsorgenden Staates wider, während die amerikanische

Lösung als Ausdruck einer streng marktorientierten „competitive society“ erscheint.<sup>30</sup>

Schwenkt man von der Beispielsebene zurück auf die allgemein-methodische Ebene, sind die Auswirkungen der Fundamentalkritik *Legrands* für die Rechtsvergleichung erheblich: Ein funktional orientierter, auf eine „*praesumptio similitudinis*“ ausgerichteter Rechtsvergleich, der anwendungsorientiert das Ideal einer Rechtsvereinheitlichung im Blick hat, erscheint dann unmöglich. Das Studium zweckgerichteter Gemeinsamkeiten unter Rechtsordnungen müsste vielmehr dem Studium kulturbedingter Unterschiede weichen. Dessen Ziel wäre dann nicht anwendungsbezogen-rechtspolitischer Natur, sondern würde ein wissenschaftliches Erkenntnisinteresse als solches betreffen und könnte darin bestehen, kulturell andersartige Rechtsordnungen als eine Folie zu nutzen, um die Strukturen und Werte der eigenen Rechtsordnung besser zu verstehen, ohne dass die Aussicht auf eine wechselseitige Annäherung bestünde.

Die Thesen *Legrands* sind auf ein lebhaftes und überwiegend kritisches Echo gestoßen. Versucht man, sich dem Streit zwischen einer funktionalen und einer kulturellen Orientierung der Rechtsvergleichung zu nähern, so erscheint eine Kompromisslinie durchaus denkbar. Beispielsweise hat die traditionelle Rechtsvergleichung stets anerkannt, dass die Idee funktionaler Äquivalente in erster Linie auf die klassischen Bereiche des wirtschaftsnahen (Privat-)Rechts ausgerichtet ist, während sich andere Teilbereiche der Rechtsordnungen einer derartigen Betrachtungsweise tendenziell eher entziehen mögen.<sup>31</sup> Daher stellt es keinen Zufall dar, dass sich das der funktionalen Methode verpflichtete Standardwerk von *Zweigert* und *Kötz* in seinem Besonderen Teil auf das Vertragsrecht, die ungerechtfertigte Bereicherung und das Deliktsrecht beschränkt, während Gebiete wie zum Beispiel das Familien- oder das Erbrecht, die zumeist als wesentlich stärker kulturgeprägt wahrgenommen werden, ausgespart bleiben.<sup>32</sup> Damit gewinnt die Unterscheidung zwischen einer funktionalen und einer kulturbezogenen Sichtweise letztlich weniger einen kategorialen als vielmehr einen graduellen und kontextabhängigen Charakter. Dass sich hierbei eine rein schematische Sichtweise verbietet, belegt exemplarisch die in jüngerer Zeit intensiv geführte Diskussion über das Thema „Islamic Banking“. Während es sich bei Finanzmarktgeschäften grundsätzlich um in hohem Maße zweckorientierte Aktivitäten handelt, zeichnen sich diese Geschäfte aus Sicht des islamischen Rechtskreises gleichwohl durch ein hohes Maß an religiös-kultureller Einbet-

27 *Frankenberg*, (1985) 26 Harv. Int. L.J. 411 ff. sowie aus jüngerer Zeit *Frankenberg*, *Comparative Law as Critique*, 2016.

28 *Legrand*, [2006] 1 J. Comp. L. 13 ff. und *Legrand*, *The same and the different*, in: *Legrand/Munday* (Hrsg.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, 2003, S. 240 ff.

29 *Legrand*, *The same and the different*, in: *Legrand/Munday* (Hrsg.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, 2003, S. 240 (242 ff.).

30 Zu diesen unterschiedlichen Grundparadigmen der kontinentaleuropäischen und amerikanischen Gesellschafts- und Rechtsordnungen eingehend *Stürmer*, *Markt und Wettbewerb über alles?*, 2007, S. 33 ff. sowie im Überblick *Maultzsch*, *Anglo-amerikanische Rechtshegemonie in Deutschland und Europa?*, in: *100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt*, hrsg. vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt am Main, 2014, 501 (505 ff.).

31 Dazu bereits *Zweigert/Kötz*, (Fn. 1), S. 38 f.

32 Vgl. aber zu einer differenzierteren Einschätzung der Rolle kultureller Vorprägungen im Erbrecht *Zimmermann*, *JZ* 2016, 321 ff.

tion aus, das sich einer rein funktionalen Erfassung entzieht.<sup>33</sup> Dies bedeutet umgekehrt aber keineswegs, dass auch im europäisch-westlichen Raum eine einheitliche und funktional-zweckorientierte Regelung von Finanzmarkttransaktionen an inkommensurablen rechtskulturellen Unterschieden scheitern muss.

#### b) Die historisch-genetische Rechtsvergleichung im Sinne Zimmermanns

Über eine Sichtweise hinausgehend, die rein kontextabhängig zwischen einem funktionalen und einem kulturell orientierten Ansatz der Rechtsvergleichung vermitteln will, haben sich aber auch Ansätze herausgebildet, die als Versuch verstanden werden können, an die Stelle der Trennung zwischen funktionaler Äquivalenz und kultureller Diversität ein neues und umfassend einigendes Paradigma zu setzen.

Dies gilt zunächst für den Ansatz der historisch-genetischen Rechtsvergleichung im Sinne Reinhard Zimmermanns und seiner Schule. Zimmermann teilt einerseits *Legrands* Unbehagen gegenüber einer europäischen Privatrechtsvereinheitlichung, die allein auf funktional-zweckorientierte Überlegungen gestützt wird und die historisch-kulturellen Wurzeln der Rechtsordnungen nicht hinreichend in den Blick nimmt. Abweichend von *Legrands* Auffassung lassen sich übergreifende gemeinsame Wurzeln eines gemeineuropäischen Privatrechts aus der Sicht Zimmermanns aber durchaus finden, nämlich im römischen Recht und in seiner über das *Corpus Iuris Civilis* vermittelten Rezeption in Europa.<sup>34</sup> Dieses römisch-rechtliche Erbe bilde die gemeinsamen Grundfesten aller europäischen Privatrechtsordnungen einschließlich des englischen *common law*.<sup>35</sup> Divergenzen zwischen den einzelnen Privatrechtsordnungen seien vor diesem Hintergrund häufig auf eine unterschiedliche Rezeptionsgeschichte des römischen Rechts zurückzuführen, sodass die Rechtsvergleichung die Gestalt einer vergleichenden Rezeptionsgeschichte des *Corpus Iuris Civilis* in Europa annehmen könne. In der Folge müsse sodann auch der Prozess der Rechtsvereinheitlichung stärker an die gemeinsamen historischen und kulturellen Traditionen rückgekoppelt werden und dürfe sich nicht auf eine funktional orientierte Perspektive beschränken.<sup>36</sup> An die Stelle des funktional-vorwärts-

blickenden Vergleichs würde nach diesem Modell ein historisch-rückwärtsblickend fundierter Vergleich zwischen verschiedenen Rechtsordnungen treten und somit der Ansatz des 19. Jahrhunderts<sup>37</sup> wiederbelebt, wenn auch unter neuen Vorzeichen und mit einer neuen Ausrichtung.

Die historisch-genetische Denkrichtung hat sowohl unter Rechtshistorikern als auch Rechtsvergleichern eine lebhaft Diskussion ausgelöst und die grundlagenorientierte Sicht auf das Privatrecht maßgeblich befruchtet.<sup>38</sup> Aus spezifisch rechtsvergleichender Sicht scheint gleichwohl ein gewisses Fragezeichen angebracht, inwieweit dieser Ansatz in der Lage ist, die „Gräben“ zwischen der kontinentaleuropäischen und der englischen Rechtsperspektive vollständig zu schließen. Ohne Zweifel hat das römische Recht insbesondere über das sogenannte *equity*-Recht auch in England einen erheblichen Einfluss ausgeübt. Doch gerade das *common law*, das heißt das klassische englische Fallrecht im engeren Sinne, steht als Ausdruck einer praktisch-fallorientierten Kunstfertigkeit durchaus in einem gewissen Gegensatz zu dem wissenschaftlich-systematisch geprägten kontinentaleuropäischen Recht.<sup>39</sup>

#### c) Die Rechtstransplantat-Forschung im Sinne Watsons

Dies leitet über zu dem letzten methodischen Ansatz der Rechtsvergleichung, der an dieser Stelle vorgestellt sei, nämlich zu der sogenannten Rechtstransplantat-Forschung. Geprägt wurde dieser Ansatz seit den 1970er Jahren vor allem durch *Otto Kahn-Freund*<sup>40</sup> und *Alan Watson*<sup>41</sup>. Insbesondere *Watson* hat sich in mehreren großangelegten Studien mit dem Phänomen beschäftigt, dass rechtliche Regelungskomplexe oder Institute häufig erfolgreich von einer Rechtsordnung in eine andere übertragen, also gleichsam transplantiert werden. Hierbei ging es *Watson* ursprünglich um die Rezeption des *Corpus Iuris Civilis* in verschiedenen europäischen Rechtsordnungen. Weiteren Auftrieb hat das Modell des Rechtstransplantats aber vor allem in den letzten 30 Jahren durch die politischen und rechtlichen Reformprozesse in Mittel-Osteuropa, Lateinamerika und Asien erhalten.<sup>42</sup> Diese Prozesse lösen einen erheblichen Änderungsbedarf in den betreffenden Rechtssystemen aus, der jedoch häufig nicht durch die Neukonstruktion rechtlicher Lösungen erfüllt wird, sondern durch die Übernahme von Regelungen und Instituten, welche die Reformstaaten

33 Perspektiven auf die Problematik bei Blaurock (Hrsg.), *The Influence of Islam on Banking and Finance*, 2014.

34 Grundlegend Zimmermann, *AcP* 202 (2002), 243 ff. sowie Zimmermann, *JZ* 2007, 1 ff. und Jansen, *Binnenmarkt, Privatrecht und europäische Identität*, 2003.

35 Weiterführend zu dem Verhältnis zwischen römischem und englischem Recht Zimmermann, *ZEuP* 1993, 4 ff. sowie jüngst zum „europäischen Charakter“ speziell des englischen Erbrechts Zimmermann, *ZEuP* 2023, 290 ff.

36 Zimmermann, *Europäisches Privatrecht – Irrungen, Wirrungen, in: Begegnungen im Recht – Ringvorlesung der Bucerus Law School zu Ehren von Karsten Schmidt* anlässlich seines 70. Geburtstags, hrsg. von den Professorinnen und Professoren der Bucerus Law School, 2011, S. 321 ff.

37 Hierzu oben A.

38 Resümierend vor einem breiteren Hintergrund aus jüngerer Zeit Häcker, *Die historisch-vergleichende Methode in historisch-vergleichender Sicht*, in: Jansen/Meier (Hrsg.), *Iurium itinera – Reinhard Zimmermann zum 70. Geburtstag* am 10.10.2022, 2022, S. 75 ff.

39 Hierzu Hager, *Rechtmethoden in Europa*, 2009, S. 86 ff. sowie Maultzsch, *Grundstrukturen der englischen Case Law-Methodik*, in: Rückert/Seinecke (Hrsg.), *Methodik des Zivilrechts von Savigny bis Teubner*, 3. Aufl. 2017, Rn. 1314 ff.

40 [1974] 37 *Mod. L. Rev.* 1.

41 Grundlegend Watson, *Legal Transplants*, 1974 (2. Aufl. 1993); in der Folge auch Watson, *Society and Legal Change, 1977* und Watson, *Legal History and a Common Law for Europe*, 2001.

42 Dazu Rehm, *RabelsZ* 72 (2008), 1 (34 ff.).

in den Rechtsordnungen der nordatlantisch-westlichen Welt vorfinden.

Dieses allgegenwärtige Phänomen der Rechtstransplantate scheint zunächst die streng kulturalistische These *Legrands* zu widerlegen. Die Einpassungsfähigkeit ursprünglich fremder Elemente in andere Rechtsräume ist trotz aller damit verbundenen Schwierigkeiten praktikierbar und widerspricht dem Gedanken einer unüberwindbaren Rechtspluralität. Zugleich stellen die Grundannahmen der Rechtstransplantat-Forschung aber auch eine Absage an die klassische funktionale Methode der Rechtsvergleichung dar. Denn der Umstand, dass gesellschaftliche Umbruchsituationen häufig durch die Rezeption komplexer Elemente aus fremden Rechtsordnungen bewältigt werden, rückt nach der Auffassung *Watsons* den professionellen Juristenstand in das Zentrum des Geschehens.<sup>43</sup> Gesellschaftliche Veränderungsprozesse mögen den Transplantationsprozess zwar auslösen, entscheidend für die Übernahme einer fremden Lösung ist nach *Watson* aber nicht deren funktionale Wirkung, sondern dass sie den juristischen Entscheidungsträgern des Empfängerstaats als eine aus ihrer Expertensicht einpassungsfähige Lösung erscheint. In gewisser Weise erweckt dieser Ansatz somit die Idee eines autonomen, sich gegenüber allgemeinen gesellschaftlichen Einflüssen tendenziell abgrenzenden Rechtssystems zu neuem Leben.

Hiermit ist aber bereits die Replik vorgezeichnet, die der Rechtstransplantat-Forschung aus klassisch-funktionaler Sicht entgegengehalten werden kann. Zwar mag der Geltungsanspruch eines autonom operierenden Juristenstands in vielen Fällen den Ausgangspunkt der Übernahme fremder Institute und Regelungskomplexe bilden. Ob diese aber wirklich nachhaltig in den „Organismus“ der Empfängerrechtsordnung eingegliedert oder vielleicht modifiziert bzw. später wieder „abgestoßen“ werden, bestimmen – so die Gegenthese – langfristig ihre gesellschaftlich-funktionalen Auswirkungen.<sup>44</sup> So war die Rechtstransplantat-Forschung bisher nicht in der Lage, den Beweis zu erbringen, dass sich auch gesellschaftlich-dysfunktionale Importe aufgrund eines Beharrungsvermögens der juristischen Profession langfristig erfolgreich in einer fremden Rechtsordnung etablieren können. Vielmehr lassen sich gerade im Bereich der Rechtstransplantate durchaus Modifikationen der übernommenen Institute und Regelungen beobachten, die sich recht plausibel als funktional bedingt erklären lassen. Beispielsweise hat *Gunther Teubner* nähere Betrachtungen zur Integration des kontinentaleuropäisch geprägten Prinzips von Treu und Glauben in das englische common law und die hiermit verbundenen Anpassungen dieses Prinzips an die englische Gesellschaftsordnung angestellt.<sup>45</sup> Schließlich sollte nicht verkannt werden, dass insbesondere die Übernahme anglo-amerikanischer Rechtsinstitute durch Entwicklungs- und Schwellenländer in den vergangenen Jahrzehnten maßgeblich durch Vorga-

ben in Förderrichtlinien der Weltbank beeinflusst war und somit nicht durch rein rechtsinterne, sondern wiederum durch funktional-zweckorientierte Gründe.<sup>46</sup>

### C. Fazit

Das Fazit der methodischen Entwicklungsschritte und Ansätze in der Rechtsvergleichung fällt daher gemischt aus. Die klassische funktionale Methode sieht sich durchaus berechtigten Einwänden ausgesetzt. Dies betrifft insbesondere das Fehlen eines Bewertungskriteriums im Fall nicht funktional-äquivalenter Lösungen und die starke Fokussierung auf ein zweckrationales Bild des Rechts. Aber auch Gegenentwürfe wie der strikt rechtskulturell orientierte Ansatz, das Modell einer historisch-genetischen Rechtsvergleichung oder die Rechtstransplantat-Forschung bieten nicht ohne Weiteres allumfassende Lösungs- und Erklärungsansätze. Letztendlich scheint daher für die Rechtsvergleichung kein Weg an einem kombinatorischen Ansatz vorbeizuführen, der kontextbezogen jeweils unterschiedliche der hier skizzierten Ansätze in den Vordergrund rückt. Dies spiegelt in durchaus konsequenter Weise den allgemeinen Status rechtswissenschaftlicher Erkenntnis wider, der traditionell durch einen gewissen Methodenpluralismus gekennzeichnet ist.

43 *Watson*, Legal Transplants, 1974 (2. Aufl. 1993), S. 21 ff.

44 Zu Grundproblemen der Rechtsrezeption *Kramer*, JZ 2017, 1 ff.

45 *Teubner*, [1998] 61 Mod. L. Rev. 243 ff.

46 Eingehend und kritisch hierzu *Kern*, Justice between Simplification and Formalism, 2007.

# Heineccius and the Foundation of German Legal History

Prof. Dr. Frank L. Schäfer, LL.M. (Cambridge), Freiburg\*

Although Heineccius was one of the most influential academics in Roman law during the first half of the 18th century and a prominent member of the school of natural law, his importance stretches far beyond these two subjects. He also played a major role in consolidating German Legal History as an academic subject. His handbook on the so-called German Private Law, the common domestic law, built a bridge between medieval law books and contemporary private law of the early 18th century and between legal history in its narrow sense and the present-day private law. Heineccius did not use natural law to the full extent on the dogmatic level as a reservoir for concrete norms, but merely on the methodological level for the construction of non-positive law.

## A. Introduction

Apart from all the international fame as a Roman lawyer and scholar of natural law and rationalism, Johann Gottlieb Heineccius (1681-1741) also significantly assisted in consolidating German Legal History as an independent discipline.<sup>1</sup> This subject covers a vast area. From a wider interdisciplinary perspective, German Legal History is called 'juristische Germanistik' in the German language (direct translation: German Legal Literature).<sup>2</sup> It has two main branches: German Legal History in a narrow sense (*historia iuris Germanici*) and German Private Law (*ius Germanicum privatum*), a common domestic law, which will be examined in full detail later. Since the direct translation is not widely known in English literature, the following study will use German Legal History in a wide sense for the overarching discipline 'juristische Germanistik' and in a narrow sense for the present understanding of the subject of German Legal History. A Germanist is defined as a scholar examining German Legal History.

## B. Prehistory of Legal History

The roots of legal history date back to the late Humanism of the 16th century. This localisation of early legal history is especially important, since later scholars called Heineccius a member of the Elegant School in the tradition of Humanism. How did legal history emerge as an independent subject for legal writings and for academic teaching?<sup>3</sup> Aymar du Rivail (*Aymarus Rivallius* resp. *Rivalius*, 1489/91-1557/61), a French scholar, published his *Civilis Historiae Iuris* as early as 1515. He was not only eager to reconstruct the Law of the Twelve Tables, but also wanted to write a comprehensive history of Roman and canon law. Rivail's work originates even long before that of Italian scholar Andrea Alciato (*Andreas Alciatus*), who is regarded as the founder of the French school of legal humanists.

The emergency of domestic legal history (e.g. French or German) is tied to the opposition against the adoption of ancient Roman law. François Hotman (*Franciscus Hotmanus*, 1524-1590), a Protestant refugee from France, taught from 1556 to 1562 at the Gymnasium of Strasbourg, which later became the local University of Strasbourg.<sup>4</sup> In his famous treatise 'Antitribonian' (1567, published in 1603)<sup>5</sup>, Hotman challenged the established view that Roman law was adopted *in complexu*. He proposed a national civil code in French language, which comprised elements of Roman law, natural law and local customs. Heidelberg was another safe haven for French refugees. François Baudouin (*Franciscus Balduinus*, 1520-1573), Hotman's predecessor in Strasbourg, was Professor at Heidelberg University from 1556 to 1561. At the end of his stay in Heidelberg, he delivered his work, *De institutione historiae universae, et eius cum iurisprudentiae coniunctione*, which attempted to merge history and law. In 1604, Hotman and Baudouin inspired Frederick IV, Elector Palatine, to replace the professorship for canon law with a new chair called *professio iuris Antiqui Germanici*.<sup>6</sup> The Heidelberg Law Faculty successfully resisted the reform for universalistic reasons and it was abandoned during the Thirty Years'

\* Director of the Institute for Legal History and Comparative Legal History at Freiburg University.

1 For instance, Kroeschell, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Bd. 3, 5th edition 2008, p. 106.

2 References: Frassek, *Germanistik*, in: *Enzyklopädie der Neuzeit* 4, 2006, cols. 557-559; Schäfer, *Juristische Germanistik: Eine Geschichte der Wissenschaft vom einheimischen Privatrecht*, 2008.

3 Overview: Stolleis, *Rechtsgeschichte, Verfassungsgeschichte*, in: Goertz (ed.), *Geschichte: ein Grundkurs*, 3rd edition 2007, pp. 391-412.

4 Details: Schäfer, (fn. 2), p. 42.

5 Full title: *Antitribonian, ou Discours d'un grand et renommé jurisconsulte de nostre temps sur l'étude des loix [...]*, 1567, print 1603.

6 Schäfer, (fn. 2), p. 45 f.

War. Another university had to grasp the banner of German Legal History. Nearly 100 years later, after many vocal proponents of domestic law, e.g. Hermann Conring (1606-1681), Johann Georg Kulpis (1652-1698) and Johann Schilter (1632-1705),<sup>7</sup> the newly founded Brandenburg University of Halle initiated German Legal History as an independent academic subject.

## C. Early Years

### I. First Studies in Leipzig

Heineccius started his studies, not in Halle as a law student, but in Leipzig as a student of theology and history. There is no evidence that he ever attended any juridical lectures in Leipzig. Those lectures would have given him some insight into domestic law. The 1606 Draft for a New Ordinance on Education proposed the introduction of the *ius Saxonicum* at the law faculties in Leipzig and Wittenberg.<sup>8</sup> Although we know little about the specific content of any lectures, it can be assumed that at least a few of them contained legal elements of the ‘Sachsenspiegel’ (literally: Saxon Mirror, a medieval private record of customary law for North, Middle and East German territories) and the more recent electoral Saxon Constitutions (German: kur-sächsische Konstitutionen) of 1572.<sup>9</sup> Despite these efforts, the lectures on Saxonian law did not shape a specific discipline of purely domestic law during the 17th century. Instead, they promoted the *usus modernus pandectarum* in the first instance, which mixed Roman and domestic law under the leadership of Roman law.<sup>10</sup> It was not before the end of Heineccius’s studies in 1702, that the seeds of Saxonian lectures grew into an ordinary professorship for Saxonian law, indicating a new form of independence for lectures on Saxonian law.<sup>11</sup>

### II. New University – New Opportunity

Some years later, Heineccius resumed his studies at the Halle Law Faculty. Frederick III of Brandenburg had founded a new university in Halle beside the River Saale in 1694. The law faculty in Halle soon gained the reputation of an elitist institution and the frontrunner for legal development. Although the Roman lawyer Samuel Stryk (1640-1710) is said to have been Heineccius’s most influ-

ential and true academic teacher,<sup>12</sup> his contact with Christian Thomasius (1655-1728) is by far more important in the light of German Legal History.

Thomasius was a reformer in many ways. As we know from Ernst Landsberg’s famous Handbook of the History of German Legal Scholarship, it was not Georg Beyer (1665-1714) at Wittenberg University, but his own academic teacher Thomasius at Halle University who started teaching German Legal History and became the first Germanist scholar.<sup>13</sup> In his printed lecture outline of 1699 called ‘Summarising Draft of Basic Teaching’ (*Summarischer Entwurff derer Grund-Lehren*), Thomasius proposed a new scheme for teaching, consisting of four semesters. The second half of the curriculum included two lectures on German Legal History in its narrow sense and on German Private Law, called ‘Land Law’.

We know from the lecture announcements that Thomasius implemented his plan at least for the second and third lecture cycles from 1701 onwards. Since we do not possess any lecture notes, we have to derive the content of Thomasius’s teaching from various books and lecture announcements.<sup>14</sup> A short summary suffices here, in order to later contrast the views of Thomasius and Heineccius.<sup>15</sup> Thomasius disowned Roman law as foreign law and claimed that only a fraction of Roman law was in use in the present Holy Roman Empire. Therefore, his methodological position on Roman law differed greatly from the contemporary *usus modernus* of his colleague Stryk. Thomasius not only diminished the subsidiary status of Roman law, but also rejected the procedural *fundata intentio* and the statutory theory, which both favoured Roman law at the expense of domestic law. In Thomasius’s plan, the common domestic law, German Private Law, should largely replace Roman law. Since the Imperial Statutes barely contained any rules related to German Private Law, he had to consult other sources to justify and construct common domestic rules for the Holy Roman Empire. Thomasius did not introduce any comparative method to derive rules for German Private Law. Like the other members of the first generation of Germanists, he relied on the previously mentioned ‘Sachsenspiegel’ and the ‘Schwabenspiegel’, a parallel and slightly newer law book for South Germany. Unlike Kulpis and Schilter, earlier proponents of domestic law, Thomasius had a realistic opinion about the juridical essence of these medieval law books. Thomasius did not classify them as imperial codifications, but as written customary law, which had the presumption of being valid present law. If we look back at Thomasius on a larger scale, he introduced

7 Overview: Schäfer, (fn. 2), pp. 59-66.

8 Schäfer, (fn. 2), p. 47.

9 Leipzig: University Archives, Rep. 01/09/001a, 1681-1753.

10 Overview: Schmoeckel, Das Märchen vom Usus modernus Pandectarum und die sächsische Rechtswissenschaft der Frühen Neuzeit, in: Schäfer et al. (eds.), Ad fontes! Werner Schubert zum 75. Geburtstag, 2015, pp. 1-33.

11 Kern, Der deutschrechtliche Unterricht an den sächsisch-thüringischen Universitäten bis 1900, 1997, p. 23.

12 Johann Christian Heineccius, Abhandlung von dem Leben, Schicksalen und Schriften seines geliebtesten Herrn Vaters, Johann Gottlieb Heineccius, in: Simonetti (ed.), Sammlung Vermischter Beiträge zum Dienste der Wahrheit, Vernunft, Freiheit und Religion, 1750, 1.-3. Stück, p. 457 (483 f.).

13 Landsberg, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, vol. III/1, text, 1910, pp. 79-82.

14 For the announcements: Max Fleischmann (ed.), Thomasius: Leben und Lebenswerk, 1931, pp. 200-217.

15 Schäfer, (fn. 2), pp. 85-92.

two very important distinctions: firstly, he deconstructed the *usus modernus* and split it up into two legal bodies, Roman and domestic law, of which he favoured the latter for legal practice and academic scholarship. Secondly, he started to separate legal history and present law, despite the fact that he heavily relied on medieval sources to build up his German Private Law for use in contemporary legal practice.

Let us now look at his pupil Heineccius. Before Heineccius became a Law Professor, he had started his academic career in 1708 as a lecturer at the Halle Faculty of Philosophy, obtaining the title of Professor of Philosophy in 1713. Heineccius's first contact with German Legal History stems from his appointment as a consultant at what was called the Dictum Faculty (German: Spruchfakultät) at the Halle Law Faculty. The Dictum Faculty delivered judgments for courts and granted every consultant a deep insight into domestic legal practice. The legal work of the Dictum Faculty is well documented in printed reports, the *Consilia Hallensium iureconsultorum*.<sup>16</sup> As early as 1713, Heineccius delivered a judgement on the non-application of the Roman *patria potestas* in present family law. He argued that traditional German customs did not recognise any parental custody of children of full age.<sup>17</sup> Later judgments in Heineccius's own collection did not reflect his prominent role in German Legal History. In one instance, Heineccius even confirmed the narrow interpretation of 'customary law' and denied any extension from one case to another.<sup>18</sup>

Heineccius's early interest in German Legal History did not extend to academic teaching. The lecture lists of that time only document one lecture at the Faculty of Philosophy on Roman and German Legal History.<sup>19</sup> Heineccius focused on written studies to promote German Legal History. After his *doctor iuris* in 1716 on patrimonial courts,<sup>20</sup> Heineccius delivered the speech *De iure antiquo Germanico diligentius excolendo*,<sup>21</sup> where he cited Tacitus, Conring, Kulpis and Schilter. In this speech, one of the earliest programmes on German Legal History, he underpinned the importance of domestic law. Heineccius pointed to *fidei-commissum* (indivisible family trust), *actiones ex pacto* (binding contracts beyond the Roman typology of contracts), inheritance contracts, exchange law and other legal institutions as examples of domestic law.

Three years later, in 1719, Heineccius published a ground-breaking book on Roman Antiquities.<sup>22</sup> The subject of Roman Antiquities covered ancient Roman legal institutions without value for contemporary law, in opposition to the main part of Roman Legal History, which traced rules from antiquity to contemporary law. This division appears not to be under consideration today, but was essential for Roman lawyers in the past, for example for Friedrich Carl von Savigny.<sup>23</sup> After Heineccius became a Law Professor, he completed a similar manuscript on *Antiquitates Germanicae iurisprudentiam patriam illustrantes* in 1723. The manuscript focused on family law and the law of social status during German antiquity and early medieval times. If Heineccius had published his manuscript immediately, the book would have been the frontrunner of a new, currently forgotten sub-section of legal history, which Jacob Grimm later called 'Deutsche Rechtsaltertümer'. Fate was not so kind to Heineccius. He used his manuscript as a lien and his creditor later went bankrupt. The manuscript disappeared for many years, but finally Heineccius's son partially published it in 1772/73 at a time, when German Legal History had already obtained the status of an established academic discipline.<sup>24</sup> Nevertheless, Heineccius's contribution was important. If we compare Heineccius with Thomasius, Heineccius strengthened the distinction between legal history and present law, since he identified an area of legal history which had no use for the 18th century.

#### D. Academic Intermezzi

When Heineccius moved to the Frisian University of Franeker in 1724, he came into contact with the Dutch Elegant School. Heineccius abandoned German Legal History during this period. There is no evidence that Heineccius delivered any specific lectures on domestic (German or Dutch) Legal History.<sup>25</sup>

After Heineccius had relocated to the second and older Brandenburg University in Frankfurt (Oder) in 1727, he continued his studies in German Legal History. The new surroundings were quite inspiring. His old friend Christian Gottfried Hoffmann (1692-1735) had been lecturing there since 1722 on German Private Law.<sup>26</sup> Hoffmann wrote a *Dissertatio de iurisprudentiae Germanicae principiiis et fontibus*, one of the earliest programmatic studies in this area.<sup>27</sup> In 1728 and 1730, Heineccius added two studies in which he presented some academic exercises: firstly, *De mercatorum, qui foro cesserunt, rationibus et codicibus*, a

16 Details: Allerneueste Nachrichten Von Juristischen Büchern, Anderer Band, 1742, p. 735 f.

17 Ludewig (ed.), *Consilia Hallensium iureconsultorum*, vol. 1, 1733, Lib. I, Cons. CCCLXX, Feb. 1713, rec. 1-8, cols. 1173-1175.

18 Heineccius (ed.), *Consilia, Decisiones et Responsa*, 1744, Resp. XXXXIII, 1740, rec. 10, p. 372.

19 *Lectiones aestivales civibus academicis*, May 1718, University Library Halle, Codex Lectionum Annorum.

20 Heineccius, *De origine atque indole iurisdictionis patrimonialis*, 1716.

21 Heineccius, *Opera omnia*, vol. 1, 1771, pp. 282-287.

22 Details: Wardemann, Johann Gottlieb Heineccius (1681-1741): Leben und Werk, 2007, pp. 53-57.

23 For Savigny's unpublished lectures on Roman Institutions, Antiquities and Legal History: Rückert/Schäfer, *Repertorium der Vorlesungsquellen zu Friedrich Carl von Savigny*, 2016.

24 Landsberg, (fn. 13), notes, p. 131.

25 For details Luig, *The Legal History Review* 79 (2011), pp. 219-227.

26 Schäfer, (fn. 2), p. 95.

27 Details: Schäfer, (fn. 2), p. 95.

study on bankruptcy in commercial law. Traditionally, commercial law and other subjects of business law belong to domestic law instead of Roman law, since they rely on domestic legal sources like statutes and customs. Secondly, Heineccius published *De usufructu materno iuris Germanici, in primis Hamburgensis*, which specifically addressed German Legal History with the exemplary case of the matrimonial property regime.

## E. Return to Halle

### I. German Legal History

Heineccius wanted to stay in Frankfurt (Oder), but in 1733 the Brandenburg authorities ordered him to return to Halle, his *alma mater*. He quickly stepped in for Thomasius as patron of German Legal History and resumed Thomasius's lectures in this legal area. During this most fruitful period from 1733 to his sudden death in 1741, Heineccius wrote two outstanding works on German Legal History: firstly, his book on Roman and German Legal History in its narrow sense, and secondly, his book on German Private Law. Heineccius used his free time before his first lectures to publish his *Historia iuris civilis Romani ac Germanici, qua utriusque origo et usus in Germania ex ipsis fontibus ostenditur*.<sup>28</sup> If one examines the sections on German Legal History in this book, one may again be surprised at the contents. Heineccius did not write an inner, substantive history of legal institutions and their concrete norms, but only the outer, formal history of legal sources from ancient times to the 17th century. Heineccius's approach matched the tradition of legal history of the 18th century in two ways: the early textbooks on legal history confined themselves to the formal history of legal sources. They also covered both Roman and domestic law, sometimes even canon law, feudal law and the history of natural law. Thomasius's *Delineatio historiae iuris Romani et Germanici* of 1704 had started this tradition. It was not before Karl Friedrich Eichhorn's famous German History of State and Law (*Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte*) in 1808, that textbooks on German Legal History extended to the history of legal institutions.

## II. German Private Law

### 1. Academic Publishing Market

The second of the outstanding works on domestic law was a book on German Private Law.<sup>29</sup> Thomasius had 'invented' German Private Law in Halle as a new academic sub-

ject, at the same time as teaching legal history in its narrow sense for the first time. During the long history of German Private Law, from Thomasius to the enactment of the German Civil Code at the end of the 19th century, scholars debated one fundamental question: is German private law only an academic subject, some form of legal scholarship, or also a system of applicable rules for daily legal practice?<sup>30</sup> The first generation of scholars around Thomasius had a clear opinion on this issue. They wanted to use the domestic private law of medieval ages as the current and binding common law for the Holy Roman Empire. They also aimed to replace Roman law, or at least attempted to establish German Private Law as a concurrent legal body to Roman law.<sup>31</sup>

What was Heineccius's contribution and position in this debate? Heineccius represents the second generation of Germanists; he was the third lecturer in Halle after Thomasius and Johann Tobias Carrach (1702-1775) to read German Private Law.<sup>32</sup> He published his *Elementa iuris Germanici tum veteris, tum hodierni* on the basis of his own lectures and the preliminary work in his *Antiquitates*. Heineccius himself released two editions after 1735. Numerous reprints followed after his early death.<sup>33</sup> The *Elementa* are divided into two very extensive volumes of more than 1400 pages, obviously limiting readers' access. Due to the enormous size, the *Elementa iuris Germanici* were more suitable as a handbook for referential reasons than as a textbook for academic teaching. If we examine the lecture announcements at various universities, Heineccius's *Elementa* gained access to lecture rooms only for a short period during the late 1730s and 1740s. Announcements of the universities in Erlangen, Göttingen, Leipzig, Marburg and Rostock testify to the use of Heineccius's book.<sup>34</sup>

### 2. Romanistic System: A Middle Path

If we look at the system in the Heineccian *Elementa iuris Germanici*, we realise that – unlike Thomasius, but similar to many other Germanists of the 18th century (for instance Pütter, Selchow)<sup>35</sup> – he did not invent a new and specific structure for domestic law. With very few modifications to domestic and natural law, Heineccius copied the system from his parallel, but slightly older textbook on Roman institutions.<sup>36</sup> The same is true for the terminology to an even greater degree, which consisted of Roman terms. With the exception of Karl Friedrich von Gerber (1823-1891) in

28 1st ed. 1733, last ed. 1765.

29 See Voppel, Der Einfluß des Naturrechts auf den Usus modernus: Eine Untersuchung anhand der Literatur zum geltenden Recht im 17. und 18. Jahrhundert, 1996, pp. 209-212; Wardemann, (fn. 22), pp. 44-53.

30 Overview: Klippel, Deutsches Privatrecht, in: Enzyklopädie der Neuzeit 2 (2005), cols. 949-953.

31 Schäfer, (fn. 2), p. 160.

32 Schäfer, (fn. 2), p. 94.

33 Vol. 1, 1st edition 1735 (not in any library catalogue), 2nd edition 1736 (edition nova, auctior et emendatior); vol. 2, 1st edition 1737, 2nd edition 1743; for the controversial sequence of the edition see Luig, Ius commune 1 (1967), p. 195 (214).

34 Schäfer, (fn. 2), p. 95 f.

35 Overview: Schäfer, (fn. 2), p. 216.

36 Details: Luig, Ius commune 1 (1967), p. 195 (215-217).

the second half of the 19th century, no other Germanist was closer to Roman law and Romanist scholarship than Heineccius. Later generations disqualified this lack of distance to Roman law as a barbaric act.<sup>37</sup> From the present, historical point of view, the verdict should be milder. The usage of the Romanist system enabled Heineccius to include all legal areas. Whereas Thomasius, Beyer and many other Germanists omitted the law of delicts, criminal and procedural law, Heineccius provided a comprehensive system at the cost of an extremely wide understanding of private law. The second volume of the *Elementa iuris Germanici* with the sections, *De delictis et criminibus* and *De re iudicaria et iure actionum*, only contains a very limited amount of private law in the current sense, but criminal and procedural law in most parts.

Heineccius's relatively mild approach towards Roman law extended to the relationship of Roman and domestic law as two competing legal bodies. Whereas Thomasius and many other Germanists either extensively cut down Roman law or even denied its use completely, Heineccius took another path, relying on history and natural law and acknowledging their peaceful coexistence. In his academic works on Roman law, Heineccius rejected the contemporary alterations of Roman law and focused on the classical law of the *Corpus Iuris Civilis*. As we will see in the next section, this humanistic perspective correlated with his belief that the centre of legal sources for German Private Law does not lie in the modern era, but in the Middle Ages, which passed down the oldest legal sources. Although Heineccius never delivered a precise model for the relationship between Roman and domestic law,<sup>38</sup> his basic conception is quite clear if we regard natural law as an additional argument: classical Roman law and medieval domestic law can provide valid norms for the 18th century to the extent that the specific norm equates to natural law. For Heineccius, natural law validates the usage of Roman and domestic law.<sup>39</sup> This concept avoids any conflict between the two legal bodies. Despite this special treatment of Roman law, Heineccius shared many similarities with other Germanists, since he also discarded the *usus modernus* and its key components. Like other Germanists, he discarded the traditional statute theory, which strongly favoured Roman law, and separated domestic and Roman law categorically. The correct interpretation of domestic law had to be based on German legal principles alone.<sup>40</sup>

### 3. Historical-Comparative Method

Heineccius's use of natural law cannot fully explain how he identified concrete provisions for German Private Law. Due to a lack of sufficient Imperial Statutes, there was little evidence for a domestic *ius commune*, which could have been used as a legal basis for German Private Law. In consequence, each Germanist had to construct his own version of German Private Law out of medieval law and/or later particular town laws, land laws and customs. Although the title of the Heineccian *Elementa iuris Germanici* claimed to bridge past and present law, medieval and modern law, the handbook heavily focused on medieval legal sources. Heineccius preferred the Germanic tribal laws of the migration period (*Volksrechte, Stammesrechte*), including early Anglo-Saxon and Danish law.<sup>41</sup> He also frequently cited Franconian sources (capitularies, formula), 'Sachsenspiegel' and 'Schwabenspiegel'.<sup>42</sup> More recent legal sources like the few Imperial Statutes, the reformed town laws (e.g. Frankfurt am Main, Freiburg im Breisgau) and modern land laws (e.g. Württemberg), plus the literature on the *usus modernus* were mostly used to demonstrate how the *usus modernus* deviated from genuine domestic law. If Heineccius cited sources of the modern era at all to construct German Private Law, he mainly relied on the town laws of Hamburg and Lübeck, since he assumed that the two laws had preserved medieval domestic law.<sup>43</sup> Modern legal sources were also more prominent in the sections on criminal and procedural law, because Heineccius could cite Imperial Statutes here, e.g. the *Constitutio Criminalis Carolina*. He compared all those various sources and identified those norms as authentic German Private Law, which fulfilled three conditions: firstly, demonstrating a tradition from the Early Middle Ages,<sup>44</sup> secondly, being the concordant solution of the majority of legal provisions,<sup>45</sup> and thirdly, being in line with natural law (as mentioned before). Such a combined historical-comparative approach with a slight dip into natural law and a firm confession that German Private Law is a body of applicable rules, was typical of the second and third generation of Germanists.<sup>46</sup>

### 4. A Historical Verdict

Later generations of legal historians developed an ambivalent attitude to Heineccius; some call his method antiqua-

37 Most prominent *Runde*, Grundsätze des allgemeinen deutschen Privatrechts, 1791, p. XIII.

38 See *Wesener*, Fundamina (Pretoria) 20/2 (2014), p. 1031 (1036-1038).

39 *Heineccius*, *Elementa iuris Germanici tum veteris, tum hodierni*, vol. 1, 1736, lib. 2 §§ 49, 241 f., pp. 409, 614.

40 *Heineccius*, (fn. 39), vol. 1, Prooemium, § 13, pp. 9 f.

41 See *Heineccius*, (fn. 39), vol. 1, Prooemium, §§ 8, 10, pp. 5-8.

42 *Heineccius*, (fn. 39), vol. 1, Prooemium, § 9, p. 6.

43 For instance: *Heineccius*, (fn. 39), vol. 1, lib. 2, § 369, p. 638.

44 *Heineccius*, (fn. 39), vol. 1, Prooemium, § 1, p. 1.

45 *Heineccius*, (fn. 39), vol. 1, p. XXXIV f.

46 Details: *Schäfer*, (fn. 2), pp. 148-153.

ted.<sup>47</sup> If ‘antiquated’ meant ‘outdated’, this would clearly be an anachronistic verdict, which distorts Heineccius’s role of consolidating a new subject. ‘Antiquated’ means nothing more than an early, historical approach to construct German Private Law. Although Heineccius was a very prominent Roman lawyer and although he did not follow Thomasius’s strategy to annihilate Roman law, he searched for ‘pure’ domestic law. Like all other Germanists of the 18th century, he was on the quest for medieval legal sources untainted by Roman law. Later generations – especially Germanists during the second half of the 19th century – chose another path. Despite many references to medieval domestic law, they accepted the contemporary mixture of legal sources to some extent and reversed to some extent the downfall of the *usus modernus*. This new tolerance towards Roman law laid the foundation for the cooperation of Romanist and Germanist lawyers for the drafting of the German Civil Code of 1896/1900.

The focus of the Heineccian *Elementa iuris Germanici* on medieval legal sources also explains the limited content of German Legal History in its narrow sense. German Private Law and legal antiquities already covered all legal institutions, alive and expired, from ancient to modern times. There was simply no practical need, no literary gap to fill for genuine textbooks on legal history. Why did this change at the beginning of the 19th century? Eichhorn and the Historical School of Law began to examine medieval legal institutions in their textbooks on German Legal History in its narrow sense. On the downside, German Private Law had shifted its focus to legal sources of the Early Modern Age, despite ongoing references to the Middle Ages. As a result, German Legal History in its narrow sense and German Private Law covered different periods. This new focus of German Private Law laid the foundations for its demise after the enactment of the German Civil Code in 1900, which no longer allowed any competing subject for present private law.

## F. Limited Influence of Natural Law

The last, but in our context, most important question is about the influence of natural law on German Legal History, especially on German Private Law. The classical view closely ties natural law with the emergence of German Private Law.<sup>48</sup> The modern view diminishes or even denies the importance of natural law for the development of German Private Law.<sup>49</sup> For example, Notker Hammerstein grants natural law some relevance as a tool against Roman

law, but denies any truly substantial role.<sup>50</sup> Diethelm Klippel also relativises the influence of natural law. He connects natural law more to the reformation of absolutism and codification than to the emergence of German Private Law.<sup>51</sup> The answer to the question of the influence of natural law is to be found in history. Germanists of the 18th century had very different opinions on the importance of natural law. Some opposed any inclusion of natural law (especially Johann Georg Estor, 1699-1773),<sup>52</sup> but most supported the cause of natural law to some degree. Thomasius used natural law in four ways: firstly, to legitimise the provisions of German Private Law; secondly, as a negative test to falsify the present use of the concrete rules in Roman law; thirdly and *vice versa*, as a test to verify the present use of the concrete rules of medieval domestic law in the ‘Sachsenspiegel’ and ‘Schwabenspiegel’, and fourthly, to fill the gaps in the system of German Private Law.<sup>53</sup> After Thomasius, especially Johann Stephan Pütter and Justus Friedrich Runde, both Professors at the new elitist Göttingen University, relied on natural law in order to construct their German Private Law.<sup>54</sup> If we follow a controversial interpretation in the literature,<sup>55</sup> they used the concept of the ‘nature of things’ (common sense, German: Natur der Sache) as a code for natural law. Supporters of the natural law theory in German Private Law will be quite disappointed that the Heineccian *Elementa iuris Germanici* did not openly join the natural law camp. They contain little evidence for the usage of natural law to legitimise concrete legal institutions. Some examples will testify against natural law. The first example: binding contracts.<sup>56</sup> Classical Roman law (C. 2,3,10; 5,14,1) followed the pigeonhole principle. It only granted an executable contractual action if the contract fell into a certain ancient category (*numerus clausus* of contracts). On the contrary, canon and natural law, *usus modernus* and German Private Law claimed that every contract was binding and therefore executable (*pacta nuda sunt servanda*, ‘one man, one word’).<sup>57</sup> Whereas Pütter pointed to natural law to justify this deviation from Roman law,<sup>58</sup> Heineccius omitted natural law in his *Elementa iuris Germanici*, thus taking the binding effect of all contracts as a self-evident rule, which does not need any elaborated justification.<sup>59</sup> He even cited a domestic maxim in his text-

47 Gerber, Das wissenschaftliche Princip des gemeinen deutschen Privatrechts, 1846, p. 30 f.; Kroeschell, (fn. 1), p. 106; Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 2nd edition 1967.

48 Gierke, Deutsches Privatrecht, vol. 1, 1895, p. 21.

49 See Landau, Die Vormundschaft als Prinzip des deutschen Privatrechts und der Staatstheorie des 19. Jahrhunderts, in: Festschrift für Karl Kroeschell zum 70. Geburtstag, 1997, p. 577 (589).

50 Hammerstein, Jus und Historie: Ein Beitrag zur Geschichte des historischen Denkens an deutschen Universitäten im späten 17. und im 18. Jahrhundert, 1972, p. 214 f.

51 Klippel, (fn. 30), col. 949 (959).

52 Estor, Bürgerliche rechtsgelehrsamkeit der Teutschen, vol. 3, 1767, p. 6 f.

53 Voppel, (fn. 29), pp. 205-209; also Schäfer, (fn. 2), p. 134.

54 Schäfer, (fn. 2), p. 134.

55 Landsberg, (fn. 13), text, p. 450.

56 Overview: Wardemann, (fn. 22), pp. 63-69.

57 Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechts, vol. 3, 2nd edition, 1885, p. 64 f.

58 Pütter, Beyträge zum Teutschen Staats- und Fürstenrechte, vol. 2, 1779, p. 77 f.

59 Heineccius, (fn. 39), vol. 1, lib. 2, §§ 394 f., pp. 656 f.

book on natural law to underpin the doctrine of natural law.<sup>60</sup>

The second example: *iustum pretium*, the just price for goods and services.<sup>61</sup> The doctrine of Roman law (C.4,44,2 and C.4,44,8) used the *laesio enormis* to correct an unfair price, but the later advocates of natural law developed the broader concept of *aequalitas* to secure an equilibrium between performance and counter-performance, which should not be confused with *aequitas* as a notion for justice. Although Heineccius acknowledged *aequalitas*, at least in his *Elementa iuris naturae et gentium* as an institution to correct unjust contracts, he confined the concept to adjust contracts to certain errors in the will. Again, he cited a domestic saying in his textbook on natural law to justify the limitation of *aequalitas*.<sup>62</sup> Consequently, Heineccius did not mention the concept of *aequalitas* in his German Private Law.<sup>63</sup>

The third and last example: matrimonial property, or more precisely, joint ownership of spouses.<sup>64</sup> Joint ownership (*Gesamthand, Gesamteigentum*) is characteristic for domestic matrimonial property,<sup>65</sup> but not for Roman law which favoured the system of *dos* and part ownership.<sup>66</sup> Whereas Pütter used the moral person of natural law to justify joint ownership,<sup>67</sup> Heineccius reinterpreted the contractual *societas* of Roman law as the true origin of joint ownership.<sup>68</sup>

To sum up, Heineccius did not justify any legal institution in his *Elementa iuris Germanici* by reference to natural law.<sup>69</sup> In some cases, he even did the contrary, using domestic sayings to justify or limit provisions in his textbook on natural law. Where Heineccius needed some norms to construct his German Private Law, he did not rely on natural law, but on Roman law. However, this does not imply that natural law did not inspire Heineccius in his quest for the correct provisions in German Private Law. In Heineccius's work, natural law functioned on a hidden methodological level to construct a system of non-positive law. At least at the dawn of German Private Law during the first half of the 18th century, the new subject lacked the characteristics of positive law. Heineccius used natural law at least as an internal test (mainly invisible to the reader) to check what historical and contemporary legal provisions fitted into the scheme of German Private Law.

## G. Conclusion

Heineccius did not found German Legal History as a new academic subject, but consolidated it in many ways in the aftermath of his academic teacher, Christian Thomasius. Heineccius belonged to the second generation of Germanists, scholars who examined domestic legal sources. His efforts faced major challenges. During his early years at Halle University, he completed a manuscript entitled *Antiquitates Germanicae iurisprudentiam patriam illustrantes*, which would have been the first profound work on the institutional and dogmatic aspects of German Legal History. However, fate was not so kind to Heineccius. The manuscript was not published during his lifetime, but served as a template for his later *Elementa iuris Germanici*. Heineccius contributed the first full-scale book on German Private Law, a new subject within the bigger framework of German Legal History. The German Private Law aimed to establish a new *ius commune* for the Holy Roman Empire. Since Imperial Statutes provided only a few provisions for such a domestic common law, the Germanists had to construct a new legal body. From the beginning to the mid-18th century, they preferred medieval legal sources, such as tribal laws, 'Sachsenspiegel' and 'Schwabenspiegel' and comparative methods for building the new legal body.

Unlike Thomasius and other early Germanists, Heineccius did not intend to replace or to diminish the strong position of Roman law. Since he was one of the leading European Roman scholars, he firmly adhered to Roman law and promoted the coexistence of Roman law and domestic law. Heineccius's preference for Roman law is most obvious if one examines the system of his *Elementa iuris Germanici* and the legal terminology. Alongside comparative domestic law and Roman law, natural law had a difficult time. In the Heineccian *Elementa*, natural law did not provide any specific rules for German Private Law. On the contrary, Heineccius used comparative methods and even introduced domestic sayings to justify specific provisions in his parallel textbook on natural law. The importance of natural law was limited to the methodological level, where natural law served as a test to validate the present use of domestic medieval sources and the outcome of the comparative process to construct the rules of German Private Law.

60 Heineccius, *Elementa iuris naturae et gentium*, 1738, lib. 1, 352, p. 291.

61 Overview: Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, reprint 1996, pp. 264-267, 305-310.

62 Heineccius, (fn. 60), lib. 1, § 352, p. 291.

63 Heineccius, (fn. 39), vol. 1, lib. 2, § 395, p. 657.

64 Overview: Brauner, *Eheliches Güterrecht*, in: HRG 1 (2008), 2nd edition, cols. 1216-1221.

65 Overview: Limbach, *Gesamthand und Gesellschaft: Geschichte einer Begegnung*, 2016.

66 Kaser/Knützel/Lohsse, *Römisches Privatrecht*, 22nd edition 2021, § 70.

67 Pütter, *Elementa iuris Germanici privati hodierni*, 1748, p. 101 f.

68 Heineccius, (fn. 39), vol. 1, lib. 1, §§ 285 f., pp. 230 f.

69 See Voppel, (fn. 29), p. 163.

# Vom budgetlosen Regiment zum Nothaushalt – Die verfassungsgeschichtliche Entwicklung der Lösung eines verfassungsrechtlichen Problems

Prof. Dr. Christian Hillgruber, Bonn\*

## A. Einleitung

Alles Recht ist gewordenes Recht. Selbst dort, wo die Rechtskontinuität abbrechende Zäsuren – Epochenwechsel, „Zeitenwenden“ – zu konstatieren sind, finden sich im neuen Recht doch zumeist mehr als nur Spurenelemente des alten Rechts. In der Beharrlichkeit des Rechts gibt es daher eigentlich nie eine wirkliche Stunde Null, wohl aber allmähliche Fortentwicklung, die sich studieren lässt und in vertikaler Rechtsvergleichung Erkenntnisgewinn verspricht: die Geschichte als Lehrmeister für die Lösung verfassungsrechtlicher Probleme.

Dies lässt sich an einem berühmten Beispiel exemplifizieren: dem preußischen Heeres-, Budget- und Verfassungskonflikt, dessen Kardinalproblem erstmals in der Preußischen Verfassung von 1920 und sodann im Anschluss daran unter dem Grundgesetz eine überzeugende Lösung gefunden hat.

## B. Der preußische Heereskonflikt 1860

Als der preußische Heereskonflikt, der sich zum Budget- und Verfassungskonflikt ausweiten sollte, Anfang der 1860er Jahre ausbrach, war Preußen eine konstitutionelle Monarchie. Es galt die von König Friedrich Wilhelm IV. 1850 revidierte Verfassung, mit der eine verfassungsrechtliche Selbstbindung der bis 1848 absoluten preußischen Monarchie eingetreten war. Die Verfassung enthielt zum einen Grundrechtsgewährleistungen für die preußischen Staatsbürger und hatte zum anderen dem aus zwei Kammern bestehenden Parlament bestimmte Mitentscheidungsrechte verliehen. Namentlich bedurfte es für Eingriffe in Freiheit und Eigentum der Bürger einer gesetzlichen Grundlage. Art. 62 der Verfassung von 1850 bestimmte: „Die gesetzgebende Gewalt wird gemeinschaftlich durch den König und durch zwei Kammern [das Herrenhaus und das Abgeordnetenhaus; *Anm. d. Verf.*] ausgeübt. Die Übereinstimmung des Königs und beider Kammern ist zu jedem Gesetze erforderlich.“

Die Heeresreform, die der König – Wilhelm I., er war an die Stelle seines 1861 verstorbenen kinderlosen Bruders Friedrich Wilhelm IV. getreten – plante, bestand aus drei

Elementen: der Erhöhung der Präsenzstärke des stehenden Heeres von etwa 150.000 auf ca. 220.000 Mann, der Verlängerung der Dienstzeit der Rekruten auf drei Jahre und der Veränderung des überkommenen Verhältnisses von Linie, d. h. dem stehenden Heer, und Landwehr. Die Landwehr war unter dem maßgeblichen Einfluss des preußischen Militärreformers Scharnhorst im Zuge der Befreiungskriege gegen das napoleonische Frankreich eingeführt worden.<sup>1</sup> In ihr dienten alle wehrpflichtigen Männer im Alter von 17 bis 40 Jahren, die nicht zu den regulären Einheiten, d. h. dem stehenden Heer, eingezogen wurden; es handelte sich folglich bei der Landwehr um eine Art von Bürgerersatzarmee, die im Kriegsfall zu mobilisieren war, im Frieden dagegen, „in ihre Heimath entlassen“, von Militärbildungen abgesehen eine bürgerliche Existenz führte. Während die Erhöhung der Truppenstärke unumstritten war, regte sich im nach dem preußischen Dreiklassenwahlrecht gewählten Abgeordnetenhaus mit seiner liberalen Mehrheit erheblicher Widerstand gegen die Erhöhung der Dienstpflicht auf drei Jahre und die Verkleinerung der Landwehr.<sup>2</sup>

Die Heeresreform bedurfte an und für sich nicht der parlamentarischen Zustimmung. Nach damaligem preußischen Verfassungsrecht benötigte zwar die Wehrpflicht mit der dreijährigen Dienstzeit als solche wegen des darin liegenden Freiheitseingriffes einer gesetzlichen Grundlage; diese existierte indes auch bereits seit 1814 in Gestalt des Gesetzes über die Verpflichtung zum Kriegsdienste.<sup>3</sup> Die nach dem Gesetz drei Jahre betragende Dienstzeit war 1848 „unter Beibehaltung der gesetzlichen Grundlage im Verordnungswege gesenkt worden und [konnte] auf dem demselben Wege ohne Parlamentszustimmung auch wieder erhöht werden“<sup>4</sup>. Dagegen war die sich gemäß § 3 des Gesetzes „nach den jeweiligen Staatsverhältnissen“ orientierende Festlegung der Stärke des stehenden Heeres und der Landwehr eine organisationsrechtliche Entscheidung, die als Akt der militärischen Kommandogewalt allein dem König als Souverän und alleinigem Träger der vollziehenden Gewalt (Art. 45 S. 1 der Preußischen Verfassung von 1850) oblag.

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

1 Verordnung über die Organisation der Landwehr vom 17.3.1813, PrGS 1813, S. 109.

2 Zu den Gründen siehe *Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. III, 1963, § 19 II 2, S. 282–285.

3 Gesetz vom 3.9.1814, PrGS 1814, S. 79.

4 *Grimm*, Deutsche Verfassungsgeschichte 1776–1866, 1988, S. 232.

Über die geplante Reorganisation der Armee konnte der Monarch folglich wehrverfassungsrechtlich allein entscheiden.

### C. Die Ausweitung zum Haushaltskonflikt 1862

Aber finanz- und haushaltsverfassungsrechtlich sah die Verfassungslage anders aus: Die Heeresreform verursachte Kosten, die sich auf etwa 10 Millionen Taler beliefen. Diese Finanzmittel mussten, um verausgabt werden zu können, im Haushalt bereitgestellt werden, und auch Steuern und Abgaben für die Staatskasse durften „nur, soweit sie in den Staatshaushalts-Etat aufgenommen oder durch besondere Gesetze angeordnet sind, erhoben werden.“<sup>5</sup> Nun war die Aufstellung des Haushaltsplans damals wie heute Sache der Regierung. Aber der Etat bedurfte schon nach damaligem Verfassungsrecht jährlicher gesetzlicher Feststellung, wie dies heute Art. 110 Abs. 2 S. 1 GG anordnet. In diesem Sinne bestimmte Art. 99: „Alle Einnahmen und Ausgaben des Staats müssen für jedes Jahr im Voraus veranschlagt und auf den Staatshaushalts-Etat gebracht werden. Letzterer wird jährlich durch ein Gesetz festgestellt.“ Das Budgetrecht konnte damit zum Hebel werden, mit dessen Hilfe sich das Parlament ein Mitspracherecht auch in denjenigen Bereichen der Staatstätigkeit verschaffte, für die nicht der auf Eingriffe in Freiheit und Eigentum begrenzte Gesetzesvorbehalt galt und die daher an sich der alleinigen Entscheidungsgewalt des Monarchen unterlagen.

Und diesen Hebel setzte das preußische Abgeordnetenhaus ein. Nachdem es zunächst 1860 und 1861 mit seiner Zustimmung provisorisch und auf begrenzte Zeit die zusätzlichen Ausgaben für die Reorganisation des Heeres in außerordentlichen Etats bewilligt hatte – sie wurden durch Einnahmen aus einem Zuschlag zur Einkommensteuer gedeckt –, versagte es, nachdem der König dazu übergegangen war, militärorganisationsrechtlich vollendete Tatsachen zu schaffen, 1862 seine Zustimmung zu dem von der Regierung eingebrachten Gesamtetat. Die oppositionelle Mehrheit strich aus dem vom Abgeordnetenhaus vorgelegten Entwurf des Staatshaushaltsplans für die Jahre 1862 und 1863 alle Ausgaben für die Heeresorganisation in Höhe von 6 Millionen Talern.

Aus dem Heereskonflikt war damit ein Budgetkonflikt geworden, der für den preußischen Staat existenzgefährdend werden konnte. Denn ohne Etat konnten keine Mittel ausgegeben werden, und außerdem drohten angesichts der Regelung des Art. 100 auch die Steuereinnahmen zu versiegen, so dass nach kurzer Zeit gar nicht mehr hätte regiert werden können. Die Budgetkrise war daher eine Staatskri-

se, die in einem Verfassungsstaat zugleich eine zu bewältigende Verfassungskrise darstellt.<sup>6</sup>

Wie konnte aus dieser Krise ein Ausweg gefunden werden?

### D. Die offenen Verfassungsfragen

Nach dem in Preußen geltenden Verfassungsrecht bedurfte die gesetzliche Etatfeststellung des Zusammenwirkens aller drei gesetzgebenden Faktoren (Art. 62 der Preußischen Verfassung von 1850). Ohne Zustimmung des Abgeordnetenhauses konnte das Haushaltsgesetz also nicht zustande kommen. Dies zwang an sich die Beteiligten zu einem Kompromiss, der aber in dieser Krise nicht zu erzielen war, weil die Heeresreform zu einer ideologischen Grundsatfrage geworden war.

Was sollte aber gelten, wenn ein Konsens nicht herstellbar war? Darauf gab die Verfassung keine Antwort. Hier hörte, so die berühmte Anschützsche Formulierung, das preußische Staatsrecht auf.<sup>7</sup> Allerdings: „Wenn die preußische Verfassung von 1850 darüber schwieg, was zu geschehen habe, wenn eine Haushaltsgesetz mangels Willensübereinstimmung der drei Träger der Gesetzgebungsgewalt nicht zustande kam, so konnte dieses Schweigen der Verfassung unmöglich bedeuten, das *nichts* zu geschehen habe.“<sup>8</sup> Aber was?

Die liberale Mehrheit des Abgeordnetenhauses vertrat den Standpunkt, dass die monarchische Regierung nachgeben müsse und, wenn sie nicht in der Lage sei, die parlamentarische Zustimmung zu ihrem Haushaltsplan zu erlangen, demissionieren müsse, um einer anderen Regierung Platz zu machen, die verständigungsbereit sei und mit der die Mehrheit des Abgeordnetenhauses ein Übereinkommen suchen und finden könne.<sup>9</sup> Diese Lösung wäre allerdings praktisch auf eine Einführung des parlamentarischen Regierungssystems durch die Hintertür hinausgelaufen. Der König wies denn auch das Ansinnen, die Regierung zu entlassen, unter Berufung auf seine verfassungsmäßigen Rechte entschieden zurück.<sup>10</sup>

Otto von Bismarck, vom König, der bereits aus Verzweiflung über die scheinbar ausweglose Lage Abdankungspläne hegte, im September 1862 zum neuen preußischen Ministerpräsidenten ernannt, war bereit, die Sache für seinen

5 Art. 100 der Preußischen Verfassung von 1850; allerdings wurden die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Verfassung „bestehenden Steuern und Abgaben [...] forterhoben“, vgl. Art. 109 der Preußischen Verfassung von 1850.

6 Die Dramatik einer solcher Krise ist in den letzten Jahren immer wieder in den Vereinigten Staaten von Amerika zu beobachten, wenn der Kongress nicht den Bundeshaushalt beschließt.

7 Meyer/Anschütz, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 7. Aufl. 1919, S. 906.

8 Huber, (Fn. 2), § 22 II 1, S. 342.

9 Erklärung des Abgeordnetenhauses vom 22.5.1863: „Das Haus der Abgeordneten hat kein Mittel der Verständigung mehr mit diesem Ministerium, es lehnt seine Mitwirkung zu der gegenwärtigen Politik der Regierung ab. Jede weitere Verhandlung befestigt uns nur in der Überzeugung, dass zwischen den Ratgebern der Krone und dem Lande eine Kluft besteht, welche nicht anders als durch einen Wechsel der Personen, und mehr noch, durch einen Wechsel des Systems ausgefüllt werden wird“; zitiert nach Huber, (Fn. 2), § 21 II 5, S. 317.

10 Huber, (Fn. 2), § 21 II 5, S. 317 f.

König durchzufechten, im Konfliktfall, in dem es nun ums Ganze, um königliches Regiment oder Parlamentsherrschaft ging, auch ohne Budget zu regieren und rief das budgetlose Regiment aus. War das der offene Verfassungsbruch?

Bismarck rechtfertigte sein Handeln vor der Budgetkommission des preußischen Abgeordnetenhauses am 30.9.1862 mit der berühmten Lückentheorie, also im Wege ergänzender Verfassungenauslegung: Der Landtag besitze kein ihm allein zustehendes „Bewilligungsrecht“; vielmehr gelte für das Zustandekommen des Staatshaushaltsplans das Vereinbarungsprinzip. Scheitere die Budgetvereinbarung, „dann sei tabula rasa; die Verfassung biete keinen Ausweg, denn da stehe Interpretation gegen Interpretation; summum ius, summa iniuria; der Buchstabe tötet.“ In diesem Fall ergebe sich das Notrecht der Regierung, die Geschäfte ohne Staatshaushaltsplangesetz weiterzuführen. Denn der Krone seien allen Rechte, die die Verfassung nicht ausdrücklich anderen Staatsorganen übertragen habe, verblieben; die in der Verfassung nicht geregelte Kompetenz, bei nicht vorhandenem Etatgesetz den Fortgang der Staatsgeschäfte zu sichern, stehe daher der Exekutive zu.<sup>11</sup> In der Rede vor dem Preußischen Abgeordnetenhaus am 27.1.1863 wiederholte der preußische Ministerpräsident im Kern seine Argumentation und führte aus: „Die Verfassung hält das Gleichgewicht der drei gesetzgebenden Gewalten in allen Fragen, auch in der Budgetgesetzgebung, durchaus fest; keine dieser Gewalten kann die andere zum Nachgeben zwingen; die Verfassung verweist daher auf den Weg der Kompromisse zur Verständigung. [...] Wird der Kompromiss dadurch vereitelt, dass eine der beteiligten Gewalten ihre Ansicht mit doktrinärem Absolutismus durchführen will, so wird die Reihe der Kompromisse unterbrochen und an ihre Stelle treten Konflikte, und Konflikte, da das Staatsleben nicht stillzustehen vermag, werden zu Machtfragen; wer die Macht in den Händen hat, geht dann in seinem Sinne vor, weil das Staatsleben auch nicht einen Augenblick stillstehen kann.“<sup>12</sup>

Sähe man einmal von der Frage, wer hier nicht kompromissbereit war, ebenso ab, wie von der missverständlichen Schlussbemerkung, die den Boden des Verfassungsrechts vollends zu verlassen und Macht gegen Recht auszuspielen scheint,<sup>13</sup> so ist Bismarcks Argumentation nicht von der Hand zu weisen. Dass die Staatsmaschine nicht einfach stillstehen kann, sondern weiter laufen muss, leuchtet unmittelbar ein, und ohne Staatsausgaben ist das nicht möglich.<sup>14</sup> Der etatlose Zustand ist daher, wenn man nicht der unverantwortlichen Losung „fiat iustitia, pereat civitas“ folgen will, nicht hinnehmbar, und wenn der Verfassung

keine explizite Antwort zu entnehmen war, insoweit also lückenhaft war, so konnte nur eine Analyse der Struktur dieser Verfassung des Typs der deutschen konstitutionellen Monarchie ergeben, wie eine Budgetkrise zu bewältigen war.

Der Verfassung lag das sog. monarchische Prinzip als Prinzip der Machtverteilung zugrunde. „Danach war die monarchische Staatsgewalt ein vorkonstitutionelles Datum, dem die Verfassungen nur Modifikationen hinzufügten, ohne es in seiner Substanz zu ändern. Dagegen erlangten die Volksvertretungen ihre Befugnisse erst aufgrund der Verfassung. Daraus folgte, dass der Monarch und die ihm unterstehende Exekutive für ihr Handeln keiner ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Erlaubnis bedurften. Sie mussten lediglich die in der Verfassung gezogenen Schranken beachten. Die Volksvertretungen konnten demgegenüber nur dort tätig werden, wo die Verfassungen sie ausdrücklich ermächtigten. Im Zweifel war von der Berechtigung des Monarchen auszugehen. In dieser Zuständigkeitsvermutung zu seinen Gunsten lag die eigentliche juristische Bedeutung des monarchischen Prinzips“<sup>15</sup> (siehe auch Art. 57 der Wiener Schlussakte von 1820).

Daher ließ sich ein vorübergehendes Notrecht des Monarchen und seiner Regierung zum budgetlosen Regiment dem Grunde nach durchaus behaupten. Die Lückentheorie lief im Kern darauf hinaus, dass das ungeschriebene konstitutionelle Staatsrecht dem König als dem Träger der Souveränität das Recht, ja die Pflicht zum budgetlosen Regiment zuwies.<sup>16</sup>

Die entscheidende Frage lautete indes: In welchem Umfang? Welche Ausgaben durfte die Regierung im etatlosen Zustand in welcher Höhe leisten?

Die Tatsache, dass es sich um Notrecht handelte, sprach dafür, es auf das Nötigste zu beschränken, um den Zusammenbruch des Staatsapparats zu verhindern. Das schloss ohne Zweifel auch Ausgaben für das Militär ein, das in seinem Bestand und in seiner Funktionsfähigkeit zu erhalten war. Aber konnte unter diesen Umständen die preußische Regierung unter Berufung auf das Notrecht auch gerade die umstrittenen Ausgaben tätigen, die für die Reorganisation des Heeres bestimmt waren? Wohl kaum.

Das Notrecht konnte nicht dazu dienen, den Stein des Anstoßes, den Grund für das Scheitern des Haushaltsgesetzes, in der Weise aus dem Weg zu räumen, dass die fraglichen und gerade nicht bewilligten, sondern vom Abgeordnetenhaus aus dem Etatentwurf wieder gestrichenen Mittel für die Heeresreorganisation von der Regierung ohne Etat verausgabt wurden. Das hätte eine vollständige Entwertung des Mitentscheidungsrechts des Abgeordnetenhauses über den Staatshaushalt bedeutet und wäre damit weit über die Behebung der Budget- und Staatskrise hinausgegangen.

Mit der Lückentheorie konnte also nicht dargetan werden, dass die Regierung „nun zu allen und jeden Ausgaben, die sie für nützlich oder notwendig hält, kraft des Prinzips der

11 Huber, (Fn. 2), § 21 I 2, S. 307.

12 Sten. Ber. des preußischen Abgeordnetenhauses, 1863, S. 54 f.

13 Bismarck plante aber gerade nicht den Staatsstreich, sondern wollte das reklamierte Notrecht der Regierung nur vorübergehend bis zur gesetzlichen Etatfeststellung in Anspruch nehmen und zu gegebener Zeit um Indemnität nachsuchen. Siehe dazu überzeugend Huber, (Fn. 2), § 21 I 3, S. 308 f.; § 22 II 2, S. 344–348.

14 Ganz ähnliche Argumentation bei von Seydel, Staatsrecht des Königreichs Bayern, 2. Aufl. 1894, § 59, S. 168.

15 Grimm, (Fn. 4), S. 116.

16 Huber, (Fn. 2), § 22 I 1, S. 335.

nicht in Frage zu stellenden Existenz des Staates berechtigt wäre.“<sup>17</sup> Vielmehr konnten nur die wirklich unabweisbaren Ausgaben getätigt werden. Aber auf wessen Urteil sollte es insoweit ankommen?

Ernst Rudolf Huber hat in seiner Analyse des Verfassungskonflikts die Auffassung vertreten, dass ein Überschreiten oder ein Missbrauch des finanzwirtschaftlichen Notrechts nur vorgelegen hätte, wenn die Regierung Ausgaben unter Verletzung der Grenzen sachgerechten Ermessens leistete. Die Leistung der Ausgaben für die Heeresreform könne aber nicht als Ausdruck einer sachwidrigen Finanzwirtschaft gebrandmarkt werden; diesen Vorwurf habe nicht einmal das Abgeordnetenhaus erhoben.<sup>18</sup>

Diese Argumentation greift indes zu kurz. Gewiss wird man der preußischen Regierung nicht bestreiten können, dass sie die Heeresreform im Staatsinteresse für notwendig hielt, und auch der dafür vorgesehene Ansatz im Haushaltsplan war nicht überhöht. Aber das Notrecht, das den Staat am Leben erhalten sollte – nicht weniger, aber auch nicht mehr –,<sup>19</sup> vermochte die spezifischen Ausgaben, die Gegenstand des Streits waren, nicht abzudecken. Das Staatsinteresse zu definieren lag haushaltsrechtlich eben nicht mehr allein beim König. Welche Ausgaben der Staat zum Wohle desselben und seiner Untertanen leisten sollte, war zu einer gesamthänderischen Verantwortung von Monarch und bürgerlicher Gesellschaft geworden, und das Notrecht im etatlosen Zustand konnte diese Verantwortungsgemeinschaft nicht vollständig auflösen und der monarchischen Regierung freie Hand geben.

Der Verfassungskonflikt um das budgetlose Regiment fand bekanntlich 1866 sein Ende, als das neu gewählte Abgeordnetenhaus mit seiner neuen nationalliberalen Mehrheit, die Bismarcks Kurs der nationalen Einigung mittrug, der Indemnitätsvorlage der Regierung zustimmte und damit nachträglich die im budgetlosen Regiment getätigten Ausgaben billigte.

Doch das verfassungsrechtliche Problem war damit nicht gelöst und sollte bei den Beratungen über die Verfassung des Norddeutschen Bundes erneut auftauchen.

## E. Das Budgetrecht des Parlaments in der Verfassung des Norddeutschen Bundes von 1867

Bismarck strebte nach den Erfahrungen des preußischen Konflikts bei der Begründung des Norddeutschen Bundes ein budgetrechtliches Aeternat an, also die „ewige Bewil-

ligung“ der für die Einrichtung und Ausstattung der Armee notwendigen Mittel; denn damit wäre der Haushaltsgesetzgeber gebunden gewesen und hätte jährlich die vorgesehene Mittel mit dem Haushaltsgesetz bereitstellen müssen. Nur noch über die höhere oder niedrigere Veranschlagung von Einzelposten, aber nicht über den Wehretat als solchen hätte dann gegebenenfalls noch gestritten werden können.<sup>20</sup> Demgegenüber beharrten die Liberalen anfänglich auch insoweit auf dem Prinzip der jährlichen Bewilligung und forderten die volle Budgethoheit der Legislative auch für den Militärhaushalt.

Tatsächlich sah die Verfassung des Norddeutschen Bundes schließlich einen Kompromiss vor: Art. 60 legte die Friedens-Präsenzstärke des Bundesheeres bis zum 31.12.1871 auf ein Prozent der Bevölkerung von 1867 fest, die von den einzelnen Bundesstaaten pro rata zu stellen war. Später sollte die Friedens-Präsenzstärke des Heeres im Wege der Bundesgesetzgebung festgestellt werden. Nach Art. 62 waren „zur Bestreitung des Aufwandes für das gesammte Bundesheer und die zu demselben gehörigen Einrichtungen“ „bis zum 31. Dezember 1871 dem Bundesfeldherrn jährlich sovielmal 225 Thaler, als die Kopfbzahl der Friedensstärke des Heeres nach Artikel 60 beträgt, zur Verfügung zu stellen.“ Nach diesem Zeitpunkt mussten diese Beträge von den einzelnen Staaten des Bundes zur Bundeskasse fortgezahlt werden. Zur Berechnung derselben sollte die im Art. 60 interimistisch festgestellte Friedens-Präsenzstärke so lange festgehalten werden, bis sie durch ein Bundesgesetz abgeändert war.

Die sich danach ergebende Summe durfte zwar nur nach Maßgabe des Haushaltsgesetzes verausgabt werden; doch dabei war dem Militärhaushalt die auf der Grundlage der Verfassung gesetzlich feststehende Heeresorganisation zugrunde zu legen. Das Parlament war insoweit gebunden. Es musste von dieser Heeresstärke bis zum Erlass eines neuen Präsenzgesetzes ausgehen. „Die beschlossene Regelung trug alle Zeichen eines verständigen Kompromisses an sich: sie räumte dem Parlament das Mitbestimmungsrecht bei der künftigen Heereseinrichtung ein, sicherte die bestehende Militärorganisation aber gegen ein staatsrechtliches Vakuum und schränkte auf diese Weise neue Konfliktmöglichkeiten erheblich ein.“<sup>21</sup> Tatsächlich ist es über die Heeresorganisation bis zum Ende des Kaiserreichs nicht mehr zu einem weiteren Konflikt gekommen.

## F. Die Rechtslage unter der Reichsverfassung von 1871

Der etatlose Zustand aber war unregelt geblieben; das galt auch für die Reichsverfassung von 1871.

17 Rede des Abgeordneten Peter Reichensperger (Katholische Fraktion) vom 6.10.1862, zitiert nach: *Huber*, (Fn. 2), § 22 I 1, S. 334.

18 *Huber*, (Fn. 2), § 22 II 2, S. 346 f.

19 Nach Art. 21 der geheimen sog. Sechzig Artikel (Schlussprotokoll der Wiener Ministerkonferenz vom 12.6.1834, abgedruckt in: *Huber*, *Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte*, Bd. 1, 1961, Dok. Nr. 45, S. 123 (127)) sollte das außerordentliche Recht der Regierungen zur Nothaushaltsführung erst dann greifen, wenn eine schiedsgerichtliche Lösung an den Ständen gescheitert war, und es beschränkte sich in der Sache auf das Allernötigste.

20 Eben deshalb hatte die preußische Regierung im Heereskonflikt ursprünglich versucht, ein Wehrgesetz zustande zu bringen, das zwar wehrverfassungsrechtlich nicht erforderlich war, aber haushälterische Bindungen begründet hätte.

21 *Huber*, (Fn. 2), § 47 II 7, S. 664.

Paul Laband konstatierte: „die Verfassung hat keine ausreichende Sicherheit geschaffen, um das Eintreten eines solchen Falles auszuschließen, aber auch keine Rechtsgrundsätze sanktioniert, welche in einem solchen Fall Platz greifen; die letzteren müssen daher auf wissenschaftlichem Wege aus allgemeinen Rechtsprinzipien hergeleitet werden“.<sup>22</sup> Gehe man, so Laband, davon aus, „dass nur durch das Budget-Gesetz die Regierung staatsrechtlich ermächtigt werde, Ausgaben zu leisten und Einnahmen zu erheben, so kommt man folgerichtig zu dem Resultat, dass, wenn ein Budgetgesetz nicht zustande kommt, die Finanzwirtschaft, d. h. überhaupt die staatliche Tätigkeit, still stehen muss. An dieser absurden Konsequenz erweist sich die Unrichtigkeit der Theorie; denn sie bedeutet die Desorganisation und Auflösung des Staates.“<sup>23</sup> Laband vertrat demgegenüber die Auffassung, dass die Bedeutung des Haushaltsgesetzes allein darin bestehe, die Regierung im Voraus von ihrer haushälterischen Verantwortung zu entlasten. Daher führe das Fehlen des Haushaltsgesetzes auch lediglich dazu, dass diese ex ante-Entlastungswirkung ausbleibe. Dies bedeute aber eben nicht, „dass die Regierung die Verwaltungstätigkeit einstellen müsse, sondern dass sie dieselbe auf eigene Verantwortlichkeit fortführt. Hierbei handelt es sich um die Verantwortlichkeit im Sinne des konstitutionellen Staatsrechts, d. h. um die Verantwortlichkeit des Reichskanzlers gegen den Bundesrat und Reichstag. [...] Den Maßstab für die Beurteilung der Verantwortlichkeit gibt der Satz, dass soweit die Regierung *nur durch den Etat* zur Erhebung von Ausgaben ermächtigt ist, ihr diese Befugnis beim Mangel eines ordnungsmässig zustande gekommenen Etats fehlt, dass dagegen diejenigen Befugnisse, welche die Regierung auf Grund dauernd wirksamer Gesetze hat, ihr durch das bloße Nichtzustandekommen des Etats nicht entzogen werden, da es einer alljährlichen Prolongation oder Bestätigung dieser Befugnisse nicht bedarf.“<sup>24</sup> Dies führte Laband zu der Unterscheidung zwischen gesetzlich vorgeschriebenen und damit staatsrechtlich notwendigen Ausgaben einerseits und freiwilligen oder willkürlichen Ausgaben andererseits. Während die ersteren auch in dem Fall zu leisten waren, dass die gesetzliche Feststellung des Reichshaushaltsetats unterblieb, waren die letzteren grundsätzlich zu unterlassen.<sup>25</sup> Aber das konnte nach Ansicht von Laband nicht uneingeschränkt gelten: „Allein aus *tatsächlichen* Gründen kann die Regierung in die Lage kommen, Ausgaben dieser Art tätigen zu *müssen*. Die Befugnis hierzu beruht auf der allgemeinen Verpflichtung der Regierung, dringende Staatsinteressen wahrzunehmen; es ist widersinnig, die Staatsverwaltung unter die Fiktion zu stellen, dass kein

Staatsinteresse dringend, keine Ausgaben notwendig sein können, deren Dringlichkeit und Notwendigkeit nicht vorher durch ein Gesetz anerkannt worden ist.“<sup>26</sup>

Im Ergebnis war Labands Auffassung trotz unterschiedlicher Ausgangspunkte daher nicht weit von der Bismarcks im preußischen Konflikt entfernt.

## G. Die Leerstelle in der Weimarer Reichsverfassung und die Regelung in der Preußischen Verfassung von 1920

Mit dem Übergang zum parlamentarischen Regierungssystem schon am Ende des Kaiserreichs – siehe die letzte Änderung des Bismarckschen Reichsverfassung am 28. Oktober betreffend Art. 15<sup>27</sup> – und dann in der Weimarer Republik (vgl. Art. 54 WRV) hatte sich das Problem des Haushaltsnotstands entschärft, weil und soweit die Regierung von einer Parlamentsmehrheit getragen war, was allerdings zur Zeit der Weimarer Republik vielfach gar nicht der Fall war. Dann konnte auch das Notverordnungsrecht des Reichspräsidenten nicht weiterhelfen, weil der Gesetzesvorbehalt des Art. 85 Abs. 2 WRV für die Feststellung des Reichshaushaltsplans nach herrschender Meinung diktaturfest war, d. h. das notwendige Haushaltsgesetz nicht durch präsidiale Notverordnung substituierbar war.<sup>28</sup> Zudem konnte es auch aus anderen Gründen zu einem (vorübergehenden) etatlosen Zustand kommen, etwa durch Verzögerung der parlamentarischen Beratungen oder eine zu späte Vorlage des Haushaltsgesetzesentwurfs durch die Regierung.

Dessen ungeachtet hielt die Weimarer Reichsverfassung kein normatives Instrumentarium zur Bewältigung dieses Verfassungsproblems bereit.<sup>29</sup> Man behalf sich – *faute de mieux* – mit sog. „Nothaushaltsgesetzen“, die ebenso wie die endgültigen Haushaltsgesetze vom Reichstag beschlossen werden mussten und die Regierung ermächtigten, die zur Aufrechterhaltung der Reichsverwaltung und zur Erfüllung der Aufgaben und der rechtlichen Verpflichtungen des Reiches notwendigen Ausgaben zu leisten. War auch der Erlass eines solchen Nothaushaltsgesetzes nicht möglich, so musste „die Regierung vermöge ihrer Pflicht zur Staatsleitung und Verwaltung den öffentlichen Haushalt während des etatlosen Zustands nach einem festen, möglichst auf

22 Laband, Deutsches Reichsstaatsrecht, 5. Aufl. 1909, § 46 III, S. 416. In der Praxis behalf man sich für den Fall, dass bei Beginn des Etatjahres das in Art. 69 RV vorgeschriebene Etatgesetz nicht vorhanden war, damit, „dass man den Etat der abgelaufenen Wirtschaftsperiode für einen Monat erstreckte“; ebd., S. 417, Fn. 1.

23 Laband, (Fn. 22), S. 417.

24 Laband, (Fn. 22), S. 417 f.

25 Laband, (Fn. 22), S. 417 f.

26 Laband, (Fn. 22), S. 419.

27 RGBl. 1918, S. 1274.

28 Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11.8.1919, 14. Aufl. 1933, Art. 48 Anm. 14 b), S. 286–288, m. w. N. auch zur Gegenauffassung.

29 Im Verfassungsentwurf vom 17.2.1919 war noch eine entsprechende Regelung in Art. 82 vorgesehen gewesen. Die Nationalversammlung lehnte sie aber schließlich ab. Zur ausführlichen Debatte über diese Frage siehe den Bericht der Verfassungsgebenden Versammlung 1919, Drs. Nr. 21, S. 144 ff.

die künftige Genehmigung durch das Parlament zugeschnittenen Plan führen.“<sup>30</sup>

Die Staatsrechtswissenschaft verblieb im Übrigen auf dem schon unter der Bismarckschen Reichsverfassung eingenommenen Standpunkt. Gerhard Anschütz erklärte: „Das Budgetrecht des Reichstags ist auch heute noch, nachdem die Macht des Parlaments sonst und im übrigen gegen früher gewaltig angewachsen ist, kein unbeschränktes Bewilligungs- und Verweigerungsrecht. Es ist innerhalb der gesetzlichen Schranken auszuüben.“ Der Reichstag sei verpflichtet, rechtlich notwendige Einnahmen und Ausgaben zu bewilligen, „während ihm hinsichtlich der durch keine rechtliche Notwendigkeit gebotenen Einnahmen und Ausgaben (bewegliche Einnahmen, willkürliche Ausgaben) ein freies Verweigerungsrecht zusteht“.<sup>31</sup> Die Konsequenzen, die sich daraus für den etatlosen Zustand ergaben, verstanden sich für Anschütz offenbar von selbst. Er verlor darüber in seinem Kommentar kein Wort.

Anders als die Weimarer Republik hatte der Freistaat Preußen die Erfahrungen des preußischen Budgetkonflikts dagegen normativ verarbeitet und in Art. 64 der die Verfassung von 1850 ablösenden Verfassung von 1920 eine den Haushaltsnotstand behebende Interimsregelung geschaffen. Nach dieser Vorschrift war, falls bis zum Schlusse eines Rechnungsjahrs der Haushaltsplan für das folgende Jahr nicht durch Gesetz festgestellt war, „bis zu seinem Inkrafttreten das Staatsministerium ermächtigt:

1. alle Ausgaben zu leisten, die nötig sind,
  - a) um gesetzlich bestehende Einrichtungen zu erhalten und gesetzlich beschlossene Maßnahmen durchzuführen,
  - b) um die rechtlich begründeten Verpflichtungen des Staates zu erfüllen,
  - c) um Bauten, Beschaffungen und sonstige Leistungen fortzusetzen, für die durch den Haushaltsplan eines Vorjahrs bereits Beträge bewilligt worden sind, sowie um unter der gleichen Voraussetzung Beihilfen zu Bauten und Beschaffungen oder sonstigen Leistungen weiterzugewähren;
2. Schatzanweisungen bis zur Höhe eines Viertels der Endsumme des abgelaufenen Haushaltsplans für je drei Monate auszugeben, soweit nicht auf besonderem Gesetze beruhende Einnahmen aus Steuern, Abgaben und sonstigen Quellen die Ausgaben unter 1 decken.“<sup>32</sup>

## H. Die grundgesetzliche Regelung (Art. 111 GG)

Diese Regelung hat nun Art. 111 GG, dem Vorbild des Art. 64 der preußischen Verfassung von 1920 folgend, nahezu eins zu eins übernommen<sup>33</sup> und damit auf Bundesebe-

ne eine selbständige verfassungsrechtliche Grundlage für die Haushaltsführung im etatlosen Zustand geschaffen. Art. 111 GG bildet so den Endpunkt einer langen, fast 100 Jahre währenden verfassungsgeschichtlichen Entwicklung.

Selbstredend sind auch andere Ausgestaltungen des Nothaushaltsrechts vorstellbar, etwa, wie in einigen Landesverfassungen vorgesehen, Ermächtigungen der Regierungen, nach dem Haushaltsplan des bisherigen Haushaltsjahres Ausgaben vorzunehmen.<sup>34</sup> Aber ohne eine solche Regelung kommt der Verfassungsstaat nicht aus.

Jede Regelung des Nothaushalts muss die Balance zwischen der Budgethoheit des Parlaments und den zwingenden Erfordernissen fortgesetzten, kontinuierlichen staatlichen Handelns wahren. Daher beschränkt sich die restriktiv auszulegende Ermächtigung des Art. 111 GG darauf, die zwingend notwendigen, unaufschiebbaren Ausgaben zu leisten.

Im Rahmen der vorläufigen Haushaltsführung kommen also im Haushaltsvorgriff im Wesentlichen nur Fortsetzungsmaßnahmen sowie Maßnahmen, die der Aufrechterhaltung der Verwaltung dienen oder zur Erfüllung von Verbindlichkeiten notwendig sind, in Betracht. Grundsätzlich trifft die Bundesregierung die Entscheidung, welche Ausgaben nötig sind, nach pflichtgemäßem Ermessen. Die verfassungsgerichtliche Nachprüfung beschränkt sich insoweit auf eine Evidenzkontrolle.

Aber es dürfen dabei jedenfalls solche Ausgaben nicht geleistet werden, die dem erkennbaren oder mutmaßlichen Willen des Parlaments widersprechen. Das folgt aus dem Grundsatz der Organtreue.<sup>35</sup> Daher wäre unter der Geltung des Grundgesetzes ein budgetloses Regiment nach Art der preußischen Regierung im Heeres- und Budgetkonflikt der Jahre 1862–1866 definitiv ausgeschlossen.

## I. Fazit

Dieser tour d’horizon durch die jüngere deutsche Verfassungsgeschichte in puncto etatloser Zustand zeigt, wie das im preußischen Heeres-, Budget- und Verfassungskonflikt virulent gewordene Problem über die verfassungsrechtlichen Zäsuren der Reichsgründung, der Weimarer Republik und der Bundesrepublik Deutschland verfassungsrechtlich und verfassungsrechtswissenschaftlich bearbeitet und gelöst worden ist. Die anfängliche verfassungsrechtliche Lücke, die zu fragwürdigen Lückenschließungen Anlass gegeben hat, hat nun schlussendlich die Bundesverfassung selbst gefüllt und dabei einen sachgerechten Ausgleich zwischen unabweisbaren Bedürfnissen weiterer finanzwirksamer Staatstätigkeit einerseits und dem Königsrecht des Parlaments andererseits in der Konstellation eines fehlenden Haushaltsgesetzes gefunden.

30 Heckel, Die Entwicklung des parlamentarischen Budgetrechts und seiner Ergänzungen, in: Anschütz/Thoma (Hrsg.), Handbuch des deutschen Staatsrechts, Bd. 2, 1932, S. 411.

31 Anschütz, (Fn. 28), Art. 85 Anm. 7, S. 437 f.

32 Siehe PrGS 1920, S. 543.

33 Siehe bereits Art. 124 Abs. 3 des Entwurfs von Herrenchiessee.

34 Siehe Art. 78 Abs. 4 der Verfassung Bayerns; Art. 116 Abs. 4 der Verfassung von Rheinland-Pfalz.

35 Vgl. Siekmann, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 111 Rn. 14.

# Jurisprudenz oder Klausurologie

Prof. Dr. Ingeborg Puppe, Bonn\*

## A. Probleme schaffen, nicht wegschaffen

Für eine jede Aufgabe, sei es ein schwieriges hochtheoretisches Problem, sei es eine einfache praktische Tätigkeit, gilt: Der richtige Weg zu ihrer Lösung ist der einfachste, sicherste und kürzeste. Jeder Denkschritt oder Arbeitsschritt, der einen der Lösung des Problems nicht näherbringt, ist ein Fehler. Eine Zweifelsfrage oder Ungewissheit darf nur dann aufgeworfen werden, wenn die Lösung des Problems von der Beantwortung dieser Zweifelsfrage abhängt. Ein längerer und aufwendigerer Lösungsweg darf einem kürzeren und einfacheren nur dann vorgezogen werden, wenn er der sicherere ist. All dies gilt auch für die Aufgabe, eine theoretische Rechtsfrage zu entscheiden oder einen praktischen Rechtsfall.

Dies ist so trivial, dass Sie sich vielleicht fragen, warum ich das überhaupt zum Thema eines Beitrags mache, bei dem es um juristische Methodenlehre geht. Der Grund besteht darin, dass den Studierenden im Jurastudium genau das Gegenteil geraten wird. Sie sollen den ihnen vorgelegten Sachverhaltstext „problemfreundlich auslegen“,<sup>1</sup> sie sollen den Aufbau ihres Gutachtens so wählen, dass ihnen „kein Problem entgeht“,<sup>2</sup> und mehr oder weniger offen wird ihnen auch geraten, eine Rechtsfrage, die in ihrer Falllösung auftaucht, so zu entscheiden, dass sie möglichst viele Folgeprobleme hat. Eine wissenschaftliche Mitarbeiterin einer anderen Fakultät berichtete mir, man habe ihr die mittelmäßige Bewertung ihrer Klausur damit erklärt, dass sie zu den Problemen, die sie habe diskutieren sollen, nicht gekommen sei, weil sie einen Lösungsweg beschriften habe, der völlig einwandfrei und vertretbar sei, aber zu diesen Problemen eben nicht geführt habe. Deshalb habe sie eine geringere Punktzahl erreicht, als sie erreicht hätte, sofern sie an einer Stelle ihres Gutachtens sich für eine andere Rechtsansicht entschieden hätte.

„Die Hemmer-Methode: Probleme schaffen, nicht wegschaffen.“ Mit diesem Slogan wirbt ein Anwalt seit vielen Jahren erfolgreich für sein privates Repetitorium für Exa-

menskandidaten.<sup>3</sup> Zu seiner Ehre muss gesagt werden, dass er die „Hemmer-Methode“ (ist das eine Methode?) nicht für die praktische Tätigkeit des Juristen empfiehlt und, wie gezeigt, ist sie für den Rechtswissenschaftler erst recht nicht empfehlenswert. Die Aufgabe des praktisch tätigen Juristen ist allein, zu entscheiden, wie ein bestimmter Rechtsfall zu lösen ist. Dasselbe gilt für den wissenschaftlichen Gutachter. Macht er die Lösung seines Falles von der Entscheidung einer Rechtsfrage abhängig, von der diese in Wirklichkeit gar nicht abhängt, so gibt er sich eine Blöße, führt eine überflüssige Unsicherheit in seine Lösung ein und macht sich angreifbar. Der Repetitor empfiehlt also die Hemmer-Methode nur für den Studenten und den Prüfungskandidaten in der Klausur oder Hausarbeit.

Wenn er damit recht hat, und die oben erwähnten Zitate sprechen dafür, so bedeutet das, dass wir unsere Studierenden nicht richtig ausbilden. Wir bilden sie an den Bedürfnissen ihres künftigen Berufes vorbei aus, wir bilden keine Juristen aus, sondern Klausurologen. Dazu passt die oft von Studierenden erhobene Forderung, man möge sie doch gründlich in Klausurtaktik und „Klausurenlehre“ unterrichten. Das ist eine Pseudowissenschaft, die eine umfangreiche Literatur hervorgebracht hat und dabei ist die Lehubuchliteratur zu überwuchern. Danach stellen sich zwei Fragen: Ist es für den Klausurbearbeiter ratsam, die Hemmer-Methode anzuwenden? Wann kann es von Rechts wegen von ihm erwartet oder gar verlangt werden, dass er die Hemmer-Methode anwendet, so dass er mit Punktabzügen bestraft werden darf, wenn er dies nicht tut?

## B. Die sogenannte Sachverhaltsauslegung

Ein als Prüfungsaufgabe gestellter Rechtsfall sollte so klar und eindeutig formuliert sein, dass er gar keiner Auslegung bedarf. Trotzdem kann es natürlich sein, dass ein Sachverhalt an einer Stelle nicht ganz eindeutig formuliert ist oder dem Bearbeiter dies so scheint. Dann sollte er freilich bedenken, dass ihm die Aufgabe zwar nicht nur aber auch zu dem Zweck gestellt wird, ihm Gelegenheit zu geben, eine bestimmte theoretische Rechtsfrage zu erörtern. Das ist gemeint, wenn ihm der Rat erteilt wird, den Sachverhalt problemfreundlich auszulegen. Er sollte also die Rechtsfragen erkennen, auf die der Sachverhalt zugeschnitten ist.

\* Die Autorin ist emeritierte Professorin für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtslehre an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

1 Beulke, Klausurenkurs im Strafrecht I, Rn. 7; Kindhäuser/Schumann/Lubig, Klausurtraining Strafrecht, § 1, Rn. 10.

2 Jäger, Examensrepetitorium, Strafrecht Besonderer Teil, § 1, Rn. 16; Rotsch, Strafrechtliche Klausurenlehre, Kapitel 1, Rn. 202.

3 [https://www.repetitorium-hemmer.de/rep\\_pdf/41\\_14794\\_Lernen\\_Sie\\_die\\_HEMMER-METHODE\\_kennen!.pdf](https://www.repetitorium-hemmer.de/rep_pdf/41_14794_Lernen_Sie_die_HEMMER-METHODE_kennen!.pdf), (Abruf: 14.7.2023).

Diese Aufgabe des Kandidaten ist in der Prüfungssituation unvermeidlich, obwohl sie völlig praxisfern ist. In der Praxis bekommt der Jurist keinen von einem anderen Juristen fertig vorformulierten Sachverhalt, sondern eine Akte, aus der er sich den Sachverhalt selbst zusammensuchen muss.

### C. Keine überflüssigen Problemerkörterungen

Der Fallbearbeiter soll kein Rechtsproblem erörtern, von dessen Lösung das Ergebnis in dem von ihm bearbeiteten Fall nicht abhängt. Mit dieser Regel sind wir dem Ratschlag an Kandidaten entgegengetreten, die Reihenfolge seiner Problembehandlungen so zu wählen, dass er zu möglichst vielen Problemen kommt, damit ihm „kein Problem entgeht“.

Aber es gibt einen anderen Grundsatz, der der oben genannten Regel vorgeht: Der Bearbeiter muss die auftretenden Rechtsfragen in logisch richtiger Reihenfolge erörtern. Er darf also nicht die Antwort auf eine bestimmte Rechtsfrage voraussetzen, ohne sie beantwortet zu haben. Der Richter verstößt manchmal gegen diese Regel, indem er eine Rechtsfrage dahinstehen lässt, um eine logisch nachrangige aber unproblematische zweite Rechtsfrage zu entscheiden. So kann der Richter beispielsweise die Frage dahinstehen lassen, ob ein ärztliches Heilhandeln eine Körperverletzung ist, um festzustellen, dass sie deshalb nicht rechtswidrig ist, weil der Patient vollumfänglich in sie eingewilligt hat. Der Inhalt der erforderlichen Einwilligung hängt aber vom Unrechtsgehalt des Verhaltens ab, in das eingewilligt wird. Man kann also lediglich offenlassen, ob dieses Verhalten den Tatbestand der Körperverletzung erfüllt oder nicht, nicht die Frage, ob es Unrecht ist.

Dennoch empfiehlt sich diese Vorgehensweise des Richters nicht für den Fallbearbeiter. Denn im Strafrecht sind von vornherein nur solche Verhaltensweisen von Interesse, die unter einen Straftatbestand subsumiert sind. Indem der Richter dies dahinstehen lässt, sagt er eigentlich, dass er probeweise davon ausgeht, dass das Verhalten unter einen Tatbestand fällt. Probeweise von etwas ausgehen darf der Gutachter nicht.

Aber der Ratschlag, der den Studierenden erteilt wird, erst einmal nicht nur einen Grundtatbestand, sondern alle seine Abwandlungen, insbesondere seine Qualifikationen zu prüfen, ehe er die Frage stellt, ob die Tatbestandsverwirklichung, etwa durch Einwilligung, Notwehr oder Notstand gerechtfertigt ist,<sup>4</sup> ist methodisch falsch. Zur Begründung dafür wird vorgebracht, dass man ja zunächst den genauen Unrechtsgehalt der Tatbestandsverwirklichung ermitteln muss, ehe man die Frage erörtern kann, ob sie durch Einwilligung gerechtfertigt ist oder ob die in ihr enthaltene Rechtsverletzung nach den für die Begründung eines Rechtfertigungsgrundes, etwa des Notstandes oder in Extremfällen auch der Notwehr, das rechtfertigende Interesse

überwiegt.<sup>5</sup> Das ist richtig, aber es hängt nur vom Gewicht der tatbestandsmäßigen Rechtsgutsverletzung im vorliegenden Fall, nicht davon ab, ob diese außer unter den Grundtatbestand der Körperverletzung auch noch unter eine Qualifikation der Körperverletzung subsumierbar ist. Ob der vom operierenden Arzt „billigend in Kauf genommene“ Verlust einer Niere bei der vital indizierten Operation durch mutmaßliche oder hypothetische Einwilligung gerechtfertigt ist, hängt nicht davon ab, ob die Niere als wichtiges Glied des Körpers i.S.v. § 226 Abs. 1 lit. 2 StGB angesehen wird oder nicht. Es ist also nicht richtig, dass der Gutachter die Qualifikation vor der Rechtfertigung prüfen soll. Nach der Regel, dass die Erörterung überflüssiger Zweifelsfragen zu vermeiden ist, muss er gerade umgekehrt vorgehen. Denn die Rechtfertigung des Grundtatbestandes macht die Prüfung der Qualifikation überflüssig. Trotzdem mögen Sie so verfahren, schließlich halten Sie sich dabei strikt an das Schema Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit, Schuld und ein solches Vorgehen wird von vielen Prüfern erwartet. Es lohnt sich nicht, deshalb Punktverluste zu riskieren. Eine ganz andere Frage ist, ob der Prüfer rechtmäßig handelt, wenn er dem Kandidaten vorwirft, nicht so verfahren zu sein und ihm deshalb Punkte abzieht, weil er zu der Frage nicht gekommen ist, ob das Verhalten des Täters etwa unter eine Alternative des § 224 StGB subsumierbar ist, denn einen Fehler kann er dem Kandidaten deshalb nicht vorwerfen.

### D. Das Recht des Kandidaten auf die eigene Meinung

Dem Fallbearbeiter, vor allem im Examen, wird geraten, bei der Entscheidung eines Meinungsstreits stets die Rechtsansicht zu vertreten, die die meisten Folgeprobleme aufwirft, auf keinen Fall aber eine Rechtsansicht, die den Fall „vorzeitig“ beendet.<sup>6</sup> Diese Regel hat sich die Kandidatin wohl zu Herzen genommen, der das mäßige Ergebnis ihrer Klausur damit erklärt wurde, dass ihr bestimmte Probleme entgangen sind, weil sie eine einfachere, in jeder Hinsicht vertretbare Antwort auf eine vorrangige Rechtsfrage gegeben hatte. Dass diese Maxime weder rechtstheoretisch noch rechtspraktisch richtig ist, wurde am Anfang des Textes dargestellt. Sie ist aber klausurtaktisch richtig. Jede neue Problemerkörterung bedeutet für den Kandidaten eine neue Chance, Punkte zu sammeln und es ist immer leichter, viele Aufgaben mittelmäßig zu lösen, als eine einzige perfekt.

Aber einen Kandidaten durch Punktabzüge dafür zu bestrafen, dass er den einfachen Lösungsweg gewählt hat, verstößt gegen seinen prüfungsrechtlichen Antwortspielraum und letztlich gegen seine durch Art. 5 GG garantierte Meinungsfreiheit und Wissenschaftsfreiheit, solange das Jurastudium als wissenschaftliches Studium betrachtet wird. Wenn der Prüfer einen Fall so gestellt hat, dass man

4 Jäger, Examensrepetitorium Strafrecht Besonderer Teil; Küpper, Puppe-FS 2011, 137 (149).

5 Küpper, Puppe-FS 2011, 137 (149).

6 Siehe Fn. 2.

einem Problem, dass er erörtert wissen wollte, durch eine korrekte Beantwortung vorrangiger Fragen ausweichen kann, so ist das ein Fehler des Prüfers, nicht des Kandidaten. Ein Prüfer kann nichts Schlimmeres tun, als einen Kandidaten seine eigenen Fehler entgelten zu lassen.

Nehmen wir ein einfaches Beispiel: Der Prüfer fragt nach der Strafbarkeit des A, der mit einer einfachen Handfeuerwaffe aus großer Entfernung in die Richtung einer anderen Person geschossen hat. Der Täter will das Opfer nicht verletzen, sondern nur vertreiben, nimmt aber, wie es im Sachverhalt ausdrücklich heißt, „billigend in Kauf“, dass er es durch eine Kugel verletzt oder tötet. Der andere lässt sich aber auch durch zwei in nächster Nähe von ihm einschlagende Schüsse nicht vertreiben. Der Täter hat noch vier weitere Kugeln im Revolver, lässt diesen aber sinken und gibt seinen Plan auf. Hat der Täter mit Körperverletzungsvorsatz oder Tötungsvorsatz gehandelt, und wenn ja, ist er vom Körperverletzungsversuch mit strafbefreiender Wirkung zurückgetreten?

Nur wenn der Bearbeiter den Körperverletzungsvorsatz bejaht, kommt er zu dem Rücktrittsproblem. Aber es werden in der Literatur Ansichten vertreten, die einen Vorsatz auch dann ablehnen, wenn der Täter den Erfolg in irgendeinem Sinne billigend in Kauf nimmt, sofern die Wahrscheinlichkeit, dass er ihn mit der von ihm angewandten Methode erreicht, gering ist.<sup>7</sup> Das ist freilich nicht die herrschende Lehre. Wenn nun der Kandidat sich dieser Mindermeinung (so pflegt man die Minderheitsmeinung zu nennen) anschließt, geht er ein hohes Risiko ein. Erstens kommt er nicht zu der offensichtlich gewünschten Erörterung des Rücktrittsproblems, nämlich der Entscheidung zwischen der sogenannten Einzelakttheorie und der Theorie von der natürlichen Versuchseinheit, zweitens muss er fürchten, dass sein Prüfer die besagte „Mindermeinung“ gar nicht kennt. Im letzteren Fall dürfte allerdings seine Beschwerde gegen die zu erwartende schlechte Beurteilung seiner Arbeit Aussicht auf Erfolg haben. Im Prüfungsrecht steht fest, dass der Kandidat ungestraft jede Rechtsmeinung vertreten darf, die in der Literatur vertreten wird. Aber für einen Kandidaten gehört viel Mut dazu, sich auf dieses sein Recht zu verlassen.

Der Kandidat wird also, jedenfalls in diesem Fall, der h.L. folgen, auch wenn er die Minderheitsmeinung für richtig hält. Aber es kommt noch schlimmer: Er darf die Gründe nicht offenlegen, aus denen er der h.L. folgt. Sonst müsste er hinschreiben: „In diesem Fall ist der h.L. zu folgen, weil ich sonst nicht zu der von mir offensichtlich erwarteten Erörterung des Problems der Unterscheidung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch beim Rücktritt gelangen könnte.“ Stattdessen muss er irgendwie begründen, dass die Ablehnung des *dolus eventualis* bei geringer Erfolgsgefahr falsch ist, weil es eben allein auf das billigend in Kauf nehmen ankommt. Das kann man nicht einmal Opportunismus nennen, denn auch wenn es nach der Ansicht des Kandidaten Unrecht ist, dass er dem A Körperver-

letzungsvorsatz und gar Tötungsvorsatz bescheinigt, so hat das doch keinerlei praktische Folgen. Dem A und dem B tut gar nichts weh. Ich habe das aber einmal als Einübung in Opportunismus bezeichnet.<sup>8</sup>

## E. Das Recht des Juristen auf seine eigene Meinung

Dem praktisch tätigen Juristen ist es selten vergönnt, seiner eigenen Meinung zu folgen. Als Anwalt muss er von mehreren zur Diskussion stehenden Rechtsansichten stets die vertreten, die für seinen Mandanten am günstigsten ist, denn dafür wird er bezahlt. Als Verwaltungsbeamter muss er die Ansicht vertreten, die sein Dienstvorgesetzter teilt, denn er ist weisungsgebunden. Als Richter wird er sich in aller Regel an die herrschende Ansicht, also an die höchstrichterliche Rechtsprechung halten. Denn höchstrichterlich aufgehobene Urteile sind vergeblich und trotz aller richterlichen Unabhängigkeit für eine Richterkarriere gar nicht gut.

Nur die Rechtswissenschaftler genießen das Privileg, sagen zu dürfen, was sie für richtig halten. Leider machen sie davon allzu wenig Gebrauch, wenn es um praktische Rechtsfragen geht. Man versucht eine Zeit lang, gegen eine Rechtsprechung anzukämpfen, die man für falsch hält, gibt es dann aber auf, um sich der herrschenden Lehre anzuschließen, weil das ja alles doch nichts nützt. Die Unterwürfigkeit mancher Rechtswissenschaftler unter die höchstrichterliche Rechtsprechung geht aber noch weiter. Ich habe in einem Kommentar gelesen: „Dass den Tatrichtern im Rahmen der erweiterten Revision gemäß § 261 StPO so keine vollständige Vorhersehbarkeit für vorsatzbejahende Urteile garantiert wird, ist bei alledem rechtspraktisch jedenfalls nicht unerträglich zu nennen. Vielmehr ist es vorzugswürdig, die heute allgemein akzeptierte und praktizierte erweiterte Revision über § 261 StPO auch hier anzuerkennen.“<sup>9</sup> Um es weniger umständlich auszudrücken: Die höchstrichterliche Rechtsanwendung muss weder vorhersehbar noch gar regelgeleitet sein. Denn wir haben doch die erweiterte Revision und in der erweiterten Revision wird es der BGH in seiner unerforschlichen Weisheit schon richten.

Angesichts solcher Vorbilder kann man es kaum ausgerechnet vom Rechtskandidaten im Examen erwarten, dass er sich mit der mächtigen h.L. anlegt. Wie soll er nun aber lernen, seinen eigenen Rechtsstandpunkt zu finden und ihn in der Praxis oder in der Öffentlichkeit zu vertreten? Wie soll er auch nur lernen, die Position seines Mandanten als Anwalt überzeugend zu vertreten, wenn sein Studium im Wesentlichen in einer Übung in Anpassung besteht?

<sup>7</sup> Herzberg, JuS 1986, 249 (253); Jakobs, Rechtswissenschaft 2010, 283 (291 ff.); Puppe, NK, § 15, Rn. 67 ff.

<sup>8</sup> Puppe, JuS 2020, Umschlagsseite 30. Leider wurde der Beitrag ohne mein Vorwissen auf den sog. Umschlagsseiten veröffentlicht, die vor allem für Reklame und Vorankündigungen bestimmt sind und bei der Bindung des Jahrgangs wegfallen.

<sup>9</sup> Gaede, in: Matt/Renzikowski, StGB Kommentar, § 15 Rn. 25.

Aber versuchen Sie es doch einmal in einer Klausur in der Übung oder im Klausurenkurs oder bei der Besprechung eines Übungsfalles. Stellen Sie die Situation der Studierenden in der heutigen Ausbildung zur Diskussion, indem Sie sie offenlegen. Veranlassen Sie Ihre Professoren, dazu Stellung zu nehmen, insbesondere dazu, dass von Ihnen in der Klausur eine bestimmte Rechtsmeinung erwartet wird, damit Sie zu den weiteren Problemen, die der Aufgabensteller offensichtlich diskutiert haben will, überhaupt kommen.

## F. Die herrschende und die nicht herrschende Meinung

Oft wird den Studierenden versichert, dass es ihr gutes Recht sei, eine Minderheitsmeinung zu vertreten, oder sogar eine eigene zu präsentieren, wenn sie sie nur gut begründen. Die h.L. braucht man aber nicht gut zu begründen, denn sie ist die herrschende. In den Grundkursen, Kurzlehrbüchern, Klausurenkursen und Repetitorien, mit denen Sie zu lernen pflegen, werden Minderheitsmeinungen rasch erledigt. Die Risikoerhöhungstheorie von Roxin wird beispielsweise mit dem kurzen Satz abgetan, die Risikoerhöhungstheorie ist abzulehnen, denn sie verstößt gegen den Grundsatz in dubio pro reo.<sup>10</sup> Das ist richtig unter der Voraussetzung, dass für die Zurechnung des Erfolges erforderlich ist, dass der Täter durch sorgfaltsgemäßes Alternativverhalten den Erfolg verhindert hätte. Das ist die Aussage der h.L., der sog. Vermeidbarkeitstheorie. Die Risikoerhöhungstheorie macht diese Aussage aber nicht. Sie gründet die Zurechnung auf die Kausalität der Handlung des Täters für den Erfolg sowie darauf, dass die sorgfaltswidrigen Eigenschaften der Handlung das Risiko des Erfolgseintritts erhöht haben.<sup>11</sup> Die h.L. hält das nicht für ausreichend für die Erfolgsszurechnung. Der Vorwurf gegen die Risikoerhöhungstheorie, dass sie gegen den Zweitgrundsatz verstoße, ist aber nur begründet, wenn man die h.L., also die Vermeidbarkeitstheorie, als richtig voraussetzt. Er kann also die Richtigkeit der Vermeidbarkeitstheorie, nicht begründen.<sup>12</sup> Trotzdem wird es in jeder Klausur zur Ablehnung der Risikoerhöhungstheorie genügen, wenn Sie den Satz niederschreiben: „Die Risikoerhöhungstheorie ist abzulehnen, denn sie verstößt gegen den Grundsatz in dubio pro reo“.

Ein zweites Beispiel: Allen Theorien, die den dolus eventualis auf die Vorstellung des Täters von einer von ihm

geschaffenen großen Erfolgsgefahr gründen, wird der Fehlschluss vorgeworfen, aus der Vorstellung von einer hohen Gefahr auf das billigend in Kauf nehmen zu schließen.<sup>13</sup> Ein solcher Schluss ist natürlich nicht richtig. Aber die Rechtsansichten, die mit der Unrichtigkeit dieses Schlusses widerlegt werden sollen, ziehen diesen Schluss gar nicht, denn sie verlangen für den Vorsatz kein billigendes in Kauf Nehmen. Wiederum ist das Argument nur richtig, wenn man die Richtigkeit der h.L., die es begründen soll, bereits voraussetzt. In beiden Fällen liegt ein Zirkelschluss vor.<sup>14</sup> Dieser Zirkelschluss würde Ihnen sofort um die Ohren fliegen, wenn Sie versuchen würden, nach diesem Rezept eine Minderheitsmeinung zu begründen, indem sie beispielsweise darlegen, dass das billigend in Kauf Nehmen des Erfolges keinen Schluss darauf zulasse, dass der Täter seinen Eintritt für wahrscheinlich gehalten habe. Eine h.L. braucht also offensichtlich nicht begründet zu werden, es genügt ihre formelhafte Wiederholung in einer Scheinbegründung, in der ihre Richtigkeit vorausgesetzt wird. Das spart in der Klausur Zeit.

Aber es ist zutiefst undemokratisch, wenn ein Gericht so verfährt. Der Richter spricht nicht im eigenen Namen Recht, sondern im Namen des Volkes, deshalb muss er seine Rechtsansicht vor dem Volke und vor allem den betroffenen Bürgern substantiiert begründet.<sup>15</sup> Er muss sich mit seiner Rechtsansicht und ihrer Begründung der demokratischen Diskussion in der Öffentlichkeit stellen. Dies zu lehren und zu lernen, ist die Aufgabe der Ausbildung zum Juristen.

Aber für die Studierenden heute ist es reiner Luxus, tiefer in ein Rechtsproblem einzudringen, als es in der Klausur erforderlich ist, es sei denn, man schreibt darüber eine Seminararbeit. Denn seit die Hausarbeit im Studium zu einer Nebenleistung heruntergekommen ist, die nicht einmal zu einer Übung gehört und auch in den Übungen oft nur noch Klausuren zu absolvieren sind, ist die Klausur, also das, was von den Studierenden unter Prüfungsdruck ohne alle Hilfsmittel und ohne Zeit zum Nachdenken als Falllösung erwartet werden kann, im gesamten Studium das Maß aller Dinge: Klausurologie statt Jurisprudenz.

10 Gaede, NK, § 13, Rn. 15; Duttge, MüKo-StGB, § 15, Rn. 181 f.; Jakobs, Strafrecht AT, § 7, Rn. 103; Maurach/Gössel/Zipf-Gössel, Strafrecht AT II, § 43, Rn. 129; Kindhäuser/Zimmermann, Strafrecht AT, § 33, Rn. 46; Baumann/Weber/Eisele, Strafrecht AT, § 10, Rn. 90; Otto, 1980, 417 (423 f.).

11 Roxin/Greco, AT, § 11, Rn. 88 ff. Eine andere Frage ist, ob diese systematische Einordnung des Problems richtig ist oder es richtiger mit dem BGH als Kausalitätsproblem aufzufassen ist, dazu Puppe, AT, § 13, Rn. 1 ff.

12 Näher dazu Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, S. 236; Böse, Examensfälle Strafrecht AT, S. 21 f.

13 Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, Rn. 336.

14 Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, S. 273 f.

15 Neumann, Juristische Argumentationstheorie, § 1 Rn. 40 ff.

# Die Unterscheidung der GbR-Typen nach dem MoPeG zwischen Subjektivität und Rechtsvermutung

Prof. Dr. Rafael Harnos und Christoph König, Berlin\*

*Der MoPeG-Gesetzgeber hat die Unterscheidung zwischen rechtsfähiger und nicht rechtsfähiger Gesellschaft in § 705 Abs. 2 BGB n.F. ausdrücklich verankert und zugleich die beiden GbR-Typen, die sich untereinander ausschließen, legaldefiniert. Das Entweder-oder-Prinzip des § 705 Abs. 2 BGB n.F. zwingt die Rechtsanwender, die rechtsfähige von der nicht rechtsfähigen Gesellschaft zu unterscheiden. § 705 Abs. 2 BGB n.F. liegt ein subjektiver Ansatz zugrunde: Es ist maßgeblich, ob die Gesellschafter einen gemeinsamen Willen dahingehend gebildet haben, dass die Gesellschaft am Rechtsverkehr teilnehmen soll. Dabei bietet die Vermutung des § 705 Abs. 3 BGB n.F., der die Schwächen des subjektiven Ansatzes kaschieren soll, eine Hilfestellung. Der Beitrag arbeitet die Umstände heraus, die einen Schluss auf den Gesellschafterwillen erlauben, und zeigt auf, wie § 705 Abs. 3 BGB n.F. zu handhaben ist.*

## A. Einleitung

Mit dem Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG)<sup>1</sup> war die Bundesregierung angetreten, um nichts Geringeres zu erreichen, als das „Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu konsolidieren und die geltenden Vorschriften an die praktischen Bedürfnisse von Gesellschaften und Gesellschaftern anzupassen.“<sup>2</sup> Während die Wissenschaft im Zuge des Gesetzgebungsprozesses über das „Ob“ und das „Wie“ der Reform gestritten hat,<sup>3</sup> hat der Bundestag es am 21.6.2021 einstimmig be-

schlossen;<sup>4</sup> das Gesetz tritt gem. Art. 137 S. 1 MoPeG am 1.1.2024 in Kraft. Ein Grundpfeiler der Reform ist § 705 Abs. 2 BGB n.F., der nunmehr ausdrücklich zwischen einer rechtsfähigen und einer nicht rechtsfähigen Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) unterscheidet.<sup>5</sup> Vorbei ist die Litanei aus „ARGE Weißes Ross“<sup>6</sup>, mit der die Rechtsfähigkeit der Außen-GbR heraufbeschworen werden musste. Auch wenn die Verankerung der rechtsfähigen und nicht rechtsfähigen Gesellschaft im Gesetz zu begrüßen ist, fällt es mitunter schwer, die beiden GbR-Typen voneinander zu unterscheiden.

## B. Rechtsfähige und nicht rechtsfähige Gesellschaft als unterschiedliche GbR-Typen

Wieso die Differenzierung zwischen den in § 705 Abs. 2 BGB n.F. legaldefinierten GbR-Typen dogmatisch und praktisch wichtig ist, erschließt sich am besten, wenn man sich die Umwälzungen des GbR-Rechts im Zuge des MoPeG vor Augen führt:<sup>7</sup> Nach der Ursprungskonzeption des historischen BGB-Gesetzgebers war die GbR kein rechtsfähiger Verband, sondern ein Schuldverhältnis zwischen Gesellschaftern, die ein nach §§ 718 ff. BGB a.F. gesamthänderisch gebundenes Vermögen bilden konnten.<sup>8</sup> Erst als der BGH – aufbauend auf Vorarbeiten im Schrifttum, namentlich auf *Flumes* Gruppenlehre<sup>9</sup> – ihr rechtsfortbildend die Rechtsfähigkeit verliehen hat,<sup>10</sup> verlor die Außen-GbR ihre Flüchtigkeit; im Gesetz war davon allerdings nichts zu finden.

Nunmehr erhebt das MoPeG die rechtsfähige (Dauer-) Gesellschaft zum gesetzlichen Leitbild.<sup>11</sup> Diese ist zwar – jedenfalls nach derzeit herrschender Auffassung – keine

\* Rafael Harnos ist Professor für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht an der BSP Business & Law School Berlin. Christoph König ist Doktorand an der Humboldt-Universität zu Berlin. Momentan ist er als wissenschaftlicher Mitarbeiter an der BSP Business & Law School Berlin und an der Universität Innsbruck tätig. Darüber hinaus lehrt er regelmäßig an der Universität Erfurt und der Freien Universität Berlin. Sein Dissertationsprojekt ist eine biographische Arbeit zu F.A. Mann (1907-1991) und wird von der DFG finanziert (<<https://fam.iuscomp.org/>>).

1 Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG) v. 10.8.2021, BGBl. I, 3436.

2 Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 2.

3 Für eine umfassende Modernisierung namentlich C. Schäfer, Gutachten E zum 71. Deutschen Juristentag 2016; s. ferner Fleischer, ZGR-Sonderheft 23 (2021), 1 ff. Dagegen etwa Altmeyden, NZG 2020, 822 f.; krit. auch bspw. Schall, ZIP 2020, 1443 ff.

4 BT-Plenarprotokoll 19/236, 30757.

5 Terminologisch entspricht die rechtsfähige Gesellschaft der Außen-GbR, die nicht rechtsfähige der Innen-GbR, vgl. Koch/Harnos, in: Koch (Hrsg.), Personengesellschaftsrecht Kommentar, 2023, § 705 BGB Rn. 72 (im Erscheinen).

6 BGHZ 146, 341.

7 Zur Bedeutung der Unterscheidung s. auch Bachmann, NZG 2020, 612 (614).

8 Zur Ursprungskonzeption und Entwicklung vgl. statt vieler C. Schäfer, GbR/PartG, 9. Aufl. 2023, Vor § 705 BGB Rn. 10 ff.

9 Flume, ZHR 136 (1972), 177 ff.

10 BGHZ 146, 341.

11 Vgl. dazu Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 125.

juristische Person,<sup>12</sup> kann aber unter ihrem Namen Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen. Sie hat gem. § 713 BGB n.F. ein eigenes Gesellschaftsvermögen und ist gem. § 50 ZPO aktiv wie passiv parteifähig. Mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrags, der einen schuld- und organisationsrechtlichen Charakter hat,<sup>13</sup> schaffen die Gesellschafter also einen neuen Rechtsverkehrsteilnehmer. Im Gegensatz zur rechtsfähigen Gesellschaft täuscht die nicht rechtsfähige Gesellschaft begrifflich über ihre Plastizität. Mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrags lassen die Parteien genauso wenig „etwas“ entstehen, wie sie das bei einem Kaufvertrag täten. Vielmehr regeln die Gesellschafter mit dem rein schuldrechtlichen Vertrag<sup>14</sup> lediglich ihr Verhältnis untereinander: Wer bringt an welchem Tag in der Wohngemeinschaft den Müll raus?<sup>15</sup> Wie sind die Arbeitsräume der Bürogemeinschaft aufgeteilt?<sup>16</sup> Wer versorgt die Arbeitsgemeinschaft mit Lehrbüchern, wer mit Kaffee?<sup>17</sup> Wie sollen die Teilnehmer eines Forschungsprojekts kooperieren?<sup>18</sup> Dabei kann die nicht rechtsfähige Gesellschaft nach § 740 Abs. 1 BGB n.F. kein Gesellschaftsvermögen bilden.<sup>19</sup> Auch wenn § 740 Abs. 2 BGB n.F. auf manche Regelungen zum Innenverhältnis der rechtsfähigen Gesellschaft verweist, sind die Beziehungen zwischen den Gesellschaftern einer nicht rechtsfähigen Gesellschaft doch anders ausgestaltet.<sup>20</sup>

## C. Kriterien zur Unterscheidung der GbR-Typen

### I. Subjektiver Ansatz des § 705 Abs. 2 BGB n.F.

Die vorstehend skizzierten Unterschiede machen deutlich, dass eine GbR entweder rechtsfähig oder nicht rechtsfähig

ist.<sup>21</sup> Eine „Mischform“ ist nicht möglich.<sup>22</sup> Für die Zuordnung zu einem der GbR-Typen ist nach § 705 Abs. 2 BGB n.F. im Sinne eines subjektiven Ansatzes der innere Wille der Gesellschafter maßgeblich. Rechtsfähig ist die Gesellschaft, wenn sie nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnehmen soll. Nicht rechtsfähig ist sie, wenn sie lediglich dazu dienen soll, das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander auszugestalten.

Damit einher geht die gesetzgeberische Entscheidung im Streit darum, wann sich eine rechtsfähige Gesellschaft manifestiert. Im Anschluss an „ARGE Weißes Ross“ hat sich das Schrifttum um eine Konkretisierung der Kriterien bemüht, die für die Verleihung der Rechtsfähigkeit an eine GbR entscheidend sind. Abgestellt wurde etwa auf das Vorhandensein eines Gesellschaftsvermögens<sup>23</sup>, einen gesteigerten Organisationsgrad<sup>24</sup> oder die Unternehmenseigentumsfähigkeit<sup>25</sup>. In der rechtspolitischen Diskussion im Vorfeld des MoPeG wurde vorgeschlagen, die Rechtsfähigkeit an eine Registereintragung zu knüpfen<sup>26</sup> oder eine Namensführung zu verlangen.<sup>27</sup> Mit der Einführung des § 705 Abs. 2 BGB n.F. haben sich diese Debatten erledigt. Nicht erledigt hat sich die Frage, woran man den Willen der Gesellschafter zur Teilnahme der Gesellschaft am Rechtsverkehr erkennen soll. Maßgeblich ist zunächst der Gesellschaftsvertrag.<sup>28</sup> Ist in diesem ausdrücklich verankert, dass die Gesellschaft am Rechtsverkehr teilnehmen soll, erübrigen sich weitere Fragestellungen. Eine besondere Verantwortung für die Rechtssicherheit trägt hier in den nächsten Jahren die Kautelarpraxis. Es wird an ihr liegen, möglichst präzise Formulierungen für die Gesellschaftsverträge zu entwickeln.<sup>29</sup> Überdies ist in den Gesetzesmaterialien eine Reihe von Umständen zu finden, die in Ermangelung einer eindeutigen gesellschaftsvertraglichen Regelung aufgegriffen werden können, um den Gesellschafterwillen zu ermitteln. Hierzu zählen – neben vertraglichen Regelungen zur Identitätsausstattung (Name und Sitz, Handlungsorganisation, Haftungsverfassung) – zum einen der auf Teilnahme am Rechtsverkehr gerichtete Gesellschaftszweck, zum anderen die tatsächliche Art der Teilnahme am Rechtsverkehr.<sup>30</sup>

12 Vgl. etwa Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 106; *Bachmann*, NJW 2021, 3073 Rn. 12; *Habersack*, ZGR 2020, 539 (548); *Koch/Harnos*, (Fn. 5), § 705 BGB Rn. 89 f. Für die Anerkennung der rechtsfähigen GbR als juristische Person aber neuerdings etwa *Kindler*, ZfPW 2022, 409 (413, 420 ff.); s. ferner *Bauermeister/Grobe*, ZGR 2022, 733 (745 ff.).

13 Hierzu statt vieler *Koch/Harnos*, (Fn. 5), § 705 BGB Rn. 19.

14 Zum rein schuldrechtlichen Charakter der nicht rechtsfähigen Gesellschaft *Tassius*, in: Koch (Hrsg.), Personengesellschaftsrecht Kommentar, 2023, § 740 BGB Rn. 10 (im Erscheinen).

15 Zur WG als Innen-GbR s. etwa *Sagan*, in: Staake/von Bressendorf (Hrsg.), Rechtshandbuch Wohngemeinschaften, 2019, § 14 Rn. 8.

16 Zur Qualifizierung der Bürogemeinschaft etwa *K. Schmidt*, ZHR 185 (2021), 16 (27).

17 Zu Gelegenheitsgesellschaften des täglichen Lebens s. *Koch/Harnos*, (Fn. 5), § 705 BGB Rn. 95.

18 Beispiel angelehnt an Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 126.

19 Zur Möglichkeit, ein „Gesellschaftsvermögen“ auf schuldrechtlicher Basis zu konstruieren, vgl. *Tassius*, (Fn. 14), § 740 BGB Rn. 32 ff.

20 Im Einzelnen *Tassius*, (Fn. 14), § 740 BGB Rn. 11 ff.

21 Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 103; *Roßkopf/Hoffmann*, ZPG 2023, 14 (24); *C. Schäfer*, (Fn. 8), § 705 BGB Rn. 184, 213; *K. Schmidt*, (Fn. 16), 24 f.

22 Vgl. *K. Schmidt*, (Fn. 16), 22.

23 Vgl. *Habermeier*, in: Staudinger BGB, 2003, § 706 Rn. 58.

24 Darauf abstellend etwa *C. Schäfer*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2020, § 705 Rn. 284; ähnlich nunmehr *C. Schäfer*, (Fn. 8), § 705 BGB Rn. 216.

25 Hierzu namentlich *K. Schmidt*, ZHR 177 (2013), 712 (715 ff.) m.w.N.

26 Dafür etwa *Habersack*, (Fn. 12), 553 ff.; *Heckschen*, NZG 2020, 761 (762 f.); *Röder*, AcP 215 (2015), 450 (466 ff.).

27 *Denga*, ZfPW 2021, 73 (88 ff.).

28 Vgl. *C. Schäfer*, (Fn. 8), § 705 BGB Rn. 215.

29 Vgl. *Bachmann*, (Fn. 12), Rn. 6.; *Otte*, ZIP 2021, 2162 (2163); *Roßkopf/Hoffmann*, (Fn. 21), 24.

30 Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 125.

## II. Bedeutung der Registereintragung

In der Aufzählung in den Gesetzesmaterialien findet ein Umstand keine Erwähnung, der für die Ausgestaltung der Gesellschaft eine zentrale Rolle spielt: die Eintragung der Gesellschaft in das – durch das MoPeG neu geschaffene und in §§ 707 ff. BGB n.F. geregelte – Gesellschaftsregister. Auch § 705 Abs. 2 Var. 1 BGB n.F. verliert kein Wort über die etwaige Bedeutung der Registrierung. Zudem geben §§ 707 ff. BGB n.F. – trotz systematischer Verortung im Untertitel 2, der die für die rechtsfähige Gesellschaft geltenden Vorschriften enthält – keine eindeutige Antwort auf die Frage, welche Rolle die Registereintragung für die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft spielt.<sup>31</sup>

Dies verwundert, weil mit § 719 Abs. 1 a.E. BGB n.F. eine Vorschrift existiert, die der Registereintragung weitreichende Folgen verleiht. Nach § 719 Abs. 1 a.E. BGB n.F. entsteht die rechtsfähige Gesellschaft im Verhältnis zu Dritten jedenfalls mit der Eintragung im Gesellschaftsregister. Ob aus der Anordnung des § 719 Abs. 1 a.E. BGB n.F. der Schluss auf die Rechtsfähigkeit einer eingetragenen GbR gezogen werden kann, lässt sich dem Gesetz nicht zweifelsfrei entnehmen, wird aber im Schrifttum verbreitet angenommen.<sup>32</sup> Teilweise wird vertreten, dass schon die Anmeldung zum Gesellschaftsregister ein Indiz für den gemeinsamen Willen zur Teilnahme am Rechtsverkehr ist,<sup>33</sup> teilweise wird – allerdings im Kontext des § 719 Abs. 1 BGB n.F. – eine unwiderlegbare Vermutung befürwortet, die auf der Registeranmeldung gründet.<sup>34</sup>

Man wird einen Schritt weiter gehen und die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bejahen können, wenn die Gesellschafter eine Eintragung der Gesellschaft in das Gesellschaftsregister beantragen. Die Anmeldung ist nach § 707 Abs. 4 S. 1 BGB n.F. von sämtlichen Gesellschaftern – und damit gemeinschaftlich – zu bewirken. Sie hat nach § 707 Abs. 2 BGB n.F. neben Personenangaben ebenfalls Angaben der Vertretungsbefugnis der Gesellschaft zu enthalten. Wollen die Gesellschafter also eine Eintragung der Gesellschaft in das Gesellschaftsregister veranlassen, müssen sie Erklärungen abgeben, die nur eine rechtsfähige Gesellschaft betreffen können: Da eine nicht rechtsfähige Gesellschaft nicht als Verband existiert und deshalb nicht

vertreten werden kann,<sup>35</sup> können die Gesellschafter keinen Willen hinsichtlich der Vertretungsverhältnisse bilden. Wenn ein solcher Wille im Zuge der Registeranmeldung erklärt wurde, haben die Gesellschafter deutlich gemacht, dass die Gesellschaft als solche am Rechtsverkehr teilnehmen soll. In einem solchen Fall liegt eine rechtsfähige Gesellschaft i.S.d. § 705 Abs. 2 Var. 1 BGB n.F. vor.<sup>36</sup>

## D. Vermutung des § 705 Abs. 3 BGB n.F.

### I. Überblick

Die Entscheidung des MoPeG-Gesetzgebers zugunsten eines subjektiven Ansatzes in § 705 Abs. 2 BGB n.F. kann mitunter dazu führen, dass sich der Wille der Gesellschafter hinsichtlich der Teilnahme der Gesellschaft am Rechtsverkehr nicht eindeutig feststellen lässt. Für einen solchen Fall hält § 705 Abs. 3 BGB n.F. eine Vermutung bereit: Ist der Gegenstand der Gesellschaft der Betrieb eines Unternehmens unter gemeinschaftlichem Namen, wird vermutet, dass die Gesellschaft nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnimmt. Auch wenn die Einführung der Vermutung grundsätzlich zu begrüßen ist, weil sie generell zur Erhöhung der Rechtssicherheit beitragen kann,<sup>37</sup> ist es dem Gesetzgeber nicht gelungen, die Voraussetzungen und Rechtsfolgen des § 705 Abs. 3 BGB n.F. eindeutig zu regeln.

## II. Voraussetzungen der Vermutung

### 1. Terminologische Verwirrung: Gegenstand oder Zweck der Gesellschaft?

Liest man § 705 Abs. 3 BGB n.F. flüchtig, scheinen seine Voraussetzungen klar zu sein. Der Rechtsanwender muss nach dem Wortlaut ermitteln, was der Gegenstand der Gesellschaft ist. Versucht man, § 705 Abs. 3 BGB n.F. in den dogmatischen Kosmos des Gesellschaftsrechts einzuordnen, wird indes deutlich, dass die vom Gesetzgeber verwendete Terminologie zu einer Verwirrung beiträgt. Während § 705 Abs. 3 BGB n.F. vom Gegenstand der Gesellschaft spricht, stellt § 705 Abs. 1 BGB n.F. – der die Voraussetzungen der Gesellschaft regelt<sup>38</sup> – auf den gemeinsamen Zweck ab.<sup>39</sup> Auf den Zweck stellt überdies § 105 Abs. 1 HGB ab, dessen Formulierung an die des § 705 Abs. 3 BGB n.F. erinnert. § 105 Abs. 1 HGB definiert

31 Krit. deshalb *Bachmann*, (Fn. 7), 614., dessen Vorschlag, die (fakultative) Registereintragung mit der Rechtsfähigkeit zu verknüpfen, allerdings (leider) nicht Gesetz geworden ist.

32 Dafür *Bachmann*, (Fn. 12), Rn. 8.; *Kindler*, ZfPW 2022, 409 (417 f.); *C. Schäfer*, (Fn. 8), § 705 BGB Rn. 189, § 719 BGB Rn. 10; *K. Schmidt*, ZHR 185 (2021), 16 (26); *Servatius*, GbR, 2023, § 705 Rn. 46 a.E.

33 Dafür *Armbrüster*, in: C. Schäfer (Hrsg.), Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 3 Rn. 32 f., der augenscheinlich eine im Gesellschaftsregister eingetragene Innengesellschaft, die im Verhältnis zu Dritten rechtsfähig ist, für dogmatisch möglich hält. Berechtigte Zweifel an dieser Konstruktion bei *K. Schmidt*, (Fn. 16), 25.

34 Für eine unwiderlegbare Vermutung im Kontext des § 719 Abs. 1 BGB n.F. auch *Wertenbruch*, ZPG 2023, 1 (6). Vgl. ferner *Bachmann*, (Fn. 12), Rn. 8.: keine Rücksichtnahme auf den entgegenstehenden Gesellschafterwillen; ähnlich *Kindler*, (Fn. 32), 418: Verkehrsschutzfordernisse stünden über dem Parteiwillen.

35 *Tassius*, (Fn. 14), § 740 BGB Rn. 13.

36 Ausf. dazu *Koch/Harnos*, (Fn. 5), § 705 BGB Rn. 81 f. Vgl. ferner *Roßkopf/Hoffmann*, (Fn. 21), 24.; *C. Schäfer*, in: C. Schäfer (Hrsg.), Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 1 Rn. 35 a.E.

37 So auch *C. Schäfer*, (Fn. 8), § 705 BGB Rn. 189; *Otte-Gräbener*, in: *Bergmann/Hoffmann-Becking/Noack* (Hrsg.), FS Seibert, 2019, S. 613 (616).

38 Dazu *Koch/Harnos*, (Fn. 5), § 705 BGB Rn. 3 ff.

39 Ausf. hierzu *Koch/Harnos*, (Fn. 5), § 705 BGB Rn. 30 ff.

nämlich die offene Handelsgesellschaft (oHG) als eine solche, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist.

Sind nun der Gegenstand und der Zweck der Gesellschaft unterschiedliche Figuren oder handelt es sich um deckungsgleiche Begriffe? Das Personengesellschaftsrecht hat auf diese Frage keine klare Antwort. Deshalb ist es hilfreich, den Blick auf das Kapitalgesellschaftsrecht auszuweiten, das herkömmlich zwischen dem Gesellschaftszweck und dem Unternehmensgegenstand unterscheidet: Der Zweck einer Gesellschaft beschreibt nach herrschender Auffassung ihren finalen Sinn; man spricht häufig vom „Endziel“.<sup>40</sup> Der Gegenstand auf der anderen Seite ist das Tätigkeitsfeld der Gesellschaft: Gemeint ist das Mittel, das gewählt wird, um den Zweck der Gesellschaft zu erreichen.<sup>41</sup>

Es spricht viel dafür, die Unterscheidung zwischen Gesellschaftszweck und Unternehmensgegenstand – der Aufforderung zur rechtsformübergreifenden Institutionenbildung folgend<sup>42</sup> – ins Personengesellschaftsrecht zu übertragen.<sup>43</sup> Hält man eine solche Transmission für geboten, ist zu klären, welche dieser beiden Figuren der Gesetzgeber in § 705 Abs. 3 BGB n.F. implementiert hat. Dabei ist es angedacht, die „Uneinheitlichkeit der Terminologie“<sup>44</sup> wenn schon nicht zu berichtigen, dann wenigstens zu kontextualisieren. Damit das „nicht aus der Bahn“ gleitet, sollte die Konkretisierung des § 705 Abs. 3 BGB n.F. „auf den Spuren des Gesetzgebers selbst“ wandeln.<sup>45</sup> Dabei ist zu berücksichtigen, dass § 705 Abs. 3 BGB n.F. erst spät ins MoPeG gekommen ist. Weder der Mauracher, der Referenten- noch der Regierungsentwurf enthalten ihn.<sup>46</sup> Erst auf Anregung des Bundesrates, der sich am österreichischen § 1176 Abs. 1 S. 2 ABGB orientiert, findet er seinen Weg in den Gesetzgebungsprozess.<sup>47</sup> Im Rechtsausschuss wird die Stellungnahme von *Gregor Bachmann* als Sachverständigen<sup>48</sup> gehört und daraufhin – nicht wie vom Bundesrat angedacht – in der Entstehung der Gesellschaft im Verhältnis zu Dritten nach § 719 BGB n.F. einsortiert<sup>49</sup>, sondern – wie von *Bachmann* vorgeschlagen – in § 705 Abs. 3 BGB

n.F.<sup>50</sup> Der Absatz ist buchstabengetreu *Bachmanns* Formulierungsvorschlag.

Den Gesetzesmaterialien zum MoPeG lässt sich nicht entnehmen, auf welchen Gedanken die Fassung des § 705 Abs. 3 BGB n.F. fußt. Eröffnet dieses Schweigen die Möglichkeit, sich bei der Deutung des § 705 Abs. 3 BGB n.F. von den Überlegungen *Bachmanns* leiten zu lassen? Zu argumentieren, dass sich ein Gesetzgeber, der „keinen besonderen eigenen Sinn bei der Beratung und Beschlussfassung des Gesetzes als maßgeblich herausstellt, denjenigen Sinn akzeptiert, den die eigentlichen Gesetzesverfasser dem von ihnen erarbeiteten gesetzlichen Text mit auf den Weg gegeben haben“,<sup>51</sup> ist nicht unumstritten. Greift man auf die vorgebrachten Gedanken aus dem Gesetzgebungsprozess zurück, um die terminologische Verwirrung zu beseitigen, dann müssen sie den „sachlichen Gehalten untergeordnet sein und dienstbar werden“.<sup>52</sup> Das muss gerade immer dann gelten, wenn nicht unmittelbar auf Erklärungen der Verfassungsorgane, sondern lediglich zu deren Unterstützung eingeladene Fachexpertise herangezogen werden soll.<sup>53</sup> Da der Rechtsausschuss den Formulierungsvorschlag *Bachmanns* ohne Änderungen als Gesetzeswortlaut übernommen hat, spricht viel dafür, den Erläuterungen in der Sachverständigenstellungnahme insoweit ein hohes Gewicht beizumessen.

Der relevante Teil der Stellungnahme *Bachmanns* diskutiert den Vorschlag des Bundesrates zur Einführung einer Vermutung in Anlehnung an § 1176 Abs. 1 S. 2 ABGB. *Bachmann* bringt eine Vergleichbarkeit zum Recht der oHG vor, das „die Gesellschaft für rechtsfähig erklärt, weil und wenn deren Zweck der ‚Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma‘ ist.“<sup>54</sup> Direkt gefolgt von besagtem Formulierungsvorschlag mit Verweis auf den „Gegenstand der Gesellschaft“.<sup>55</sup> Die Anlehnung an § 105 Abs. 1 HGB ist ein starkes Indiz dafür, dass *Bachmann* – und ihm folgend der Rechtsausschuss – mit dem „Gegenstand der Gesellschaft“ den „Zweck der Gesellschaft“ meint. Ein solches Verständnis ist auch deshalb vorzugswürdig, weil der Gegenstand der Gesellschaft – knüpft man an die kapitalgesellschaftsrechtlichen Grundsätze an – nicht im Betrieb eines Unternehmens unter gemeinschaftlichem Namen liegen kann: Eine solche

40 Vgl. *Fleischer*, in: *MüKoGmbHG*, 4. Aufl. 2022, § 1 Rn. 9: Endzweck. Zu anderen Deutungen dieses Begriffs (krit.) *Lüdeking*, *AcP* 220 (2020), 303 (323 f.).

41 Vgl. statt vieler *Altmeyen*, *GmbHG*, 10. Aufl. 2021, § 1 Rn. 4 ff.; *Koch*, *AktG*, 17. Aufl. 2023, § 23 Rn. 22.

42 Vgl. *K. Schmidt*, *Gesellschaftsrecht*, 4. Aufl. 2002, S. 53 f.; s. ferner *Mülbart*, *AcP* 214 (2014), 188 (232 ff.).

43 Ausf. dazu *Koch/Harnos*, (Fn. 5), § 705 BGB Rn. 35 f.

44 *Engisch*, *Einführung in das juristische Denken*, 8. Aufl. 1983, S. 161.

45 *Engisch*, (Fn. 44), S. 179.

46 Siehe zur Entwicklung der Entwürfe *Koch/Harnos*, (Fn. 5), § 705 BGB Rn. 2 mit ausf. Erläuterungen zur Genese des § 705 Abs. 3 BGB n.F. in Rn. 99.

47 Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. 19/27635, 304 f.

48 Vgl. *Bachmann*, Stellungnahme i.R.d. Sachverständigenanhörung v. 18.1.2021, S. 6.

49 Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. 19/27635, 304.

50 BeschlussE, BT-Drucks. 19/30942, 12 und AusschussB, BT-Drucks. 19/31105, 6.

51 *Engisch*, (Fn. 44), S. 95; s. dazu auch *Wank*, *Juristische Methodenlehre*, 2020, § 10 Rn. 45; vgl. ferner *Fleischer*, *Mysterium »Gesetzesmaterialien«*, 2013

52 *Engisch*, (Fn. 44), S. 88.

53 Zur Berücksichtigung von Stellungnahmen der Sachverständigen BGHZ 164, 297 Rn. 18; *Möllers*, *Juristische Methodenlehre*, 4. Aufl. 2021, § 4 Rn. 163. Zurückhaltend aber BGHZ 15, 87, 89 f.; *Korch*, *BKR* 2020, 285, 286 f.

54 *Bachmann*, (Fn. 48), S. 6.

55 Der „Gegenstand der Gesellschaft“ taucht auch im Regelungsvorschlag in Stellungnahme des Bundesrates auf, s. BT-Drucks. 19/27635, 304.

Beschreibung legt das konkrete Tätigkeitsfeld der Gesellschaft nicht offen.<sup>56</sup>

## 2. Unternehmensbegriff des § 705 Abs. 3 BGB n.F.

An den korrigierten Tatbestand schließen sich weitere Fragen an. Zunächst ist offen, wie der Unternehmensbegriff des § 705 Abs. 3 BGB n.F. zu verstehen ist. Auch wenn sich die Formulierung des § 705 Abs. 3 BGB n.F. – wie unter D. II. 1. erläutert – an das Recht der oHG anlehnt, kann mit „Unternehmen“ aus systematischen Gründen nicht das „Handelsgewerbe“ gemeint sein. Das MoPeG will an der Trennung zwischen kaufmännischen und nicht-kaufmännischen Unternehmen festhalten.<sup>57</sup> *Bachmann* hat vorgeschlagen, den Unternehmensbegriff des § 705 Abs. 3 BGB n.F. in Anlehnung an § 15 Abs. 2 S. 1 EStG zu deuten.<sup>58</sup> Andere Stimmen sehen eher § 14 BGB als tauglichen Anknüpfungspunkt.<sup>59</sup> Einleuchtender erscheint, auf die Lehre von der unternehmenstragenden Gesellschaft zurückzugreifen.<sup>60</sup> Ursprünglich wurde die Lehre für die Abgrenzung zwischen der rechtsfähigen Außen-GbR und den rein zivilistischen Gesellschaften entwickelt.<sup>61</sup> Die gesetzgeberische Entscheidung, den Betrieb eines Unternehmens zur Voraussetzung des § 705 Abs. 3 BGB n.F. zu erheben, kann als gesetzliche Anknüpfung an diese Lehre verstanden werden.<sup>62</sup> Hiernach ist ein Unternehmen i.S.v. § 705 Abs. 3 BGB n.F. eine selbstständige, planmäßige und entgeltlich am Markt teilnehmende Einheit, die über ein Mindestmaß an sachlichen und persönlichen Mitteln und eine gewisse Organisation verfügt.<sup>63</sup>

## 3. Namensführung

Was das Erfordernis der Namensführung angeht, drängt sich auf, das Namensrecht der rechtsfähigen Gesellschaft einheitlich zu konstruieren und systematisch an § 707 Abs. 2 Nr. 1 lit. a BGB n.F. anzuknüpfen.<sup>64</sup> Ist der Gesellschaftsname im Gesellschaftsregister eingetragen, so liegt der gemeinsame Wille der Gesellschafter zur Teilnahme am Rechtsverkehr vor und die Gesellschaft ist nach den unter C. II. herausgearbeiteten Grundsätzen als rechts-

fähig anzusehen. Ein Rückgriff auf die Vermutung des § 705 Abs. 3 BGB n.F. ist nicht erforderlich. Fehlt die Registereintragung, erfüllen Einlassungen zur Namensbildung im Gesellschaftsvertrag den Vermutungstatbestand. Da § 705 Abs. 3 BGB n.F. – wie unter D. II. 1. erläutert – allein auf den Gesellschaftszweck und nicht auf die Namensführung abstellt, kommt es nicht darauf an, ob der gemeinsame Name tatsächlich im Rechtsverkehr getragen wird.<sup>65</sup>

## III. Unwiderlegbare Rechtsfähigkeitsvermutung als Rechtsfolge des § 705 Abs. 3 BGB n.F.

Schließlich bleibt die Frage nach der Rechtsfolge des Vermutungstatbestands zu klären. Ist § 705 Abs. 3 BGB n.F. erfüllt, „wird vermutet, dass die Gesellschaft nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnimmt.“ Der Wortlaut erinnert an § 719 Abs. 1 BGB n.F., der im Kontext der Entstehung der rechtsfähigen Gesellschaft im Außenverhältnis ebenfalls auf die tatsächliche Teilnahme am Rechtsverkehr abstellt. Im Hinblick darauf wird vertreten, dass § 705 Abs. 3 BGB n.F. die Vermutung aufstellt, dass die Gesellschaft im Verhältnis zu Dritten entsteht.<sup>66</sup> Trotz der Wortlautparallelen erscheint es überzeugender, mit der Gegenauffassung anzunehmen, dass nach § 705 Abs. 3 BGB n.F. der Wille der Gesellschafter vermutet wird, eine rechtsfähige Gesellschaft zu errichten.<sup>67</sup> Die Vermutung setzt systematisch an der Unterscheidung der rechtsfähigen von der nicht rechtsfähigen Gesellschaft in § 705 Abs. 2 BGB n.F. an, so wie es *Bachmann* in dem dazu vom Rechtsausschluss übernommenen Vorschlag in der Sachverständigenstellungnahme anbringt.<sup>68</sup> Es bietet sich insoweit an, von einer Vermutung der Rechtsfähigkeit zu sprechen.<sup>69</sup>

Weiterhin ist fraglich, inwieweit die Vermutung widerlegbar ist. Ein Teil des Schrifttums argumentiert, dass die Unwiderlegbarkeit einer Vermutung eine Ausnahme darstellt: Eine Vermutung sei so lange widerlegbar, wie der Gesetzgeber die Unwiderlegbarkeit nicht ausdrücklich anordne. Davon habe der Gesetzgeber in § 705 Abs. 3 BGB n.F. abgesehen.<sup>70</sup> Andere Stimmen in der Literatur sehen in den Gesetzgebungsmaterialien Indizien dafür, dass der Gesetzgeber eine unwiderlegbare Vermutung aufstellen wollte.<sup>71</sup> Die letztgenannte Auffassung überzeugt. Die Behauptung, dass die Unwiderlegbarkeit explizit angeordnet

56 Zu den Anforderungen an die Festlegung des Unternehmensgegenstands s. etwa *Koch*, (Fn. 41), § 23 Rn. 24.

57 Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 105.

58 *Bachmann*, (Fn. 48), S. 6.

59 Dafür *Servatius*, (Fn. 32), § 705 Rn. 54; *Wertenbruch*, (Fn. 34), 11.; ähnlich *C. Schäfer*, (Fn. 8), § 705 BGB Rn. 189 a.E.

60 Dafür augenscheinlich auch *Armbrüster*, (Fn. 33), § 3 Rn. 17 a.E.

61 *K. Schmidt*, (Fn. 42), S. 1720 ff.; *K. Schmidt*, NJW 2001, 993 (1002).

62 *Koch/Harnos*, (Fn. 5), § 705 BGB Rn. 103.

63 Ausf. zum Unternehmensbegriff *K. Schmidt*, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 3 Rn. 4 ff.

64 So wohl auch *C. Schäfer*, (Fn. 8), § 705 BGB Rn. 207. A.A. *Servatius*, (Fn. 32), § 705 Rn. 54: Im Rahmen des § 705 Abs. 3 BGB n.F. sei kein Name im Rechtssinne erforderlich.

65 *Koch/Harnos*, (Fn. 5), § 705 BGB Rn. 104.

66 *Wertenbruch*, (Fn. 34), 11.

67 *Bachmann*, (Fn. 12), Rn. 7., *C. Schäfer*, (Fn. 8), § 705 BGB Rn. 189; *Servatius*, (Fn. 32), § 705 Rn. 53.

68 Vgl. *Bachmann*, (Fn. 48), S. 6.

69 Ähnlich *Servatius*, (Fn. 32), § 705 Rn. 53 a.E.: Vermutet werde der Gesellschafterwille auf Herbeiführung der Rechtsfähigkeit.

70 *Wertenbruch*, (Fn. 34), 11.

71 *Bachmann*, (Fn. 12), Rn. 7.; *C. Schäfer*, (Fn. 8), § 705 BGB Rn. 189; *Servatius*, (Fn. 32), § 705 Rn. 53.

werden muss, geht zu weit. Die Prozessrechtswissenschaft hebt hervor, dass sich die Unwiderlegbarkeit auch aus anderen für die Auslegung maßgeblichen Umständen ergeben kann.<sup>72</sup> Ein solcher Umstand folgt im Fall des § 705 Abs. 3 BGB n.F. aus dem Gesetzgebungsprozess. Die Sicherheit des Rechtsverkehrs wird als zentrales Anliegen für die Einführung der Vermutung vorgebracht.<sup>73</sup> Der Schutz des Rechtsverkehrs lässt sich aber nur fördern, wenn die Vermutung unwiderlegbar ist. Anderenfalls hätten die Gesellschafter die Möglichkeit, einen Beweis über ihre eigenen inneren Beweggründe zu führen, um die Vermutung des § 705 Abs. 3 BGB n.F. zu widerlegen und den Nachweis der Rechtsfähigkeit zu erschweren. Damit wäre aber wiederum das gesetzgeberische Ziel konterkariert, die Rechtssicherheit zu stärken.<sup>74</sup>

7. Sind die Voraussetzungen des § 705 Abs. 3 BGB n.F. erfüllt, wird die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft unwiderlegbar vermutet.

## E. Ergebnisse

1. Mit der Einführung des § 705 Abs. 2 BGB n.F. im Zuge des MoPeG wurden die rechtsfähige und nicht rechtsfähige Gesellschaft legaldefiniert. Es handelt sich um unterschiedliche GbR-Typen, die nicht miteinander vermengt werden dürfen.

2. Die Unterscheidung zwischen rechtsfähiger und nicht rechtsfähiger Gesellschaft erfolgt nach einem subjektiven Ansatz. Entscheidend ist, ob die Gesellschafter den gemeinsamen Willen gebildet haben, dass die Gesellschaft am Rechtsverkehr teilnehmen soll.

3. Um den Gesellschafterwillen zu ermitteln, ist der Gesellschaftsvertrag auszulegen, wobei den Regelungen zur Identitätsausstattung und dem Gesellschaftszweck eine besondere Rolle zukommt. Hilfsweise ist auf die tatsächliche Art der Teilnahme am Rechtsverkehr abzustellen.

4. Die Anmeldung einer Gesellschaft zur Eintragung in das Gesellschaftsregister (§§ 707 ff. BGB n.F.) lässt auf den gemeinsamen Willen der Gesellschafter zur Teilnahme am Rechtsverkehr schließen, so dass die Gesellschaft eine rechtsfähige ist.

5. Die Vermutung des § 705 Abs. 3 BGB n.F. setzt – entgegen dem missglückten Wortlaut – voraus, dass der Zweck – und nicht der Gegenstand – der Gesellschaft der Betrieb eines Unternehmens unter gemeinschaftlichem Namen ist.

6. Der Unternehmensbegriff des § 705 Abs. 3 BGB n.F. ist weder in Anlehnung an § 15 Abs. 2 S. 1 EStG noch unter Rückgriff auf § 14 BGB auszufüllen. Maßgeblich sind vielmehr die Grundsätze der Lehre von der unternehmenstragenden Gesellschaft.

<sup>72</sup> So *Bacher*, in: BeckOK ZPO, 48. Ed., Stand: 1.3.2023, § 292 Rn. 4.

<sup>73</sup> AusschussB BT-Drucks. 19/31105, 6; s. ferner Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. 19/27635, 305.

<sup>74</sup> *Koch/Harnos*, (Fn. 5), § 705 BGB Rn. 107.

# Die schadensrechtliche Relevanz von Reserveursachen – Eine rechtsökonomische Analyse

Prof. Dr. Florian Baumann und Sven Schubert, LL.B. (Bonn), Tübingen/Bonn\*

*Ziel des Beitrages ist es, den schadensrechtlichen Umgang mit Reserveursachen auf einen rechtsökonomischen Prüfstand zu stellen und dabei zu veranschaulichen, wie rechtsökonomische Methoden zum Erkenntnisgewinn im rechtswissenschaftlichen Diskurs genutzt werden können.*

## A. Einführung

Die Reserveursache ist ein Unterfall der hypothetischen Kausalität und insbesondere im 20. Jahrhundert Anlass einiger juristischer Diskussionen gewesen.<sup>1</sup> Primär geht es um die Frage, ob der Schädiger dadurch entlastet wird, dass der Schaden aufgrund einer anderen als der realen Schadensursache ebenso eingetreten wäre.<sup>2</sup> Es geht also um die Relevanz eines hypothetischen Kausalverlaufs: Die Reserveursache ist selbst nicht kausal für den Schaden geworden, sie wäre es aber, wenn das schadensauslösende Ereignis nicht stattgefunden hätte. Sie ist hypothetisch geblieben.

Allgemein anerkannt ist, dass die Frage der hypothetischen Kausalität keine Frage der haftungsbegründenden Kausalität ist, sondern vielmehr der Zurechnung im Rahmen des haftungsausfüllenden Tatbestands.<sup>3</sup> Ausgangspunkt ist § 249 Abs. 1 BGB und die dem Schadensrecht zugrundeliegende Differenzhypothese, also ein Vermögensvergleich zwischen dem Zustand mit dem schädigenden Ereignis und dem hypothetischen Zustand, der ohne das schädigende Ereignis bestehen würde.<sup>4</sup> Der Gedanke hinter der Reserveursache ist der, dass bei Vorliegen einer Reserveursache

der Vergleich mit dem hypothetischen Zustand ohne schädigendes Ereignis keine Differenz aufweist – sowohl die reale Situation als auch die hypothetische Situation ohne das schädigende Ereignis weisen einen Schaden auf. Dies kann an folgendem Beispiel illustriert werden: Wenn eine Person ein Fahrrad zerstört, das am nächsten Tag durch einen Garagenbrand ebenso zerstört worden wäre, gibt es (bis auf den eintägigen Nutzungsausfall) keine Differenz zwischen der realen Vermögenslage des Geschädigten und der hypothetischen Vermögenslage.

## B. Juristische Behandlung von Reserveursachen

Ob der Schädiger dadurch entlastet wird, dass der Schaden aufgrund einer anderen Ursache ebenso eingetreten wäre, wird – wie fast immer in der Rechtswissenschaft – von der Rechtsprechung und (wohl) herrschenden Lehre nicht mit „ja“ oder „nein“ beantwortet, sondern mit „es kommt darauf an“.<sup>5</sup>

In einem ersten Schritt wird gefragt, ob das hypothetische Ereignis einen Ersatzanspruch gegen einen Dritten ausgelöst hätte. Sollte das zu bejahen sein, ist die Reserveursache unbeachtlich. Würde das hypothetische Ereignis keinen Anspruch gegen einen Dritten auslösen, wird grundsätzlich zwischen unmittelbaren Objektschäden<sup>6</sup> sowie mittelbaren Dauer- und Folgeschäden differenziert. Bei unmittelbaren Objektschäden schließt das hypothetische Ereignis die Schadenszurechnung nicht aus, bei Dauer- und Folgeschäden dagegen schon.

Eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass Reserveursachen bei unmittelbaren Objektschäden unbeachtet bleiben sollen, wird aber dann gemacht, wenn es sich bei der Reserveursache um eine sog. Schadensanlage handelt. Eine Schadensanlage liegt vor, wenn ein hypothetisch nachträglich auftretender Umstand der Sache im Zeitpunkt der Schädigung bereits innewohnt und binnen kurzem denselben Schaden herbeigeführt hätte. Dann wird dem „realen“ Schädiger nur der Nachteil zugerechnet, der nicht durch die Schadensanlage betroffen gewesen wäre (Verfrühungs-

\* Prof. Dr. Florian Baumann ist derzeit außerplanmäßiger Professor an der Universität Bonn und hatte dort von Oktober 2015 bis September 2020 den Lehrstuhl für Rechtsökonomie inne. Sven Schubert ist Doktorand und Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Moritz Brinkmann, LL.M. (McGill), Institut für deutsches und internationales Zivilverfahrensrecht.

1 Vgl. RGZ 141, 365; BGHZ 10, 6; BGHZ 20, 275; BGHZ 29, 207; BGH, JZ 1960, 409; BGHZ 125, 56; ein systematisch-chronologischer Überblick der Rechtsprechung findet sich bei Gebauer, *Hypothetische Kausalität und Haftungsgrund*, 2007, S. 147 ff.; für Auseinandersetzungen in der Literatur siehe beispielsweise Frank/Löffler, *JuS* 1985, 689; Grunsky, in: FS Lange, 1993, S. 469; Lange, *AcP* 1952/53, 153; Larenz, *NJW* 1950, 487; *Niederländer*, *AcP* 1954, 41.

2 *Wandt*, *Gesetzliche Schuldverhältnisse*, 11. Aufl. 2022, § 26 Rn. 4.

3 Gebauer, (Fn. 1), S. 8 f.; Röckrath, *Kausalität, Wahrscheinlichkeit und Haftung*, 2004, S. 25; Teichmann, in: Jauernig, *BGB*, 18. Aufl. 2021, Vor §§ 249-253, Rn. 50.

4 Vgl. statt vieler Oetker, in: *MüKoBGB*, 9. Aufl. 2022, § 249 Rn. 16 ff.

5 Vgl. zum Folgenden: Ekkenga/Kuntz, in: Soergel, *BGB*, 14. Aufl. 2014, vor §§ 249, Rn. 212 ff.; Medicus/Petersen, *Bürgerliches Recht*, 28. Aufl. 2021, § 33 Rn. 848 ff.; *Wandt*, (Fn. 2), § 26 Rn. 4 ff.

6 Zu Besonderheiten bei Gesundheitsschädigungen siehe Gebauer, (Fn. 1), S. 177 ff.

schaden). Schadensanlagen können dabei sowohl interne als auch externe Faktoren sein.<sup>7</sup>

Die Begründung dafür, dass die Reserveursache nicht zu einem Zurechnungsausschluss beim Schädiger führt, wenn das hypothetische Ereignis die Ersatzpflicht eines Dritten ausgelöst hätte, lässt sich zunächst einmal mit der Anwendung der Differenzhypothese begründen: Wenn die Sache zwei Stunden später von einem anderen ersatzpflichtigen Schädiger zerstört worden wäre oder die Zerstörung einen Anspruch gegen eine Versicherung ausgelöst hätte, besteht im Vergleich mit dem hypothetischen Zustand, der bestehen würde, wenn das schädigende Ereignis nicht stattgefunden hätte, eine Wertdifferenz (in Höhe des hypothetischen Ersatzanspruches).<sup>8</sup> Außerdem könnte der Geschädigte bei einer „Enthftung“ des Erstschädigers gar keinen Ersatz fordern, da der hypothetische Zweitschädiger mangels realer Kausalität nicht haftbar gemacht werden kann.<sup>9</sup>

Ebenso einfach ist die Begründung für die Beachtlichkeit von Reserveursachen für mittelbare Dauer- und Folgeschäden, z. B. bei entgangenem Gewinn nach § 252 BGB. Der Geschädigte muss hier in einem ersten Schritt selbst einen hypothetisch positiven Verlauf darlegen. Dass hierbei auch für den Geschädigten ungünstige Verläufe zu berücksichtigen sind, ist allgemein anerkannt.<sup>10</sup> Weil sich der mittelbare Schaden also erst im Laufe der Zeit entwickelt, kann man den Inhalt dieses Schadensanspruchs nur unter Berücksichtigung der später (hypothetisch) eintretenden Umstände ermitteln.<sup>11</sup>

Komplizierter gestaltet sich die Begründbarkeit beim unmittelbaren Schaden: Der BGH geht davon aus, dass bei Schäden, die sich nicht erst im Lauf der Zeit entwickeln, also die mit dem schädigenden Ereignis mehr oder weniger „abgeschlossen“ sind, die Ersatzpflicht direkt eintritt und dieser Schadensersatzanspruch „immun“ gegen hypothetische Verläufe sei; Grund dafür sei, dass „mit dem Eingriff sogleich der Anspruch auf Schadensersatz entstanden war und das Gesetz den späteren Ereignissen keine schuldtilgende Kraft beigelegt hat“<sup>12</sup>. Der Unterschied zu den mittelbaren Schäden sei hierbei vor allem darin zu sehen, dass der mittelbare Schaden mit dem Schadensfall noch nicht „abgeschlossen“ ist und sich im Laufe der Zeit entwickelt. Insbesondere Probleme bei der Frage, inwiefern man noch Entwicklungen in unmittelbarer und fernerer Zukunft berücksichtigen müsste, würden ansonsten zu Rechts-

unsicherheit führen.<sup>13</sup> Außerdem wird vorgebracht, dass der Geschädigte dann zwei Risiken tragen müsse: weiterhin das Sachrisiko der zerstörten Sache und dazu das Ausfallrisiko der Schadensersatzforderung.<sup>14</sup>

Anders ist es – wie bereits angedeutet – im Fall der Schadensanlagen. Wenn die Reserveursache im Zeitpunkt der Schädigung bereits in dem Rechtsgut angelegt gewesen ist, wird diese für beachtlich gehalten, da die Reserveursache den Wert des Rechtsguts bereits im Zeitpunkt der Schädigung mindere.<sup>15</sup>

Diese Fallgruppeneinteilung<sup>16</sup> ist so auch auf einer Linie mit der herrschenden Meinung im Rahmen der Vorteilsausgleichung, bei der nicht allein rechnerisch nach der Differenzhypothese entschieden wird, welcher Vorteil dem Geschädigten anzurechnen ist oder nicht. Vielmehr geschieht ein Vorteilsausgleich nur da, wo bestimmte Wertungen es gebieten – und teilweise wird in dem Vorliegen einer Reserveursache nichts anderes gesehen als ein Fall der Vorteilsausgleichung: Der Wegfall der durch die Reserveursache drohenden Entwertung des beschädigten Guts kann als Vorteil gesehen werden, der dem Geschädigten angerechnet wird.<sup>17</sup> Über die Anrechnung dieses Vorteils, nämlich dass die Reserveursache sich nicht mehr realisieren kann, wird dann je nach Schadensarten und -fall entschieden.

Dieser „herrschenden Meinung“ stehen vereinzelt Stimmen in der Literatur entgegen, die durch eine strikte Anwendung der Differenzhypothese zu einer grundsätzlichen Beachtlichkeit von Reserveursachen auch im Falle von nicht angelegten Reserveursachen bei Objektschäden gelangen.<sup>18</sup> So wird teilweise eingewandt, dass die Qualität der realen Schädigung für die Frage nach dem ausgleichspflichtigen Interesse<sup>19</sup> keine Bedeutung haben könne und das Kriterium der Schadensanlage wiederum willkürlich und unbestimmt sei.<sup>20</sup>

Ob man sich aus einer rechtsökonomischen Perspektive dieser Kritik anschließen muss, soll im Folgenden untersucht werden. Hierzu wird zunächst allgemein in die Rechtsökonomie eingeführt (C.) und sodann die Reserveursachenproblematik rechtsökonomisch analysiert (D.).

7 So explizit *BGH*, JZ 1960, 409 (410).

8 Hieran wird bisweilen kritisiert, dass nach herrschender Meinung die Werthaltigkeit der hypothetischen Ersatzpflicht unbeachtet bleibt, vgl. *Großerichter*, Hypothetischer Geschehensverlauf und Schadensfeststellung, 2001, S. 46.

9 *Höpfner*, in: Staudinger BGB, §§ 249-254, 2021, § 249 Rn. 96.

10 BGHZ 29, 207 (215); *Großerichter*, (Fn. 8), S. 40; *Höpfner*, (Fn. 9), § 249 Rn. 99; *Medicus/Petersen*, (Fn. 5), § 33 Rn. 851; *Wandt*, (Fn. 2), § 26 Rn. 8.

11 *Medicus/Petersen*, (Fn. 5), § 33 Rn. 851.

12 BGHZ 29, 207 (215); diese Argumentation ist allerdings zirkelschlüssig.

13 *Musielak*, JA 2013, 241 (247).

14 *Niederländer*, (Fn. 1), 54 ff.; zustimmend *Höpfner*, (Fn. 9), § 249 Rn. 101; kritisch diesem Einwand gegenüber *Großerichter*, (Fn. 8), S. 45.

15 BGHZ 29, 207 (215); *Oetker*, (Fn. 4), § 249 Rn. 210.

16 Von *Gebauer*, (Fn. 1), S. 12 als „dogmatische Resignation“ tituliert. 17 *Höpfner*, (Fn. 9), § 249 Rn. 95; *Thüsing*, Wertende Schadensberechnung, 2001, S. 26 f.

18 *Großerichter*, (Fn. 8), S. 42 ff.; *Höpfner*, (Fn. 9), § 249 Rn. 95; *Oetker*, (Fn. 4), § 249 Rn. 213.

19 Hauptzweck der §§ 249 ff. BGB ist der Ausgleich erlittener Nachteile, vgl. statt vieler *Oetker*, (Fn. 4), § 249 Rn. 8 f.

20 *Großerichter*, (Fn. 8), S. 40, 42 ff.

## C. Einführung in die rechtsökonomische Analyse des Schadensrechts

Ziel der Ausgestaltung des Rechts anhand der Erkenntnisse der Rechtsökonomik ist die gesamtgesellschaftliche Wohlfahrtssteigerung (= Effizienz).<sup>21</sup> In der Rechtsökonomik werden zum Erkenntnisgewinn ökonomische Modelle genutzt, die die Verhaltensweisen und Reaktionen der Akteure abbilden sollen. Hierzu bedarf es gewisser Annahmen – ein Beispiel dafür ist die „*homo oeconomicus*“-Annahme, mit der davon ausgegangen wird, dass sich alle Menschen rational und eigennutzenmaximierend verhalten.<sup>22</sup> Das idealtypische, egoistische Individuum entscheidet sich immer für die vorteilhafteste Option innerhalb der zur Verfügung stehenden Möglichkeiten.<sup>23</sup>

### I. Kaldor-Hicks-Kriterium

Um zu messen, ob eine Entscheidung oder Entwicklung positiv oder wünschenswert ist und daher gefördert oder unterbunden werden sollte, wird das *Kaldor-Hicks-Kriterium*<sup>24</sup> benutzt. Danach stellt ein Übergang zu einem neuen Zustand dann eine Verbesserung gegenüber dem alten Zustand, also eine Steigerung der Wohlfahrt, dar, wenn der gesamte Nutzensgewinn der Profiteure des Übergangs größer ist als die damit verbundenen Nachteile derjenigen, die durch den Übergang einen Nutzenverlust erleiden.<sup>25</sup> Effizient und damit wohlfahrtssteigernd ist eine Entwicklung, wenn die Nutzengewinner die Nutzenverlierer potenziell für die erlittenen Einbußen entschädigen könnten und weiterhin für sie ein positiver Saldo verbleibt.<sup>26</sup>

### II. Internalisierung externer Effekte

Während dies im Rahmen vertraglicher Schuldverhältnisse durch privatautonome Verhandlungsmöglichkeiten gewährleistet werden kann – kein rational handelndes Individuum wird durch einen freiwilligen Vertrag Nachteile in Kauf nehmen, die nicht durch einen eigenen Nutzensgewinn gedeckt werden – ist das im Deliktsrecht anders: Eine Ver-

handlung zwischen beiden Parteien ist im Deliktsrecht grundsätzlich nicht möglich, da die Beteiligten oftmals erst durch das schadensstiftende Ereignis aufeinandertreffen.<sup>27</sup>

Um dennoch zu einem gesamtgesellschaftlichen Vorteil durch derartige Verhaltensweisen zu kommen, soll das Verhalten der (potenziellen) Schädiger durch Haftungsregeln gelenkt werden, die an die Stelle der privaten Verhandlungen treten.<sup>28</sup>

Diese Anreizsetzung hin zu effizientem Verhalten, also die Aufgabe des Haftungsrechts aus ökonomischer Sicht, wird grundsätzlich über die Internalisierung von Externalitäten (externen Effekten) vollzogen. Ein Schaden ist eine Externalität, das heißt eine Beeinträchtigung der Nutzenposition eines anderen Individuums oder die Inanspruchnahme eines fremden Gutes, ohne dafür auf dem Markt einen Preis zu zahlen.<sup>29</sup> Werden diese sozialen Kosten nicht über einen Marktmechanismus oder Verhandlungen zwischen den betroffenen Parteien zu privaten Kosten des Schädigers, sind ineffiziente Entscheidungen des Schädigers die Folge – was ein Beispiel für sog. *Marktversagen* in der ökonomischen Theorie ist.<sup>30</sup> Aufgrund der Nichtberücksichtigung sozialer Kosten nehmen Individuen Handlungen vor, bei denen die Summe der (persönlichen) Nutzensgewinne womöglich nicht die gesellschaftlichen Kosten überwiegen; die Handlung ist somit nicht effizient im Sinne des oben beschriebenen *Kaldor-Hicks-Kriteriums*.

### III. Maximierung der Gesamtwohlfahrt

In die Frage, welche Handlungen gesamtwohlfahrtsfördernd sind, müssen verschiedene Aspekte einbezogen werden: der Nutzen, der aus der Aktivität folgt, der erwartete Schaden (der sich aus der Multiplikation der Höhe des Schadenseintritts ergibt) sowie die Kosten, die beim potenziellen Schädiger anfallen, um einen Schadenseintritt zu verhindern, die sog. Sorgfaltskosten.<sup>31</sup> Hieraus resultiert folgende grundlegende Gleichung:

$$\text{Wohlfahrt} = \text{Gesamtnutzen} - \text{Sorgfaltskosten} - \text{erwarteter Schaden}$$

21 *Füßler*, Wohlfahrtstheoretische Betrachtungen von Haftungsregeln, 1997, S. 37; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl. 2020, S. XI; *Towfigh*, in: *Towfigh/Peterson*, Ökonomische Methoden im Recht, 2. Aufl. 2017, Rn. 87.

22 *Towfigh*, (Fn. 21), Rn. 69 ff.

23 *Faltmann*, *ZJS* 2017, 10 (10); *Towfigh*, (Fn. 21), Rn. 93. Dies ist eine mögliche Vorgehensweise in der rechtsökonomischen Analyse. Diese kann jedoch auch verhaltensökonomische Elemente einbeziehen, die explizit eine Abweichung von einem idealtypischen rationalen und eigennützigem Verhalten enthalten. Siehe hierzu beispielsweise *Towfigh*, (Fn. 21), Rn. 86.

24 Vgl. hierzu *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 4. Aufl. 2015, S. 51; *Rühl*, in: *Krüper/Thiel/Stegmaier*, Grundlagen des Rechts, 4. Aufl. 2021, § 12 Rn. 15 ff.

25 *Faltmann*, (Fn. 23), 11.

26 *Faltmann*, (Fn. 23), 11.

27 *Röckrath*, (Fn. 3), S. 83.

28 *Faltmann*, (Fn. 23), 11.

29 *Röckrath*, (Fn. 3), S. 83; *Schäfer/Ott*, (Fn. 21), S. 88.

30 *Morell*, in: *Towfigh/Peterson*, Ökonomische Methoden im Recht, 2. Aufl. 2017, Rn. 161; *Röckrath*, (Fn. 3), S. 83.

31 Die Schadens- und Sorgfaltskosten stellen primäre Kosten dar. In der rechtsökonomischen Theorie können des Weiteren sekundäre und tertiäre Kosten unterschieden werden. Sekundäre Kosten ergeben sich aus der Frage der Verteilung von Risiken, gegeben dass Individuen sichere Zahlungen unsicheren Ergebnissen grundsätzlich vorziehen. Tertiäre Kosten sind Kosten der Abwicklung und Verteilung des Schadens, die z.B. in Form von Anwalts- und Gerichtskosten entstehen. Diese Risiko- und Transaktionskosten bleiben in der folgenden Analyse ausgeklammert. Siehe hierzu *Schäfer/Ott*, (Fn. 21), S. 171 ff.

Dabei haben Sorgfaltskosten Auswirkungen auf den erwarteten Schaden. Dies ist unmittelbar einleuchtend: Je mehr Aufwand man vor einer potenziell schädigenden Aktivität in die Schadensverhütung steckt (man baut z. B. in das Auto eine rückwärtige Kamera ein oder lässt ein Gutachten erstellen, das potenzielle Risiken der Handlung aufdeckt), desto unwahrscheinlicher wird der Schadenseintritt und (eventuell) geringer auch der Schaden. Wendet man das *Kaldor-Hicks-Kriterium* auf diesen Zusammenhang an, sind kostenverursachende Präventivmaßnahmen so lange durchzuführen, wie ein zusätzlicher Euro an Verhütungsaufwand noch zu einer Schadensreduzierung von mehr als einem Euro führt.<sup>32</sup> Zudem sollen Handlungen unterlassen werden, bei denen die Nutzengewinne des Handelnden die gesellschaftlichen Kosten im Erwartungswert nicht übersteigen. Grundsätzlich kann dies, wie oben bereits angemerkt, durch eine Internalisierung der gesamtgesellschaftlichen Kosten in den privaten Kosten des Schädigers erreicht werden; die gesamtgesellschaftliche Kostenfunktion soll die des Schädigers werden. Dieses Prinzip wird auch „integrierte Person“<sup>33</sup> oder „integrierter Gesamteigentümer“<sup>34</sup> genannt: Der Schädiger beachtet nicht nur seinen eigenen Nutzen sowie seine eigenen Kosten, sondern auch die Kosten, die bei anderen entstehen.<sup>35</sup> Dadurch, dass Handlungen, die mit negativen Konsequenzen für andere verbunden sind, verteuert werden, sollen dem Schädiger Anreize gesetzt werden, sich effizient zu verhalten. Alternativ kann die Anreizsetzung durch das Deliktsrecht in Form von Verhaltensvorgaben erfolgen, die das Ausmaß der vorzunehmenden (effizienten) Sorgfalt vorschreiben und ein Unterlassen der angemessenen Sorgfalt mit negativen finanziellen Konsequenzen (Schadensersatz) für den Schädiger verknüpfen.

#### IV. Verschuldens- und Gefährdungshaftung

Diese zwei möglichen Vorgehensweisen widerspiegelnd werden typischerweise zwei Haftungsregime unterschieden, über die eine Anreizwirkung für den potenziellen Schädiger erfolgen soll: die Verschuldens- und Gefährdungshaftung.<sup>36</sup>

Bei der Gefährdungshaftung haftet der Schädiger für alle Schäden, die aus seinem Verhalten resultieren – unabhängig davon, ob er fahrlässig gehandelt hat oder nicht. Im Rahmen der Gefährdungshaftung findet also eine volle Internalisierung der externen Effekte statt. Die Verschuldenshaftung hingegen zeichnet sich dadurch aus, dass sich der Schädiger – sofern er den Verschuldensmaßstab einhält – exkulpieren kann. Bei der Verschuldenshaftung kann das Ziel, effiziente Anreize zu setzen, darüber erreicht werden,

dass der Verschuldensmaßstab angepasst wird. Die Bedingung dafür ist, dass das Gericht den Sorgfalthmaßstab entsprechend der rechtsökonomischen Überlegungen bestimmt. In den USA hat der Richter *Learned Hand* bereits 1947 rechtsökonomische Überlegungen zur Bestimmung des Sorgfalthmaßstabs herangezogen.<sup>37</sup> Danach handelt fahrlässig, wer Maßnahmen zur Schadensverhütung unterlässt, bei denen die Sorgfaltskosten betragsmäßig unter der erwarteten Einsparung an Schadenskosten liegen.<sup>38</sup>

### D. Rechtsökonomische Analyse von Reserveursachen

#### I. Allgemeine Überlegungen

##### 1. Grundsätzliches zur Höhe des Schadensersatzes aus rechtsökonomischer Sicht

Die Forderung der Internalisierung aller mit den eigenen Handlungen verursachten Kosten bei der Gefährdungshaftung führt zur Konsequenz, dass aus rechtsökonomischer Sicht der Schadensersatz dem Schaden entsprechen soll. Nur so kommt es zu einer Übereinstimmung des privaten Kalküls des Individuums bezüglich der vorzunehmenden Sorgfalt und der vermiedenen erwarteten Schadenskosten. Ein Schadensersatz, der den Schaden übersteigt, führt zu übermäßigen, ein Schadensersatzanspruch, der regelmäßig unter dem Niveau des Schadens verbleibt, zu unzureichenden Sorgfaltaufwendungen des Schädigers. Das Ergebnis, das sich aus der Präventionsfunktion des Haftungsrechts in der rechtsökonomischen Analyse ergibt, entspricht somit grundsätzlich den Forderungen, die sich aus der Kompensationsfunktion des Deliktsrechts ergeben.<sup>39</sup> Jedoch ist aus rechtsökonomischer Sicht ausreichend, dass der vom Schädiger im Zeitpunkt seiner Entscheidung zu erwartende Schaden im Fall eines Unfalls mit dem erwarteten Schadensersatz übereinstimmt. Eine tatsächliche Über- oder Unterkompensation einzelner Geschädigter steht dem Ziel effizienter Sorgfaltsanreize nicht entgegen.<sup>40</sup>

Auch im Fall der Verschuldenshaftung wird dem Schädiger durch die Androhung eines Schadensersatzes in Höhe des tatsächlich eingetretenen Schadens ein Anreiz gesetzt, einen effizient definierten Verschuldensmaßstab einzuhalten, womit ein am Kompensationsprinzip ausgerichtetes Deliktsrecht im Idealfall zugleich die in der Rechtsökonomie zentrale Präventionsfunktion erfüllt. Gleichzeitig ergeben sich hier jedoch auch gewisse Unterschiede zu den Ergebnissen bei der Gefährdungshaftung. Insbesondere werden

32 *Faltmann*, (Fn. 23), 12; *Schäfer/Ott*, (Fn. 21), S. 173.

33 *Adams*, *Ökonomische Theorie des Rechts*, 2002, S. 64.

34 *Röckrath*, (Fn. 3), S. 87 f.

35 *Adams*, (Fn. 33), S. 64.

36 Instrukтив zur ökonomischen Analyse der Verschuldens- und Gefährdungshaftung siehe *Schäfer/Ott*, (Fn. 21), S. 201 ff.

37 *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F. 2d 169 (2d Cir. 1947).

38 Dies entspricht in der Grenzbetrachtung (sog. „marginalisierte *Learned-Hand-Formel*“) der unter C. III. beschriebenen Effizienzbedingung.

39 Vgl. hierzu die Ausführungen zum Kompensationsprinzip in *Schweizer*, *Spieltheorie und Schuldrecht*, 2015, S. 16 f.

40 Grundlegend hierzu *Kaplow/Shavell*, *Journal of Law and Economics* 1996, 191.

die Anreize für effiziente Sorgfalt durch einen Schadensersatz, der im Fall des fahrlässigen Handelns den tatsächlichen Schaden übersteigt, nicht beeinflusst. Auch dann bestünde für den Schädiger der Anreiz, sich durch Einhaltung des (effizienten) Verschuldensmaßstabs und somit sorgfältigem Verhalten von jeglichen Schadensersatzansprüchen zu befreien. Dieses Argument gilt, sofern Fahrlässigkeit eindeutig definier- und feststellbar ist. Schadensersatzverpflichtungen, die systematisch unter dem tatsächlichen Schaden verbleiben, können hingegen dazu führen, dass der Schädiger die gebotene Sorgfalt nicht einhält.

Zusammenfassend bleibt aus einer rechtsökonomischen Perspektive festzuhalten: Bei der Gefährdungshaftung sollte der Schadensersatz dem Schaden (zumindest im Erwartungswert) entsprechen. Bei der Verschuldenshaftung wird hierdurch ebenso Effizienz erreicht, wobei die Drohung eines den tatsächlichen Schaden übersteigenden Schadensersatzes bei ausreichender Rechtssicherheit die Effizienz der Handlungsanreize nicht beeinträchtigt.

## 2. Ausrichtung des Schadensersatzes am gesamtgesellschaftlichen Schaden

Essenziell für die Antwort auf die Frage nach Effizienz und Wohlfahrtssteigerung im Fall des Vorliegens einer Reserveursache ist damit das Verständnis des (gesamtgesellschaftlichen) Schadens.

Der Wert eines untergegangenen Gutes ist der Nutzen, der aus dem zukünftigen Gebrauch des Gutes resultiert hätte.<sup>41</sup> Damit ist der gesamtgesellschaftliche Schaden im Fall einer Schädigung des Gutes der damit verhinderte Nutzen Gewinn. Wenn dieser aufgrund einer Reserveursache ohnehin begrenzt gewesen wäre, ergibt sich dementsprechend auch ein gesamtgesellschaftlich geringerer Schaden im Vergleich zu der Situation, in der keine Reserveursache den zukünftigen Nutzen verhindert hätte.

Da sich der erwartete Schadensersatz am gesamtgesellschaftlichen Schaden ausrichten sollte, um gesamtwohlfahrtsfördernde Verhaltensanreize zu setzen, spricht das im Grundsatz für eine Beachtlichkeit von Reserveursachen im Schadensersatz: Andererseits verteuert die Nichtberücksichtigung der Reserveursache im Rahmen des Schadensersatzanspruchs die Handlung des Schädigers und seine eigene Kostenfunktion ist eine andere als die gesamtgesellschaftliche Kostenfunktion.<sup>42</sup> Die einzige Externalität – sollte eine Reserveursache den gleichen Schaden bewirken wie die Handlung des Schädigers – besteht in dem Schaden, der daraus resultiert, dass das Gut zwischen realer Schädigung und Eintritt der Reserveursache nicht nutzbar ist (Verfrühungsschaden). Sollte der Schädiger dennoch im erwarteten Schadensersatz den Wert der Sache ohne Be-

rücksichtigung der Reserveursache ansetzen, internalisiert er externe Kosten, die er nicht internalisieren sollte.

## 3. Unsicherheit über den hypothetischen Kausalverlauf

Diese Überlegungen sprechen aus Sicht der Rechtsökonomie demnach für die Berücksichtigung von Reserveursachen in der Bemessung des Schadensersatzes, zunächst unabhängig von den in der juristischen Beschreibung gemachten Fallunterscheidungen. Während diese Schlussfolgerung unter der vereinfachenden Annahme perfekter Information über eventuelle Reserveursachen getroffen werden kann, stellt sich jedoch das Problem, dass die Reserveursache grundsätzlich hypothetischer Natur ist, da diese eine zukünftige Entwicklung betrifft, wäre das schädigende Ereignis nicht eingetreten. Problematisch ist somit einerseits, dass der Schädiger *ex ante* keine oder nur mangelnde Informationen über das Vorliegen einer Reserveursache haben mag. Die Problematik ist sogar tiefergehend, da selbst *ex post* nach dem schädigenden Ereignis nicht in jedem Fall festgestellt werden kann, ob eine hypothetische Reserveursache womöglich eingetreten wäre. Wie zuvor beschrieben, würde es für die Anreizwirkungen im Sinne des Haftungsrechts grundsätzlich genügen, wenn der erwartete Schadensersatz dem erwarteten zusätzlichen gesellschaftlichen Schaden entspricht, es also im Einzelfall zu einer Über- oder Unterkompensation des Schadens kommt. Dem Problem fehlender konkreter Informationen könnte man damit grundsätzlich mit einer Anpassung des Schadensersatzes in Form eines Erwartungswertes begegnen; allerdings ist die Praktikabilität und Belastbarkeit eines derartigen Erwartungswertes (beispielsweise „Reserveursachen bestehen in 0,01 Prozent aller Schadensfälle“) mehr als fraglich, weshalb mit einer Anpassung des Schadensersatzes nur bei überwiegender Wahrscheinlichkeit einer Reserveursache operiert werden sollte.<sup>43</sup>

## 4. Besonderheiten bei der Verschuldenshaftung und effizienten Sorgfalt

Wie zuvor beschrieben, gelten die bisherigen Überlegungen, die auf einer direkten Internalisierung der gesellschaftlichen Kosten durch den Schädiger aufbauen, insbesondere für die Gefährdungshaftung. Im Rahmen der Verschuldenshaftung kann man durch die Vorgabe effizienter Verschuldensstandards auch ohne Berücksichtigung der Reserveursache im Schadensersatz Effizienz erreichen. Dies setzt jedoch voraus, dass tatsächlich effiziente Verschuldensstandards durch das Gericht vorgegeben werden. Der Sorgfaltsstandard müsste also – entsprechend der marginalisierten *Learned-Hand*-Formel – individuell angepasst werden. Eine derartige Anpassung des Sorgfaltsstandards an die Reserveursachensituation (Verringerung des

41 Schäfer/Ott, (Fn. 21), S. 171.

42 Ähnlich Adams, Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung, 1985, S. 194 ff., zu der Frage der haftungsbegründenden Kausalität bei ohnehin eintretenden Unfallschäden.

43 Hierzu aus juristischer Perspektive *Großrichter*, (Fn. 8), S. 55.

Sorgfaltsstandards wegen des geringeren gesamtgesellschaftlichen Schadens) scheint jedoch aufgrund von Transaktionskosten und den zuvor beschriebenen Informationsproblemen nicht praktikabel; in Anbetracht der Tatsache, dass im Allgemeinen keine Individualisierung des Sorgfaltsstandards erfolgt,<sup>44</sup> erscheint eine Beachtlichkeit der Reserveursache im Schadensersatz auch im Rahmen der Verschuldenshaftung als praktikable rechtsökonomische Lösung.

## II. Beispiel

Das folgende Zahlenbeispiel dient der Illustration einiger der oben abstrakt formulierten Überlegungen.<sup>45</sup>

Sprengmeister S soll eine Sprengung in einem Steinbruch vornehmen, der sich in der Nähe einer Siedlung befindet. Hierbei kann er verschiedene Sorgfaltsmaßnahmen treffen, um die Sicherheit der Sprengung zu gewährleisten und Schäden an der Siedlung zu verhüten. Der Steinbruch selbst liegt in einem Gebiet, in dem es hin und wieder zu Erdbeben kommt, die Schäden an der Siedlung verursachen.

Tabelle 1: Sorgfaltsniveaus, Sorgfaltskosten, Schadenswahrscheinlichkeit

Sorgfalt	Sorgfaltskosten	Schadenswahrscheinlichkeit
Keine	0	90 %
Mittel	10	25 %
Hoch	15	10 %
Sehr hoch	25	1 %

In neun von zehn Fällen liegt keine Reserveursache vor und bei einem Schadensfall entsteht ein Schaden von 100 an Häusern der Siedlung. In einem von zehn Fällen wäre durch die Reserveursache (Erdbeben) in naher Zukunft ein Schaden entstanden, so dass die zusätzlichen Schadenskosten durch den Schadensfall aufgrund der Sprengung noch 30 betragen. Das ist der Schaden (im rechtsökonomischen Sinne), der dadurch entsteht, dass die Häuser bereits früher als durch das Reserveursachenereignis beschädigt worden sind.

Ist unbekannt, ob eine Reserveursache vorliegt, so beträgt der erwartete Schaden bei einem Schadensfall aufgrund der Sprengung:  $0,9 \cdot 100 + 0,1 \cdot 30 = 93$ .

Mit diesen Informationen lässt sich das effiziente Sorgfaltsmaß bestimmen, indem die erwarteten Gesamtkosten

für die verschiedenen Sorgfaltsniveaus berechnet werden. Im Folgenden werden Berechnungen für die Fälle durchgeführt, in denen (1) ex ante nicht bekannt ist, ob eine Reserveursache vorliegt, (2) bekannt ist, dass im konkreten Fall keine Reserveursache vorliegt, (3) bekannt ist, dass im konkreten Fall eine Reserveursache vorliegt.

Tabelle 2: Erwartete gesellschaftliche Gesamtkosten (und Kosten des S bei Gefährdungshaftung)

	(1) Vorliegen von Reserveursache unbekannt	(2) Nichtvorliegen von Reserveursache sicher	(3) Vorliegen von Reserveursache sicher
Keine Sorgfalt	83,7 ( $93 \cdot 0,9$ )	90 ( $100 \cdot 0,9$ )	27 ( $30 \cdot 0,9$ )
Mittlere Sorgfalt	33,25 ( $93 \cdot 0,25 + 10$ )	35 ( $100 \cdot 0,25 + 10$ )	<u>17,5</u> ( $30 \cdot 0,25 + 10$ )
Hohe Sorgfalt	<u>24,3</u> ( $93 \cdot 0,1 + 15$ )	<u>25</u> ( $100 \cdot 0,1 + 15$ )	18 ( $30 \cdot 0,1 + 15$ )
Sehr hohe Sorgfalt	25,93 ( $93 \cdot 0,01 + 25$ )	26 ( $100 \cdot 0,01 + 25$ )	25,3 ( $30 \cdot 0,01 + 25$ )

Bei der Gefährdungshaftung ergeben sich effiziente Anreize bei Berücksichtigung der Reserveursache im Schadensersatz (im Einzelfall oder im Erwartungswert), da insofern eine vollständige Internalisierung externer Effekte vollzogen wird. Falls die Reserveursache für den erwarteten Schadensersatz unbeachtlich bleiben sollte, würde in der letzten Spalte (3) eine ineffiziente Sorgfaltswahl die Folge sein, da der Schädiger dann statt der effizienten „mittleren Sorgfalt“ die ineffiziente Entscheidung zugunsten der „hohen Sorgfalt“ wählen würde (erwartete Kosten des Schädigers bei mittlerer Sorgfalt  $100 \cdot 0,25 + 10 = 35$  statt  $100 \cdot 0,1 + 15 = 25$  bei hoher Sorgfalt). Dies verdeutlicht die unter C. III. aufgestellte Effizienzbedingung: Man soll als Schädiger so lange Sorgfaltskosten aufwenden, wie eine zusätzliche Einheit an Sorgfalt den Schaden um mehr als eine Einheit reduziert. Das ist im Falle des Vorliegens einer Reserveursache bereits „früher“ der Fall, da der gesamtgesellschaftliche Schaden die Reserveursache berücksichtigt. Bei Nichtberücksichtigung der Reserveursache im Schadensersatz ist der Moment, in dem es sich für den Schädiger lohnt, keine Sorgfalt mehr aufzuwenden, aber erst bei einem höheren Sorgfaltsniveau erreicht.

Für die Verschuldenshaftung ist relevant, wie das haftungsbefreiende Ausmaß der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt bestimmt ist. Ausgehend von der Rechtspraxis wird ein undifferenziertes Maß der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt unterstellt. Folgt dieses Maß rechtsökonomischen Überlegungen, so müsste dieses Maß dem Niveau „hohe Sorgfalt“ entsprechen, da es für die absolute Mehrzahl der Fälle effizient ist.

44 Vgl. Grundmann, in: MüKoBGB, 9. Aufl. 2022, § 278 Rn. 55 f.

45 Die Zahlen des verwendeten Beispiels dienen allein der Illustration der rechtsökonomischen Überlegungen. In einem tatsächlichen Fall wäre die Ermittlung dieser Größen eine der grundlegenden Aufgaben. Siehe hierzu beispielhaft den Fall „Wildunfall“ in Schäfer/Ott, (Fn. 21), S. 161 ff. oder in Kötz/Schäfer, *Judex oeconomicus*, 2003, S. 1. ff.

Tabelle 3: Kosten des S bei Verschuldenshaftung

	(1) Vorliegen von Reserveursache unbekannt	(2) Nichtvorliegen von Reserveursache sicher	3) Vorliegen von Reserveursache sicher
Keine Sorgfalt	83,7 (93*0,9)	90 (100*0,9)	27 (30*0,9)
Mittlere Sorgfalt	33,25 (93*0,25 + 10)	35 (100*0,25 + 10)	17,5 (30*0,25 + 10)
Hohe Sorgfalt	<u>15</u>	<u>15</u>	<u>15</u>
Sehr hohe Sorgfalt	25	25	25

Entsprechend der allgemeinen Überlegungen führt die Verschuldenshaftung bei Festsetzung eines effizienten Standards zu effizienten Sorgfaltsanreizen: Der Standard „hohe Sorgfalt“ ist effizient in den Spalten (1) und (2) und entsprechend findet sich auch hier das Kostenminimum für den Schädiger. Wie die Spalte (3) jedoch zeigt, ist die Anpassung allein des Schadensersatzes an das Vorliegen einer Reserveursache ohne Anpassung des Sorgfaltsstandards womöglich nicht ausreichend für die Vorgabe effizienter Anreize. Im Fall der Spalte (3), in der angenommen ist, es sei bekannt, dass die Reserveursache vorliegt, wäre das Niveau „mittlere Sorgfalt“ (Tabelle 2) effizient. Da jedoch eine Anpassung des Sorgfaltsstandards selbst nicht erfolgt, lohnt es sich für S im Beispiel trotz der Berücksichtigung der Reserveursache bei der Bestimmung der Höhe des Schadensersatzes den in diesem Fall ineffizient hohen Sorgfaltsstandard „hohe Sorgfalt“ einzuhalten. In diesem Sinne wäre rechtsökonomisch eigentlich bereits eine Anpassung in der Definition der erforderlichen Sorgfalt nötig, sofern die zusätzlichen Transaktionskosten einer derart differenzierten Regel die Vorteile nicht überwiegen.

### III. Bewertung (des rechtsökonomischen Ergebnisses) und Synthese

Die rechtsökonomischen Überlegungen deuten auf eine grundsätzliche Berücksichtigung von Reserveursachen im Schadensersatz hin, um effiziente Anreize zur Sorgfaltswahl zu geben. Dies ist kongruent mit der Beachtlichkeit der Reserveursache bei mittelbaren Dauer- und Folgeschäden sowie der Idee der bereits eingetretenen „Wertminderung“ bei der Schadensanlage. Die Unbeachtlichkeit im Schadensersatz in den anderen Fällen der unmittelbaren Objektschäden ergibt sich jedoch nicht ohne Weiteres. Wie die Analyse aber ebenfalls aufgezeigt hat, besteht ein grundsätzliches Problem in dem Vorhandensein der für die entsprechende Anpassung notwendigen Informationen, gerade da es sich um eine hypothetische Entwicklung ohne das schädigende Ereignis handelt. Eventuell sind nur Aussagen über Wahrscheinlichkeiten des Eintritts der Reser-

veursache möglich; vielleicht ist selbst die Angabe von Wahrscheinlichkeiten für etwaige Entwicklungen nicht verlässlich möglich. Wie in vielen Fällen stellt dies ein mögliches Problem bei der Umsetzung rechtökonomischer Überlegungen dar, wobei die Analyse dieses Problems aber der Rechtsökonomie selbst nicht fremd ist.<sup>46</sup> In diesem einführenden Aufsatz soll auf eine Erweiterung des Modellrahmens hierfür verzichtet werden.

Der Einbezug der nur unvollständigen Information der Entscheidungsträger und Gerichte macht es nötig, auf andere Kriterien wie die Voraussetzung einer übermäßigen Wahrscheinlichkeit für die Reserveursache überzugehen. In diesem Sinne könnte die geltende Rechtspraxis bezüglich der Schadensanlage verstanden werden. So sind bei Schadensanlagen, die im Moment der Schädigung bereits dem Schadensobjekt innewohnen, die Chancen einer Vorhersage oder eines Kennen-Könnens gemäß der Präventionsfunktion wahrscheinlicher. Rechtsökonomisch könnte dies mit der Idee der Einsparung von Transaktionskosten (tertiäre Kosten) des Systems verstanden werden.

Ebenso wenig wie bei unmittelbaren Objektschäden außerhalb von Anlagefällen erschließt sich aus einer rechtsökonomischen Perspektive die Unbeachtlichkeit der Reserveursache im Schadensersatz, falls das Reserveursachenereignis die Ersatzpflicht eines Dritten ausgelöst hätte. Jedoch lässt sich diese Differenz grundsätzlich auf einen Unterschied in den verfolgten Zielen zurückführen. Im Sinne der effizienten Prävention, die als Ziel im Zentrum der rechtsökonomischen Analyse steht, ist die Frage der eventuellen Ersatzpflicht einer dritten Partei für die Ermittlung des zusätzlichen gesellschaftlichen Schadens nicht relevant.<sup>47</sup>

### E. Fazit

Die Überlegungen in diesem Aufsatz zeigen Parallelen (insbesondere bei Einbezug der praxisrelevanten Aspekte unvollständiger Informationen) sowie Unterschiede zwischen der juristischen Praxis und rechtsökonomischen Überlegungen zur Berücksichtigung einer Reserveursache. Nicht abgebildet in dem hier verwendeten Modell ist die Frage nach der Beachtlichkeit von Reserveursachen in Fällen, in denen sich die Parteien bekannt sind und die Möglichkeit zu Verhandlungen und vertraglichen Regelungen besteht, z. B. bei einer unrechtmäßigen Kündigung. Das Modell kann hierzu keine Auskunft geben, da dieser Part durch die notwendigen Annahmen (zu hohe Transaktionskosten, da Beteiligte unbekannt) von vornherein ausgeschlossen ist. Dies stellt einen interessanten Ansatz-

<sup>46</sup> Siehe z. B. *Shavell*, *The Journal of Law and Economics* 1985, 587.

<sup>47</sup> Die Überlegungen, dass die Differenzhypothese bezogen auf den Geschädigten zu unterschiedlichen Schlussfolgerungen kommen kann als die Ermittlung des gesellschaftlichen Schadens, ist über diesen Fall der Ersatzpflicht einer dritten Partei zu beobachten und gilt generell, wenn der negativen Externalität einer Handlung gleichzeitig positive Externalitäten entgegenstehen.

punkt zu einer weitergehenden rechtsökonomischen Untersuchung von Reserveursachen im Schadensrecht dar.

# Die (Un)zulässigkeit des Lügendetektors als Indikator für die Verfahrensart des deutschen und amerikanischen Strafprozesses

Tim Vieten, Bonn\*

*In amerikanischen Gerichtsserien ist der Einsatz des Lügendetektors oft die letzte Möglichkeit den mutmaßlichen Täter zu überführen. Demnach scheint der Lügendetektor ein hilfreiches Beweismittel in Strafverfahren zu sein, wenn die Sachlage nicht eindeutig zu sein scheint und Aussage gegen Aussage steht.*

*Dieser Beitrag beleuchtet die zugrundeliegende Technik des Lügendetektors und den unterschiedlichen Umgang der deutschen und amerikanischen Rechtsprechung mit dem Messinstrument, der durchaus auf der grundsätzlichen Verschiedenheit der Strafverfahren basiert.*

## A. Einleitung

Im Strafverfahren sieht sich der Richter der Herausforderung ausgesetzt, die Aussage eines Verfahrensbeteiligten in Bezug auf ihre Richtigkeit zu bewerten. Die Eindimensionalität einer subjektiven Aussage führt aber dazu, dass letztlich erst durch die Kenntnis des Ungesagten die Aussage, beispielsweise des Angeklagten, richtig verstanden und damit beurteilt werden kann. In der Hoffnung, diese Unsicherheiten überwinden zu können, entschied sich ein Strafrichter des Amtsgerichts Bautzen zum Einsatz eines elektronischen Messgeräts, um zur Offenbarung des Ungesagten zu gelangen.<sup>1</sup> Er bediente sich eines so genannten Lügendetektors, der der weitverbreiteten Annahme in der Gesellschaft unterliegt, naturwissenschaftlich fundiert messen und erkennen zu können, ob eine Person lügt oder die Wahrheit sagt.

Ob der Lügendetektor wirklich ein Messinstrument zur Aufdeckung von Lügen ist und warum die deutsche und amerikanische Strafprozessordnung diesen als Beweismittel unterschiedlich behandeln, untersucht dieser Beitrag. Zu diesem Zweck wird zunächst auf das Messinstrument im Einzelnen eingegangen (B.), um anschließend den Umgang der deutschen (C.) und amerikanischen (D.) Rechtsprechung darstellen und bewerten zu können.

## B. Polygraphische Täterschaftserkennung

Für den Lügendetektor ist die Lüge eine absichtliche Täuschung eines anderen durch sprachliche Darstellung eines Sachverhalts, der von dem Sachverhalt abweicht, wie er sich nach dem Wissen des Aussagenden tatsächlich zuge tragen haben soll.<sup>2</sup> Damit kommt es bei der Lüge darauf an, dass der Aussagende aus seiner Sicht den tatsächlichen Sachverhalt erkennt und bewusst anders darstellt.<sup>3</sup> Dieser Prozess des Erkennens erfordert kognitive Anstrengung, welche ihrerseits zu unwillentlichen körperlichen Reaktionen führt.

Der Lügendetektor versucht, durch seine Messweise an diese Wechselbeziehung zwischen der durch die Lüge bedingten psychischen Erregtheit und der damit einhergehenden unwillentlichen körperlichen Reaktionen anzuknüpfen.<sup>4</sup>

Bei der Befragung durch einen Polygraphenprüfer registriert ein Gerät körperliche Reaktionen des Probanden (Atmung, Blutdruck, Puls und elektrische Hautleitfähigkeit)<sup>5</sup> und zeichnet diese durch mehrere Kanalschreiber auf einen mit einem Linienraster versehenen Papierstreifen auf.<sup>6</sup>

Durch die Aufzeichnung mehrerer körperlicher Reaktionen sind mehrere Kanalschreiber gleichzeitig tätig. Da mehrere körperliche Reaktionen gemessen werden und somit eine Vielzahl von Kanalschreibern Graphen aufzeichnen, ist das Messgerät ein Vielkanalschreiber, anders ausgedrückt ein Polygraph (griechisch: polygraphía = Vielschreiben).<sup>7</sup> Heutzutage werden zwar keine Kanalschreiber mehr verwendet, jedoch werden die Graphen digital auf einem Computer angezeigt.<sup>8</sup>

Somit misst der Polygraph zwar unzweifelhaft die körperliche Anspannung oder Erregtheit des Probanden, jedoch gelingt es ihm nicht, selbst über die Ursache und somit über die Qualität der gemessenen Gefühlswallungen Auskunft

\* Der Autor ist Doktorand und wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Deutsche und Rheinische Rechtsgeschichte der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn bei Prof. Dr. Mathias Schmoeckel.

1 Vgl. *AG Bautzen*, Urt. v. 26.10.2017, BeckRS 2017, 138202.

2 *Olechowski*, Experimente über den Stimm- und Sprechausdruck beim Lügen, 1961, S. 49.

3 *Gruber*, Die Lüge des Beschuldigten im Strafverfahren, 2007, S. 36.

4 *Effer-Uhe*, Marburg Law Review 2013, 99 (99).

5 *Schüssler*, Polygraphie im deutschen Strafrecht, 2002, S. 21.

6 *Schüssler*, (Fn. 5), 24; die Graphen werden heutzutage graphisch auf dem Computer dargestellt. Nur noch vereinzelt wird auf die analoge Version der Graphendarstellung zurückgegriffen, siehe *Delvo*, Der Lügendetektor im Strafprozeß der U.S.A., 1981, S. 17.

7 Duden-Online-Wörterbuch: „Polygraph“.

8 *Delvo*, (Fn. 6), S. 17.

zu geben.<sup>9</sup> Ein spezielles Reaktionsmuster, das die Täterschaft oder die Lüge charakterisiert, existiert nicht.<sup>10</sup> Erst durch die Interpretation des Messergebnisses durch den Polygraphenprüfer wird eine Aussage und damit ein Ergebnis darüber getroffen, ob Indizien vorliegen, dass der Proband auf bestimmte Fragen nicht wahrheitsmäßig geantwortet hat.<sup>11</sup> Folglich kann der Polygraph eine Lüge des Befragten nicht unmittelbar selbst identifizieren und ist deshalb schon begrifflich weniger ein Detektor von Lügen, sondern vielmehr ein Messgerät, das bloß körperliche Reaktionen aufzeichnet.

## I. Methoden der psychophysiologischen Aussagebeurteilung

Damit das Messergebnis möglichst genau interpretiert werden kann, haben sich zwei Formen der Befragung, die sogenannte „direkte“ und „indirekte“ Methode, bewährt.<sup>12</sup>

### 1. Indirekte Methode – Tatwissentest

Die indirekte Methode, der Tatwissentest, hat das Ziel, Wissen, das nur der Täter hat, auszunutzen.<sup>13</sup> Es wird also überprüft, ob der Befragte durch die Erwähnung tatbezogener Details eine physiologische Orientierungsreaktion durch Erinnerungen vom Tatort zeigt.<sup>14</sup> Dabei geht es demnach nicht um emotionale Begleitreaktionen, sondern vielmehr um die Feststellung erlebnisbasierter Wissensspuren.<sup>15</sup>

Während der Befragung werden der befragten Person tatbezogene Fragen gestellt und sechs Antwortalternativen zur Beantwortung vorgegeben.<sup>16</sup> Eine von den Antwortalternativen entspricht dem ermittelten Tatablauf und soll beim Täter die psychische Aktivität durch die Erinnerung an die Tat steigern,<sup>17</sup> woraufhin diese dann durch das Gerät aufgezeichnet wird. Ferner ist der Proband in seiner Antwortmöglichkeit nicht frei, sondern muss alle Antwortalternativen verneinen.<sup>18</sup> Dies ist nicht gravierend, da nur die körperlichen Reaktionen auf die einzelnen Antwortalternativen von Bedeutung sind, um vorhandenes Tatwissen durch die körperlichen Reaktionen sichtbar werden zu lassen.<sup>19</sup>

### 2. Direkte Methode – Kontrollfragentest

Bei der direkten Methode, welche Kontrollfragentest genannt wird, ist dies anders. Diese Art der Befragung unterteilt sich in zwei Befragungsphasen, das Vorinterview und die Hauptbefragung.<sup>20</sup> Im Vorinterview wird die Persönlichkeit des Probanden durch den Polygraphenprüfer kennengelernt, um basierend auf diesen Erkenntnissen Kontrollfragen zu formulieren.<sup>21</sup> In der Hauptbefragung werden in der Regel zehn Fragen gestellt, die sich aus drei tatbezogenen Fragen, drei Kontrollfragen und vier neutralen Fragen zusammensetzen.<sup>22</sup>

Im Gegensatz zum Tatwissentest basiert der Kontrollfragentest nicht darauf, erhöhte psychische Reaktionen durch Erinnerungen hervorzurufen,<sup>23</sup> sondern bei der Befragung auftauchende psychische Reaktionen bezüglich der tatbezogenen Fragen mit den Reaktionen auf die Kontrollfragen zu vergleichen.<sup>24</sup> Ein lügender Proband wird versuchen, die tatbezogenen Fragen wahrheitswidrig zu beantworten, und zeigt durch diesen Täuschungsversuch eine erhöhte geistige Erregung. Diese Erregung taucht bei unschuldigen Personen auf tatbezogene Fragen gerade nicht auf.<sup>25</sup> Stärkere körperliche Reaktionen nach tatbezogenen Fragen sollen demnach Indizien für eine Lüge der befragten Person sein, wohingegen stärkere physiologische Reaktionen nach Kontrollfragen als Indikatoren für die Unschuld des Befragten angesehen werden.<sup>26</sup>

Die Kontrollfragen haben demnach den Zweck, den unschuldigen Probanden intensiver als die tatbezogenen Fragen zu beschäftigen.<sup>27</sup> Beispielhaft könnte der Prüfer den Probanden fragen, ob dieser vor seinem neunzehnten Lebensjahr jemals eine hohe Summe Geld gestohlen hat.<sup>28</sup> Da solche Fragen eine intensive Auseinandersetzung mit der eigenen Vergangenheit voraussetzen, wird ein unschuldiger Proband die Kontrollfragen unangenehmer als die direkten (tatbezogenen) Fragen empfinden.<sup>29</sup> Damit zielen die Kontrollfragen darauf ab, ähnlich starke physische Erregungen beim Probanden hervorzurufen, um diese im Anschluss mit den Reaktionen auf die tatbezogenen Fragen zu vergleichen.<sup>30</sup>

9 Wegner, Täterschaftsermittlung durch Polygraphie, 1981, S. 11.

10 Undeutsch, Die Leistungsfähigkeit der heutigen Methoden der psychologischen Täterschaftsermittlung, 1979, 402; Schüssler, (Fn. 5), S. 27; Wegner, (Fn. 9), S. 11.

11 Schandry, Lehrbuch Psychophysiologie, 1998, S. 322.

12 Seiterle, Hirnbild und „Lügendetektion“, 2010, S. 23; Bender/Nack/Treuer, Tatsachenfeststellung vor Gericht, 5. Aufl. 2021, S. 55.

13 Effer-Uhe, (Fn. 4), 100.

14 Schoreit, StV 2004, 284 (284).

15 Steller, Psychophysiologische Aussagebeurteilung, 1987, S. 368.

16 Putzke/Scheinfeld/Klein/Undeutsch, ZStW 2009, 607 (612).

17 Effer-Uhe, (Fn. 4), 100.

18 Gamer/Vossel, Zeitschrift für Neuropsychologie 2009, 207 (210).

19 Schoreit, Strafverteidiger 2004, 250 (284).

20 Steller, (Fn. 15), S. 369.

21 Steller, (Fn. 15), S. 369.

22 Undeutsch, Wissenschaftliche Kriminalistik 1983, 398 (405).

23 Vgl. BGH, NJW 1999, 657 (658).

24 Schüssler, (Fn. 5), S. 29.

25 Schüssler, (Fn. 5), S. 30.

26 Delvo, (Fn. 6), S. 92.

27 Steller, (Fn. 15), S. 10.

28 Beispielfrage nach Steller, (Fn. 15), S. 370.

29 Steller, (Fn. 15), S. 10.

30 Schüssler, (Fn. 5), S. 30; Undeutsch, (Fn. 22), S. 405.

## II. Fehleranfälligkeit

Weiterhin ist eine Voraussetzung für die forensische Tauglichkeit eine möglichst geringe Fehleranfälligkeit des Messergebnisses.<sup>31</sup>

Zunächst könnte der Befragte selbst durch mentale oder körperliche Aktivitäten das Testergebnis beeinflussen und somit manipulieren. Eine Reaktionsunterdrückung der psychischen Erregung scheint unmöglich zu sein, weil die Unterdrückung selbst eine psychische Aktivität ist und so erhöhte psychische Aktivität gemessen wird und diese sich gerade nicht verringert.<sup>32</sup> Hierzu scheinen die willentlichen Veränderungen der Atmung, Pressen der Zehen auf den Boden (oder wahlweise in Reißzwecken) oder das Beißen auf die Zunge mögliche Gegenmaßnahmen zu sein.<sup>33</sup> Zwar zeigt eine weitere Studie von *Honts/Raskin/Hodes*, dass die Maßnahmen vereinzelt keine signifikante Wirkung auf das Messergebnis haben.<sup>34</sup> Erfährt der Proband hingegen ein vorheriges professionelles Training, ist es bei Anwendung der Gegenmaßnahmen nicht nur möglich, das Messergebnis zu verfälschen, es kann sogar schon innerhalb von 30 Minuten Training erreicht werden.<sup>35</sup>

Ebenfalls könnte der Untersucher selbst das Testergebnis verfälschen und damit eine Fehlerquelle darstellen.

Beim Kontrollfragentest sind die Kontrollfragen, die durch den Polygraphenprüfer erstellt werden, durch den Vergleich mit den relevanten Fragen von großer Bedeutung.<sup>36</sup> Somit hängt sehr viel von der Formulierung dieser Kontrollfragen ab, die in den Händen des Untersuchers liegt. Indem der Polygraphenprüfer das Messergebnis grundsätzlich interpretiert, besitzt dieser weiterhin eine Schlüsselposition für das Gelingen des Tests und könnte so auch durch bewusste oder unbewusste Falschinterpretation das Messergebnis verfälschen.<sup>37</sup>

Somit bleibt festzuhalten, dass der Polygraphentest nicht nur durch den Probanden, sondern gerade auch durch den Polygraphenprüfer beeinflusst werden kann und somit fehleranfällig ist.

## III. Schlussfolgerung

Die Grundannahmen des Polygraphen sind folgende:

1. *Jede Lüge erzeugt eine psychische Aktivität.*
2. *Diese psychische Erregtheit veranlasst unwillentlich körperliche Reaktionen.*

Zwar sind die Grundannahmen richtig und das Messgerät versucht, die Kausalitätskette zwischen körperlichen und psychischen Reaktionen auszunutzen. Jedoch sieht der Polygraphentest diese Kausalitätskette als Wechselwirkung zwischen psychischer Erregung und körperlicher Aktivität an und versucht so, Rückschlüsse auf einen konkreten psychischen Zustand, die Lüge, zu schließen. Damit wird verkannt, dass die Kausalitätsbeziehung nur in eine Richtung und nicht in die andere erfolgen kann. Denn die körperlichen Reaktionen müssen nicht konkret von einer Lüge ausgelöst worden sein, sondern können durch viele andere Faktoren, beispielsweise der Angst zu Unrecht für schuldig gehalten zu werden, ausgelöst werden. Demnach kann nie konkret auf eine Lüge rückgeschlossen werden. Aufgrund der Möglichkeit den Test durch erfolgreiche und effektive Gegenmaßnahmen zu überwinden, stehen grundsätzliche Fragen der Zuverlässigkeit dieses Messinstrumentes im Raum.

Schließlich ist der Polygraph allenfalls ein Instrument, welches mit einer anschließenden Interpretation eines Polygraphenprüfers bloß eine Indizwirkung für die Glaubwürdigkeitsbegutachtung des Beschuldigten haben kann.

## C. Deutschland

Um die Überzeugungskraft des Polygraphen als Beweismittel bewerten zu können, ist zunächst in gebotener Kürze auf die Verfahrensart des Strafrechts einzugehen.

Das Strafrecht basiert auf dem materiellen Schuldprinzip, somit auf dem Gedanken, dass jede Strafe individuelle Schuld voraussetzt.<sup>38</sup> Das materielle Schuldprinzip leitet sich aus der Würde des Menschen und dem Rechtsstaatsprinzip her<sup>39</sup> und besitzt somit Verfassungsrang. Das mit Strafe verbundene Unwerturteil, ein sozialetisch missbilligtes, sozialschädliches Verhalten verwirklicht zu haben, setzt nach diesen Maßstäben die Feststellung individueller Schuld voraus.<sup>40</sup> Die Aufgabe des Strafprozesses besteht demnach darin, diesen verfassungsrechtlich verbrieften Grundsätzen in ihrer verfahrensrechtlichen Dimension auch rechtstatsächlich Geltung zu verschaffen.<sup>41</sup> Dementsprechend ist es das zentrale Anliegen des deutschen Strafprozesses, den tatsächlichen Sachverhalt zu erforschen<sup>42</sup> und innerhalb dieses Kontextes von Amts wegen zu ermitteln.<sup>43</sup> Im Gegensatz zum amerikanischen Strafverfahren ist somit das Gericht für die Einbringung der Beweise in die mündliche Hauptverhandlung verantwortlich.<sup>44</sup>

31 Vgl. *Reid/Inbau*, Truth and Deception, S. 1966.

32 *Fiedler*, Praxis der Rechtspsychologie 1999, 4 (27).

33 *Fiedler*, Psychologische Rundschau (54) 2003, 112 (114).

34 *Honts/Hodes/Raskin*, Journal of Applied Psychology (70) 1985, 177 (178).

35 *Fiedler*, (Fn. 32), 28.

36 *Schüssler*, (Fn. 5), S. 141.

37 *Steller/Schmid*, Praxis der Rechtspsychologie 1999, 5 (43).

38 *Trüg/Habetha*, in: Knauer/Kudlich (Hrsg.), MüKoStPO, 1. Aufl. 2016, § 244 Rn. 4.

39 BVerfGE 80, 182 (182).

40 BVerfG, Beschl. v. 24.10.1996, 2 BvR 1851/94, Rn. 153 – juris.

41 BVerfG, NJW 2013, 1058 (1060).

42 *Trüg/Habetha*, (Fn. 38), § 244, Rn. 4.

43 *Krehl*, in: Barthe/Gericke (Hrsg.), KK-StPO, § 244, Rn. 28.

44 *Trüg/Habetha*, (Fn. 38), § 244, Rn. 14.

## I. Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 16.2.1954

Zum ersten Mal befasste sich der Bundesgerichtshof im Jahr 1954 mit der Zulässigkeit des Polygraphen als Beweismittel und entschied gegen dessen Zulässigkeit.<sup>45</sup>

Zunächst messe der Polygraph gerade dem Bewusstsein entzogene körperliche Reaktionen und lasse dadurch das Unbewusste ans Licht.<sup>46</sup> Durch die Aufzeichnung unkontrollierbarer körperlicher Reaktionen, die auf der Wechselwirkung zwischen Psyche und Körper basieren, würde, bei Zulassung des Testergebnisses als Beweismittel, der Angeklagte mehr aussagen, als er wolle.<sup>47</sup> Solche „Einblicke in die Seele“<sup>48</sup> des Beschuldigten und die Aufdeckung unbewusster Regungen würde die Willensbetätigungs- und Willensentschlussfreiheit verletzen und sei als Beweismittel im Sinne des § 136a StGB unzulässig.<sup>49</sup>

Ferner sah der Bundesgerichtshof in der polygraphischen Untersuchung eine Herabwürdigung des Beschuldigten zum bloßen Objekt des Verfahrens.<sup>50</sup> Denn die Vorschriften der Artt. 2 und 104 Abs. 1 GG, sowie der §§ 136a, 69 Abs. 3, 81c, 161 Abs. 2, 163 Abs. 2 StPO spiegeln den verfassungsrechtlich verbrieften Grundsatz der Unantastbarkeit der Menschenwürde wider (Art. 1 Abs. 1 GG), welcher auch uneingeschränkt im Strafverfahren gelte.<sup>51</sup> Daraus resultiere, dass der Angeklagte nicht zum bloßen Objekt des Strafverfahrens degradiert werden dürfe, sondern Beteiligter des Strafverfahrens sein muss.

Beim Polygraphentest werden jedoch Messungen an dem Angeklagten vorgenommen.<sup>52</sup> Dieser könne als Individuum demnach nicht auf die Verfahrensweise eingehen, sondern müsse die Art der Befragung wie ein Objekt über sich ergehen lassen. Somit wird der Beschuldigte nach Ansicht des Bundesgerichtshofs zwangsläufig durch den Einsatz des Polygraphen zum Objekt degradiert.<sup>53</sup>

## II. Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 17.12.1998

Obwohl der Bundesgerichtshof 1998 an seiner Entscheidung aus dem Jahr 1954<sup>54</sup> festhielt und gegen die Zulässigkeit der polygraphischen Untersuchung als Beweismittel

im Hauptverfahren urteilte,<sup>55</sup> änderte dieser seine rechtliche Argumentationsgrundlage.<sup>56</sup>

Gerade die Entscheidung, über sein eigenes Schicksal eigenverantwortlich bestimmen zu können und damit unter Einverständnis die Messung zuzulassen, sei Ausdruck der Menschenwürde und verstoße nicht gegen diese.<sup>57</sup> Der damit einhergehende staatliche Schutz vor sich selbst sei in diesem Kontext weder interessensgerecht noch der Wille des Beschuldigten. Dieser könne den Test auch dazu verwenden, seine Unschuld zu untermauern.<sup>58</sup> Somit verletze die einverständliche Verwendung des Polygraphen gerade nicht seine Willensbetätigungs- und Willensentschlussfreiheit und sei nicht nach § 136a StPO als unzulässige Vernehmungsmethode zu qualifizieren.<sup>59</sup>

Ferner bleibe der Beschuldigte, wenn dieser einem Polygraphentest zugestimmt habe, auch Subjekt und würde nicht zum Objekt des Verfahrens degradiert. Denn ohne seine manipulationsfreie Mitwirkung gelinge auch kein brauchbares Messergebnis.<sup>60</sup>

Gleichwohl hielt der Bundesgerichtshof die Verwendung des Polygraphen aufgrund seiner Funktionsweise und Fehleranfälligkeit, zumindest in der Hauptverhandlung, für ein ungeeignetes Beweismittel im Sinne des § 244 Abs. 3 S. 3 Nr. 4 StPO. Denn etwaige Bedenken jener Testverfahren würden gegen die Geeignetheit des Polygraphen sprechen.<sup>61</sup>

Der Kontrollfragentest sei als Beweismittel ungeeignet, weil die Methode nicht allgemein und zweifelfrei als richtig und zuverlässig gelten könne.<sup>62</sup> Trotz Validitätsstudien habe der Kontrollfragentest dahingehend keinen Beweiswert, dass es keine konkreten und allgemein gültigen Reaktionsmuster für bestimmte psychische oder emotionale Zustände gibt, welche der Test aber versucht zu messen. Außerdem seien die Grundannahmen des Kontrollfragentests wissenschaftlich nicht belegt.<sup>63</sup> Die Grundannahme lautet: Nur der Täter reagiert auf die tatbezogenen Fragen intensiver und das soll durch einen Vergleich mit den Reaktionen auf die Kontrollfragen bewiesen werden. Jedoch könne der unschuldige Proband auch aus Furcht, zu Unrecht bestraft zu werden, auf tatbezogenen Fragen stärker reagieren.<sup>64</sup> Ferner bestehe die Gefahr, dass die Formulierung der Kontrollfragen ihren Anforderungen, ähnlich intensive Reaktionen beim Probanden auszulösen, nicht gerecht wird. Denn der Polygraphenprüfer könne seine eigenen formulierten Kontrollfragen mangels Vergleich-

45 BGHSt 5, 332 (332).

46 BGH, NJW 1954, 649 (649).

47 BGH, NJW 1954, 649 (649).

48 BGH, NJW 1954, 649 (650).

49 B. Fischer, Die Vernehmung des Beschuldigten im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, 1976, S. 111, 112.

50 Schüssler, (Fn. 5), S. 53.

51 BGHSt 5, 332 (333).

52 BGHSt 5, 332 (334).

53 BGHSt 5, 332 (334).

54 BGHSt 4, 332 (334).

55 BGH, Urt. v. 17.12.1998, 1 StR 156/98, Rn. 3 – juris.

56 BGH, NJW 1999, 657 (658).

57 BGH, NJW 1999, 657 (658).

58 BGHSt 44, 308 (310).

59 BGHSt 44, 308 (311).

60 BGH, Urt. v. 17.12.1998, 1 StR 156/98, Rn. 32 – juris.

61 Steller/Schmid, (Fn. 37), 41.

62 Fiedler, (Fn. 32), 28.

63 Schüssler, (Fn. 5), S. 100.

64 Schneider, Nonverbale Zeugnisse gegen sich selbst, 1991, S. 134.

barkeit nicht kontrollieren und so feststellen, ob der Vergleich gelungen sei.<sup>65</sup>

Weiterhin führte der Strafsenat des Bundesgerichtshofs an, dass der Tatwissentest, zumindest in der Hauptverhandlung, ein unzulässiges Beweismittel im Sinne des § 244 Abs. 3 S. 3 Nr. 4 StPO sei.<sup>66</sup> Indem der Täter sich durch die tatbezogenen Fragen an die Tat erinnert, weist dieser erhöhte psychische Erregung auf diese Fragen auf, die durch den Polygraphen gemessen und ausgewertet werden. Folglich darf ein Unschuldiger kein Wissen von der Tat haben, ansonsten würde er sich ebenfalls bei den tatbezogenen Fragen an dieses Wissen erinnern und somit erhöhte Reaktionen zeigen. Allerdings erlangt der Angeklagte spätestens zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung Details über die ihm vorgeworfene Tat.<sup>67</sup> Demnach wäre die ausschlaggebende Orientierungsfunktion auch bei Unschuldigen zu messen. Die Funktionsweise des Tatwissentests sei damit zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung auch unzuverlässig.<sup>68</sup>

### III. Zwischenergebnis

Zusammenfassend stellt die polygraphische Untersuchung demnach ein ungeeignetes Beweismittel im Sinne des § 244 Abs. 3 S. 3 Nr. 4 StPO dar und ist in der mündlichen Hauptverhandlung des Strafverfahrens unzulässig. Denn seine Funktionsweise lässt weder die Zuverlässigkeit des Testergebnisses zu, noch kann ein Angeklagter unter Einsatz des Polygraphen zur Tat unter der Prämisse befragt werden, dass er keine Kenntnisse von der Tat besitzt.

Vor allem deswegen ist der Polygraphentest als Beweismittel dem zentrale Anliegen des deutschen Strafprozesses, den tatsächlichen Sachverhalt zu erforschen<sup>69</sup> und innerhalb dieses Kontextes von Amts wegen zu ermitteln,<sup>70</sup> nicht zweckdienlich und unzulässig.

## D. Vereinigte Staaten von Amerika

### I. Rahmenbedingungen

Jedoch ist dies in den Vereinigten Staaten von Amerika anders. Die Staatsstruktur der Vereinigten Staaten ist föderaler Natur, was bedeutet, dass der Bund und die Länder im gesetzgeberischen Spannungsverhältnis stehen.<sup>71</sup> Auf Bundesebene können Strafnormen nur im Rahmen der durch die Bundesverfassung speziell eingeräumten Kompetenzbereiche erlassen werden (Art. I, Section 8 und Art. IV,

Section 3 der Verfassung der Vereinigten Staaten).<sup>72</sup> In diesem Anwendungsbereich erlässt der Kongress grundsätzlich Strafnormen, sobald eine grenzüberschreitende Kriminalität vorliegt.<sup>73</sup> Da die grenzüberschreitende Kriminalität nur eine Ausnahme darstellt, verbleibt es dabei, dass die Gesetzgebung des materiellen Strafrechts bei den 50 Einzelstaaten liegt. Nicht nur das materielle Strafrecht ist Landesgesetzgebung, sondern auch im Beweisrecht sind die kodifizierten Rechtsquellen, *Rules of Evidence*, für Verfahren vor den Landesgerichten, Landesrecht, ansonsten Bundesrecht.<sup>74</sup>

Darüber hinaus werden Beweise nicht von Amts wegen ermittelt, sondern von den Parteien in den Prozess eingebracht.<sup>75</sup> Denn anders als im deutschen Strafverfahren, in dem der Richter von Amts wegen ohne Bindung an Beweisanträge den wahren Sachverhalt zu erforschen hat,<sup>76</sup> dient in den Vereinigten Staaten bei Verbrechenstaten der Richter im Strafverfahren lediglich als Schiedsrichter.<sup>77</sup> Somit handelt es sich beim Strafverfahren um ein kontradiktorisches Verfahren.<sup>78</sup> Durch das kontradiktorische Verfahren sollte die Einflussnahme des Staates begrenzt und somit eine Verfahrensgerechtigkeit für die Parteien geschaffen werden.<sup>79</sup> Infolgedessen sollten Rahmenbedingungen für ein faires Verfahren dahingehend geschaffen werden, dass die Parteien alle ihnen zur Verfügung stehenden Möglichkeiten ausschöpfen sollten, um die Jury von ihren Ansichten zu überzeugen.<sup>80</sup> Demnach entscheidet eine Jury über die Schuld und Unschuld des Angeklagten.<sup>81</sup>

## II. Der Polygraph als Beweismittel

Im Jahr 1975 erließ der Kongress eine neue bundesstaatliche Beweisrechtsordnung (*Federal Rules of Evidence*), welche die bis dahin gültige Beurteilung über die Zulässigkeit von Sachverständigengutachten änderte.<sup>82</sup> Bezüglich wissenschaftlicher Sachverständigengutachten ist es nach dieser, konkret nach *Rule 702*, nicht mehr erforderlich, dass die dahinterstehende wissenschaftliche Methode im wis-

65 BGHSt 44, 308 (309).

66 BGHSt 44, 308 (310).

67 BGHSt 44, 308 (309).

68 BGH, NJW 1999, 657 (658).

69 Trüg/Habetha, (Fn. 38), § 244, Rn. 4.

70 Krehl, (Fn. 43), § 244, Rn. 28.

71 Schmid, Das amerikanische Strafverfahren, 1986, S. 22.

72 Schmid, (Fn. 71), S. 23.

73 Hutzli, Die verfassungsmäßigen bundesrechtlichen Schranken im einzelstaatlichen Strafprozeß, 1974, S. 11 f.

74 Blumenwitz/Fedtko, Einführung in das anglo-amerikanische Recht, 8. Aufl. 2020, S. 45 f.

75 Inbau, JZ 1952, 581 (583).

76 Meyer-Göbner, StPO, § 244 StPO, Rn. 3, 11; § 261, Rn. 2.

77 Schmid, (Fn. 71), S. 11.

78 Schmid, (Fn. 71), S. 18.

79 Walker/Walker, The English Legal System, 1970, S. 13.

80 Walker/Walker, (Fn. 79), S. 12; Whitman, The Origins of Reasonable Doubt, 2008, S. 2; Jasanoff, American Journal of Public Health (95) 2005, 49 (55).

81 Potter/Kiralfy, Historical Introduction to English Law and its Institutions, 4. Aufl. 1982, S. 240 f.

82 Green/Nesson/Murray, Problems, Cases and Materials on Evidence, 3rd ed. 2001, S. 648.

senschaftlichen Kreis auf generelle Akzeptanz stößt,<sup>83</sup> was als *Frye-Standard* bezeichnet wurde.<sup>84</sup>

In der *Supreme Court* Entscheidung *Daubert v. Merrell Pharmaceuticals Inc.*<sup>85</sup> verwarf das Gericht den *Frye-Standard* und legte fest, dass die *Federal Rules of Evidence* stattdessen gelten sollten.<sup>86</sup> Nach den *Federal Rules of Evidence* soll der *Trial Judge* über die Zulässigkeit eines Sachverständigengutachtens entscheiden dürfen.<sup>87</sup> Dabei soll dieser sicherstellen, dass die hinter dem Gutachten stehende wissenschaftliche Methode im Hinblick auf den vorliegenden Sachverhalt nicht nur relevant, sondern auch glaubwürdig ist.<sup>88</sup>

Nach dieser Entscheidung des *United States Supreme Courts* ergaben sich unterschiedliche Reaktionen auf die Zulassung des Polygraphen als Beweismittel in den Einzelstaaten.

Zunächst gibt es Staaten, die sich weiterhin auf den *Frye-Standard* stützen und den Polygraphentest als Beweismittel generell nicht zulassen.<sup>89</sup> Daneben existiert eine große Anzahl von Einzelstaaten, die den Polygraphen als Beweismittel bedingt zulassen.<sup>90</sup> Der Polygraph darf als Beweismittel in diesen Einzelstaaten zugelassen werden, wenn beide Parteien, Angeklagter und Staatsanwaltschaft, vor dem Verfahren eine schriftliche Vereinbarung über die Zulässigkeit des Polygraphen getroffen haben.<sup>91</sup>

Dieser Lösungsansatz – die bedingte Zulässigkeit des Polygraphen – entspringt der Entscheidung für ein kontradiktorisches Strafverfahren. Denn die Wurzel des anglo-amerikanischen Strafverfahrenssystems besteht in der Verhinderung eines unfairen Verfahrens<sup>92</sup> und nicht primär in der Wahrheitsfindung. Folglich hat ein faires Verfahren höchste Priorität im kontradiktorischen Strafverfahren. Ein faires Verfahren liegt aber nur dann vor, wenn eine Verfahrensgerechtigkeit unter den Parteien geschaffen wird und jeder alle Möglichkeiten ausschöpfen kann, um die Juroren von seiner Ansicht zu überzeugen. Die vorherige Vereinba-

rung zwischen Angeklagten und Staatsanwalt, den Polygraphentest als Beweismittel zu verwenden, schafft eine solche Verfahrensgerechtigkeit im Sinne des kontradiktorischen Strafverfahrens.

## E. Fazit

Wie gezeigt wurde, kann der im allgemeinen Sprachgebrauch als Lügendetektor bekannte Polygraph entgegen seines Namens tatsächlich keine Lügen ermitteln. Vielmehr ist er ein Vielkanalschreiber, der lediglich körperliche Reaktionen des Befragten misst. Die Ergebnisse dieser Aufzeichnung werden zwar von einem Polygraphenprüfer interpretiert, was allerdings nur Indizien für eine Lüge aufzeigen kann. Insbesondere die Möglichkeit der Beeinflussung durch die Beteiligten, lässt generelle Zweifel an der Zuverlässigkeit der Ergebnisse des Polygraphen aufkommen.

Diese Zweifel hegte auch der Strafsenat des Bundesgerichtshofs im Jahre 1998 und entschied, dass beide Testvarianten des Polygraphen zum Zeitpunkt der mündlichen Hauptverhandlung nicht funktionieren und damit ein unzulässiges Beweismittel im Sinne des § 244 Abs. 3 S. 3 Nr. 4 StPO darstellen.

In den Vereinigten Staaten ist dies anders. Das höchste Bundesgericht, der *United States Supreme Court*, überlässt die Frage der Zulässigkeit dem jeweils zuständigen *Trial Judge*. Der *Trial Judge* entscheidet im Strafverfahren – anders als in Deutschland – aber nicht über Schuld oder Unschuld des Angeklagten. Über Schuld oder Unschuld des Angeklagten entscheidet die Jury. Der Richter fungiert letztlich nur als Schiedsrichter zwischen den Parteien und sorgt dafür, dass die Grundvoraussetzungen des kontradiktorischen Strafverfahrens gewahrt werden. Höchste Priorität im amerikanischen Strafprozessrecht ist die Herstellung der Verfahrensgerechtigkeit zwischen den Parteien und nicht die Wahrheitsfindung des tatsächlich geschehenen Sachverhalts. Somit ist die Zulässigkeit des Polygraphen mit vorheriger Zustimmung der Parteien letztlich unerwünschte zwangsläufige Nebenfolge des Prozessgrundsatzes auf ein faires Verfahren, nach dem der Angeklagte alle Möglichkeiten ausschöpfen soll, um sich nach der Bundesverfassung vollumfänglich verteidigen zu können.

83 Fed. Rules Evid. Rule 702, 28 U.S.C.A.

84 *Green/Nesson/Murray*, (Fn. 82), S. 649.

85 *William Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, S. Ct. 2790 (1993).

86 *William Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, S. Ct. 2790 (1993).

87 *Green/Nesson/Murray*, (Fn. 82), S. 650.

88 Höchst zweifelhaft bleibt hier die Auslegung des Wortes „reliable“. In der Originalentscheidung *William Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* heißt es: „The Rules – especially Rule 702 – place appropriate limits on the admissibility of purportedly scientific evidence by assigning to the trial judge the task of ensuring that an expert’s testimony both rests on reliable information and is relevant to the task at hand.“ S. Ct. 2790.

89 Beispielsweise im Bundestaat Colorado: *The People of the State of Colorado v. Nathan Jerard Dunlap*, 975 P. 2d 723, 755 (1999).

90 Beispielfhaft im Bundestaat South Dakota: *State v. Russell Ray Bertram*, 306 N. W. 2d 418 (2018), im Bundestaat Wisconsin: *State v. Bradley Alan St. George*, 643 N. W. 2d 777 (2006), oder im Bundestaat Washington: *State v. Harold Clayton Donald*, 316 P. 3d 1081 (Wash. App. Div. 1 2013).

91 *Balmer*, Lie Detection and the Law, 2018, S. 50.

92 Vgl. *Schmid*, (Fn. 71), S. 15.

# Fritz Bauer – Streitbarer Jurist und leidenschaftlicher Aufklärer

Werner Renz, Frankfurt am Main\*

*Generalstaatsanwälte finden in der Regel „unter ferner liefen“ Erwähnung. An Recht und Gesetz gebunden agieren sie meist administrativ als unauffällige Hüter der Staatsräson. Als politische Beamte in den ersten Jahrzehnten der Bundesrepublik Deutschland hatten sie neben dem geltenden Strafrecht naturgemäß die justizpolitischen Vorgaben ihrer jeweiligen Dienstherrn zu berücksichtigen. Der Schutz der Gesellschaftsordnung und die Wahrung der Rechtsordnung war ihre oberste Aufgabe.*

*Fritz Bauer war Staatsanwalt wider Willen. Mit „Abscheu“ will er, wie er einer guten Freundin<sup>1</sup> in einem Brief gestand, den Titel „Generalstaatsanwalt“ getragen haben. In den 18 Jahren seiner Amtstätigkeit als Generalstaatsanwalt der Oberlandesgerichtsbezirke Braunschweig und Frankfurt am Main war sein vorrangiges Bestreben, das Recht zu humanisieren, die Grundrechte zu schützen, die Menschenwürde zu wahren. Seinem Selbstverständnis nach war er fortwährend auf der „Suche nach dem Recht“<sup>2</sup>, gelegentlich sah er sich „im Kampf ums Recht“. Für Bauer vertrat der Staatsanwalt „nicht den Staat, er ist nicht der Anwalt irgendwelcher Staatsräson oder irgendwelcher Staatsinteressen, sondern des Rechts der Menschen und ihrer sozialen Existenz gegen private und staatliche Willkür. Er ist an die Gesetze gebunden, deren wichtigste die Menschenrechte sind“<sup>3</sup>.*

*Sein Lebensweg gibt Aufschluss über sein Rechtsdenken, das sein Tagewerk als Justizjurist und seine Anstrengungen als Aufklärer bestimmte.*

## A. Jurist aus Freiheitssinn

1903 in Stuttgart geboren, wuchs Bauer in einer gutbürgerlichen, deutsch-patriotischen, jüdischen Familie auf. Seine Kindheit muss nicht allzu glücklich gewesen sein. Unter der autoritären Erziehung des Vaters<sup>4</sup> scheint der junge Bauer gelitten zu haben. Doch der Sohn ging schon früh im

Widerspruch zum politikabstinenten Vater<sup>5</sup> seine eigenen Wege. Siebzehnjährig trat der Gymnasiast der SPD bei. Als Student der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften in Heidelberg, München und Tübingen war er aktives Mitglied des *Bundes Freier Wissenschaftlicher Vereinigungen* (B.F.W.V.). Der 1881 gegründete Bund war die „erste anti-antisemitische Studentenorganisation“<sup>6</sup> im Kaiserreich. Sie kämpfte vor allem gegen die an den Universitäten grassierende Judenfeindschaft. Die „Bundesbrüder“ pflegten das deutsche Kulturgut und wandten sich gegen die Politisierung der Universitäten. In einem Beitrag mit dem Titel „Hochschule und Politik“<sup>7</sup> sprach sich Bauer gegen den deutsch-nationalen Heinrich von Treitschke und gegen die „staatliche Durchdringung des ganzen Kulturlebens“, gegen die Politisierung der Wissenschaften aus. Bereits in diesem ersten überlieferten Text Bauers aus dem Jahr 1921 zeigt sich seine anti-etatistische Haltung. Niemals dürfe „die Existenzberechtigung der Wissenschaft“, später wird er vermehrt vom Recht sprechen, „nur auf der Arbeit für den Staat, seine Macht und sein Wachstum als der höchsten der irdischen Aufgaben“ beruhen. Der Staat sei „als solcher nicht Höchstes und Letztes“, sondern „nur Mittel zum Zweck“.<sup>8</sup>

1924 legte Bauer die 1. Staatsprüfung ab. Während seines Referendariats promovierte er an der Heidelberger Universität bei Karl Geiler (1878–1953) über *Die rechtliche Struktur der Truste*<sup>9</sup> und legte 1928 die 2. Staatsprüfung ab. Nach den obligatorischen Stationen des Hilfrichters und Hilfsstaatsanwalts wurde er im April 1930 Richter beim Amtsgericht Stuttgart. Sein Beitritt in den *Republikanischen Richterbund* und seine Mitgliedschaft in der Republik-Schutzorganisation *Reichsbanner Schwarz-Rot-Gold* zeugen von Bauers Willen, die Weimarer Republik gegen ihre Feinde zu verteidigen. Das 1924 gegründete *Reichsbanner* hatte, wie Bauer in einem Beitrag formulierte, das „Ziel [...], alle auf dem Boden der Republik und der Weimarer Verfassung stehenden Kriegsteilnehmer zum Schutz

\* Der Autor war vom Gründungsjahr 1995 bis 2016 wissenschaftlicher Mitarbeiter am Fritz Bauer Institut, Frankfurt am Main.

1 Bauer an Wolf, Januar 1966 (Hamburger Institut für Sozialforschung, Archiv, Nothilfe Birgitta Wolf, NBW 001).

2 S. Bauer, Auf der Suche nach dem Recht, 1966.

3 Bauer, Im Kampf um des Menschen Rechte (1955), in: Bauer, Kleine Schriften. Hrsg. v. Foljanty/Johnst, 2018, Bd. 1, S. 446 [fortan: KS].

4 S. Bauer an Harlan, in: Renz (Hrsg.), „Von Gott und der Welt verlassen“. Fritz Bauers Briefe an Thomas Harlan, 2015, S. 70.

5 S. Bauers autobiografischen Text (Fn. 3), S. 447; ebenso KS, Bd. 2, S. 1229.

6 Voigts (Hrsg.), Freie Wissenschaftliche Vereinigung, 2008, S. 5.

7 Bauer, Hochschule und Politik (1921), in: KS, Bd. 1, S. 57.

8 Bauer, (Fn. 7).

9 Bauer, Die rechtliche Struktur der Truste. Ein Beitrag zur Organisation der wirtschaftlichen Zusammenschlüsse in Deutschland unter vergleichender Heranziehung der Trustformen in den Vereinigten Staaten von Amerika und Rußland, 1927.

der Republik und ihrer Einrichtungen zusammenzufassen<sup>10</sup>. Obgleich kein Kriegsveteran, gehörte Bauer zu den Kräften, die wehrhaft für den Erhalt der Demokratie eintraten. Im *Reichsbanner* exponierte er sich. Als 1. Vorsitzender des Stuttgarter Ortsvereins organisierte er den Widerstand gegen die extremistischen Bedrohungen von rechts. Als Ende Januar 1933 Adolf Hitler an die Macht gekommen war und die ersten NS-Gesetze erlassen worden waren, war das Schicksal des Sozialdemokraten und Juden besiegelt. Bauer wurde im März 1933 im Amtsgericht verhaftet und in das KZ Heuberg auf der Schwäbischen Alb verbracht. Im November desselben Jahres, inzwischen in das Ulmer Garnisonsarresthaus verlegt, kam er frei. Er und sieben andere Sozialdemokraten konnten ihre Freiheit nur erlangen, indem sie einen Revers, eine Verpflichtungserklärung unterschrieben. Die NS-Presse schlachtete den Vorgang aus und veröffentlichte in mehreren Gazetten ein „Treuebekenntnis einstiger Sozialdemokraten“. Der Wortlaut der erzwungenen Erklärung ist ein kluges Bekenntnis nicht zum Regime, sondern zum deutschen Volk, „zur deutschen Ehre und Friedensliebe“. Schlau meinten die ohnmächtigen „Schutzhaftgefangenen“, der von Hitler propagierte „Kampf um das Leben des deutschen Volkes“ schließe „kriegerische Absichten“ aus und die Unterzeichner stünden „in dem Kampf um Ehre und Frieden vorbehaltslos auf der Seite des Vaterlandes“.<sup>11</sup>

Nach seiner Entlassung, der Observation und den Nachstellungen der Gestapo ausgesetzt, entschied sich Bauer im Frühjahr 1936 zur Emigration. In Dänemark fand er Zuflucht und geriet wegen einer Personenverwechslung alsbald ins Visier der dänischen Fremdenpolizei. Bauer wurde beschattet und die Beamten gaben zu Protokoll, er verkehre mit Männern. Aufs Revier geladen und verhört, gestand Bauer die Kontakte ein und versprach, sich fürderhin zu enthalten. Wichtig für den Flüchtling war, dem jederzeit die Abschiebung drohte, dass sich ein Hilfskomitee und prominente dänische Sozialdemokraten für ihn einsetzten. Als im Mai 1940 die Wehrmacht Dänemark besetzte, tauchte Bauer zeitweise unter, überstand Verhaftungen und Gefängnisaufenthalte und sah sich im Oktober 1943 gezwungen, nach Schweden zu fliehen. Den Juden Dänemarks und den jüdischen Emigranten war zu Ohren gekommen, dass die Besatzer planten, sie zu deportieren. In einem Fischerboot gelang es Bauer samt seinen Eltern und der Familie seiner Schwester von Rørvig über den Kattegat nach Mölle/Schweden zu fliehen.<sup>12</sup>

In Schweden konnte sich Bauer wissenschaftlich und politisch betätigen. Er war Assistent am Sozialwissenschaftlichen Institut der Universität Stockholm, Mitglied der Exil-SPD-Gruppe, begegnete Willy Brandt und gründete mit ihm die Zeitschrift *Sozialistische Tribüne*. Er verfasste das Werk *Die Kriegsverbrecher vor Gericht*, das auf Schwe-

disch 1944 und auf Dänisch und Deutsch 1945 erschien. Das von Völkerrechtlern hierzulande wenig beachtete Buch<sup>13</sup> verfocht entschieden die Forderung, die deutschen Kriegsverbrecher hätten sich um der Erziehung und Unterrichtung des deutschen Volkes willen zu verantworten. Das deutsche Volk, so Bauer, brauche „eine Lektion im geltenden Völkerrecht“, ihm müssten „die Augen“ geöffnet werden „für das, was geschehen ist“, ihm müsste eingepägt werden, „wie man sich zu benehmen hat“.<sup>14</sup> Die zu verhängenden Strafen in den anstehenden Kriegsverbrecherprozessen waren Bauer „ein Mittel, die Rechtsauffassung des Volkes zu klären und zu vertiefen“. Wichtig war ihm die Feststellung der Verbrechen „und die Aufrechterhaltung der Normen, die die Gemeinschaft zum Schutz ihrer Existenz und Entwicklung aufgestellt hat. Die Wirklichkeit dieser Normen, das geltende Recht muss unterstrichen werden“.<sup>15</sup> Mit Claus Kreyß sind in Bauers Werk „Anklänge an eine moderne auf die Sicherung der Normgeltung ausgerichtete expressive Straftheorie“<sup>16</sup> zu lesen.

Nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs ging Bauer zunächst nach Dänemark zurück. Er arbeitete in der Preis- und Monopol-Abteilung des Handelsministeriums und betreute, vermutlich ehrenamtlich, gestrandete deutsche Vertriebene aus dem Osten des untergegangenen Dritten Reiches. In der von der „dänischen Flüchtlings-Administration in Zusammenarbeit mit deutschen Demokraten in Dänemark“ (Impressum) herausgegebenen Zeitung *Deutsche Nachrichten* publizierte er eine Vielzahl von Artikeln. Die Leserschaft galt es zu entnazifizieren und auf einen Neubeginn in einem demokratischen Deutschland vorzubereiten. Bauers Artikel zeigen uns einen streitbaren Patrioten, dessen sozialpädagogisches Anliegen war, die ins Verderben gestürzten Deutschen zu zukunftsfähigen Demokraten zu erziehen. Anlässlich des ersten „Todestags des Deutschen Reiches“ meinte er im Mai 1946 mit Blick auf den laufenden Prozess gegen die sogenannten Hauptkriegsverbrecher in Nürnberg, „die ungeheuren und noch nie dagewesenen Verbrechen“ der „Nazis“ verlangten eine entschiedene Antwort der Deutschen selbst. Bauer sprach sich für eine umfassende Selbstreinigung aus. „[K]einerlei Pardon“ werde „das demokratische Deutschland [...] den Nazis“ geben. Es werde „schonungslos von den nazistischen Verbrechen abrücken“ und die „Möglichkeit“ eines „sittlichen und kulturellen Neuaufbaus“ ergreifen. Die umfassende Aufarbeitung der präzedenzlosen Verbrechen war Bauer keine „Nestbeschmutzung“, wie es damals so gleich hieß, sondern der einzige Weg für die Deutschen, eines fernen Tages wieder in die Völkergemeinschaft zurückkehren zu können.

10 Bauer, 1924–1968 (1968), in: KS, Bd. 2, S. 1619.

11 Siehe den Abdruck des „Treuebekenntnisses“ in: Backhaus/Boll/Gross (Hrsg.), Fritz Bauer, 2014, S. 116.

12 S. die Erinnerung von Bauers Neffen Rolf Tiefenthal, in: Backhaus/Boll/Gross (Hrsg.) (Fn. 11), S. 79 f.

13 Kreyß, Zu Fritz Bauers „Die Kriegsverbrecher vor Gericht“, in: Jeßberger/Vormbaum/Burghardt (Hrsg.), FS Werle, 2022, S. 587–598; siehe auch Huhle, Von Nürnberg nach Frankfurt? Fritz Bauer und die internationale Strafjustiz, in: Einsicht 10, 2013, S. 34–41.

14 Bauer, Die Kriegsverbrecher vor Gericht, 1945, S. 211.

15 Bauer, Die Kriegsverbrecher vor Gericht, 1945, S. 205.

16 Kreyß, in: Jeßberger/Vormbaum/Burghardt (Hrsg.), (Fn. 13), S. 595.

So sehr Bauer Nürnberg befürwortete und als „Meilenstein in der Geschichte der Menschheit“<sup>17</sup> begriff, so sehr beklagte er, dass nicht Deutsche über Deutsche zu Gericht gesessen hätten. „Deutsche Antinazisten bedauern, dass die Verurteilung der nazistischen Verbrecher durch alliierte und nicht durch deutsche Gerichte erfolgt. [...] Sie bedauern es, weil deutsche Gerichte Gelegenheit gehabt hätten, klar und deutlich der Weltöffentlichkeit zu zeigen, dass das neue Deutschland wieder ein Rechtsstaat geworden ist, der mit einer rechtlosen Vergangenheit bricht und die nazistischen Vorstellungen, Macht sei Recht, verflucht.“<sup>18</sup>

Nachdem sich Westdeutschland das Grundgesetz gegeben hatte, entschied sich Bauer zur Rückkehr. Seinen Schritt begründete er folgendermaßen: „Ich bin zurückgekehrt, weil ich glaubte, etwas von dem Optimismus und der Gläubigkeit der jungen Demokraten in der Weimarer Republik, etwas vom Widerstandsgeist und Widerstandswillen der Emigration im Kampf gegen staatliches Unrecht mitbringen zu können. Die Erfahrungen konnten Früchte tragen, die in demokratischen und sozialen Rechtsstaaten des Auslandes zu sammeln möglich gewesen ist.“<sup>19</sup>

Bauer fand Arbeit im Justizdienst. Für kurze Zeit als Landgerichtsdirektor beim Landgericht Braunschweig, 1950 sodann als Generalstaatsanwalt beim dortigen Oberlandesgericht. Der Oberlandesgerichtsbezirk Braunschweig war klein. Bauer unterstand nur die Braunschweiger landgerichtliche Staatsanwaltschaft.

Bereits in seiner Antrittsrede hob Bauer unter Berufung auf das Grundgesetz hervor, dass der „republikanische, demokratische und soziale Rechtsstaat [...] von uns [...] täglich neu erobert werden“<sup>20</sup> müsse. Der strafrechtskritische Generalstaatsanwalt forderte ein „demokratisches und soziales Strafrecht“ ein und meinte unter Berufung auf Franz von Liszt, man müsse (und hier zeigt sich sein immer wieder aufscheinendes utopisches Moment) „im Staatsanwalt der Zukunft eine Art Sozialbeamten, sozialen Diagnostiker und sozialen Therapeuten, nicht nur einen sozialen Chirurgen“<sup>21</sup> sehen.

Kaum ein Jahr im Amt, zog Bauer ein bei der Staatsanwaltschaft Braunschweig anhängiges Verfahren gegen Otto Ernst Remer an sich. Remer war Kommandeur des Wachbataillons Großdeutschland in Berlin gewesen und maßgeblich an der Verhaftung der Männer des 20. Juli beteiligt. Als 2. Vorsitzender der 1949 gegründeten (und 1952 verbotenen) *Sozialistischen Reichspartei* (SRP) hatte Remer in Wahlkampfreden die Widerstandskämpfer des 20. Juli als vom Ausland bezahlte Landesverräter diffamiert. Vorsätzlich hätten sie dem Wohl des Deutschen Reiches durch ihr Attentat auf Hitler Schaden zugefügt. Ein Mitglied der ersten Bundesregierung, Innenminister Robert Lehr (CDU)

(1883–1956), der im Widerstand gegen Hitler gewesen war, stellte Strafantrag gegen Remer. Angehörige von Widerständlern schlossen sich der Strafanzeige an. Die Tatvorwürfe Beleidigung und Verleumdung (§§ 185 und 187 StGB) sollten gerichtlich geklärt werden. Doch der Leiter der landgerichtlichen Staatsanwaltschaft in Braunschweig lehnte die Anklageerhebung gegen Remer ab. Bauer zog deshalb das Verfahren an sich und klagte den Alt-Nazi an. Dabei verfolgte er ein Konzept, das er später auch im Frankfurter Auschwitz-Prozess praktizieren ließ. Nebenkläger traten auf und sagten über die Ziele und Absichten der Hitler-Attentäter aus. Bauer bestellte auch Gutachten bei Sachverständigen. Vormalige hochrangige Wehrmachtangehörige schilderten die militärische Lage im Sommer 1944. Theologen machten Ausführungen zum Thema Eid, Juristen sprachen über Befehlsgehorsam und vorgeblich gebrochene „Führertreue“. Es ging darum, den Tatvorwurf des Landesverrats zu entkräften. In seinem Schlussvortrag, der bundesweit größte Aufmerksamkeit fand, vertrat Bauer die Auffassung, der Widerstand gegen Hitler, gegen einen Unrechtsstaat, sei eine legitime und historisch notwendige Notwehrhandlung von Patrioten gewesen. Stauffenberg und seine Mitstreiter hätten ihr Vaterland in einer bereits aussichtslosen militärischen Lage vor dem totalen Untergang retten wollen. Das Recht auf Widerstand gegen einen Staat, der fortwährend die elementarsten Freiheits- und Menschenrechte verletzte, galt es nach Bauer anzuerkennen, zu legitimieren.<sup>22</sup> Geradezu klassisch wurde sein Satz, „ein Unrechtsstaat wie das Dritte Reich“ sei „überhaupt *nicht hochverratsfähig*“.<sup>23</sup> Neben seiner Tätigkeit als oberster Ankläger war Bauer auch publizistisch und justizreformerisch aktiv. Ihm ging es um eine grundlegende Reform des geltenden Strafrechts und des Strafvollzugs. Als die Bundesregierung 1954 die Große Strafrechtskommission einrichtete, wurde er allerdings nicht berufen. Ob die SPD ihren progressiven Justizjuristen vorschlug, ist nicht bekannt. Anzunehmen ist freilich, dass Bauer nicht wenigen in seiner Partei zu radikal war. Seine Ablehnung des überkommenen Schuldstrafrechts teilten nicht viele.<sup>24</sup> Bauer war ein Verfechter der Bewegung der Sozialen Verteidigung und verwarf den Schuldbegriff. Sühne und Vergeltung waren ihm keine rationalen Strafzwecke. Sein Anliegen war die Humanisierung des Rechts. In Besserung und Resozialisierung von Delinquenten durch erzieherische Maßnahmen und Behandlung sah er die sozialkonstruktive Aufgabe einer humanen Rechtspflege.

Sein als „Hauptwerk“ bezeichnetes Buch „Das Verbrechen und die Gesellschaft“ (1957) fand indes wenig Resonanz. Sein deterministischer Ansatz, seine Ablehnung der Wil-

17 Bauer, Nürnberg (1946), in: KS, Bd. 1, S. 204.

18 Bauer, „Recht oder Unrecht ... mein Vaterland“ (1946), in: KS, Bd. 1, S. 200.

19 Bauer, Umfrage: Warum sind Sie zurückgekehrt? (1964), in: KS, Bd. 2, S. 933 f.

20 Bauer, Der Kampf ums Recht (1950), KS, Bd. 1, S. 298.

21 Bauer, (Fn. 20), S. 300.

22 Fröhlich, „Wider die Tabuisierung des Ungehorsams“. Fritz Bauers Widerstandsbegriff und die Aufarbeitung von NS-Verbrechen, 2006.

23 Bauer, Eine Grenze hat Tyrannenmacht (1952), in: KS, Bd. 1, S. 334.

24 Siehe Worm, SPD und Strafrechtsreform. Die Stellung der sozialdemokratischen Partei Deutschlands zur Strafrechtsreform unter Berücksichtigung ihrer Wandlung von einer Klassenkampfpartei zur Volkspartei, 1968.

lensfreiheit und des Schuldbegriffs stießen auf Kritik. Kein Geringerer als Herbert Jäger, der eng mit Bauer zusammengearbeitet hatte und nach Bauers frühem Tod anlässlich der Herausgabe von einschlägigen Aufsätzen Bauers<sup>25</sup> eine „Gesamtausgabe“ seiner Werke für wünschenswert erachtet hatte, musste später erkennen, dass Bauers Kriminologie wissenschaftlich veraltet war.<sup>26</sup> In seiner „Erinnerung an Fritz Bauer“ meinte Jäger 1993, dass Bauers „Bücher, zahlreichen Aufsätze, publizierten Vorträge [...] von nur zeitgebundener Bedeutung“ seien, sein Hauptwerk „mit seinem Empirismus heute wissenschaftlich überholt“<sup>27</sup> sei. Wenn heute von Bauer als überragender historischer Gestalt der frühen Bundesrepublik mit gutem Grund die Rede ist, so ist nicht der Rechtswissenschaftler, sondern der Aufklärer, der leidenschaftliche Demokrat, der streitbare Kämpfer für die Menschenrechte gemeint. Einzig seine Hagiografen wollen sich mit dieser außerordentlichen Bedeutung Bauers nicht begnügen.<sup>28</sup>

## B. NS-Prozesse als Mittel der historischen Aufklärung

1956 berief Georg-August Zinn, Ministerpräsident und Justizminister in Personalunion, Bauer ins rote Hessen. Als Generalstaatsanwalt waren ihm neun landgerichtliche Staatsanwaltschaften nachgeordnet. Auch unterstanden ihm, was dem ehemaligen KZ-Häftling ein wichtiges Anliegen war, die Strafvollzugsanstalten. In Hessen hatte Bauer den Freiraum, auch in Sachen NS-Verbrechen tätig zu werden. Er leitete Ermittlungsverfahren gegen NS-Täter wie Martin Bormann, Gestapo-Chef Heinrich Müller und den Auschwitz-SS-Arzt Josef Mengele ein. Als die österreichische Justiz ein Verfahren gegen Adolf Eichmann u. a. nach Bonn abgab, ergriff Bauer die Gelegenheit und ließ im Herbst 1956 über den Generalbundesanwalt durch den Bundesgerichtshof nach § 13a StPO den Gerichtsstand bestimmen. Der BGH bestimmte das Landgericht Frankfurt am Main, sodass die landgerichtliche Staatsanwaltschaft ein Ermittlungsverfahren einleiten konnte. Im Verlauf des Vorverfahrens wurde im April 1957 ein hochrangiger Mitarbeiter Eichmanns, Hermann Krumej verhaftet. Auf einer Pressekonferenz bekannt gemacht, gelangte die Meldung über die Festnahme bis nach Argentinien und führte dazu, dass ein deutscher Emigrant auf die Spur Eichmanns stieß. Seine Kenntnisse leitete er der Frankfurter Justiz zu.<sup>29</sup>

Bereits zu Beginn der systematischen Aufklärung der nationalsozialistischen Verbrechen wurde das Ende der

NS-Prozesse avisiert. Die von Politik und Justiz als politisch und moralisch geboten erachtete Errichtung der Zentralen Stelle<sup>30</sup> erfolgte Ende 1958 mit einer klaren Zielsetzung. Die begrenzte Aufgabe der Vorermittlungsstelle war, bis zum Ablauf der 20-jährigen Verjährungsfrist für Mord und Mordbeihilfe im Jahr 1965 die bis dato unbekannt NS-Verbrechen aufzuklären und die noch unentdeckten Täter zur Verantwortung zu ziehen. Politik und Justiz sahen nach Jahren des Stillstands Handlungsbedarf, nachdem in der zweiten Hälfte der 1950er Jahre Verfahren wie der sogenannte Ulmer Einsatzgruppenprozess (April bis August 1958) vor Augen geführt hatten, dass erhebliche Versäumnisse nachzuholen waren. Der selbstgerechte Glaube, mit den Verfahren der Alliierten und wenigen Prozessen vor (bundes-)deutschen Gerichten gegen Einzeltäter<sup>31</sup> sei der Gerechtigkeit Genüge getan, hatte sich als falsch erwiesen. Er musste der selbstkritischen Erkenntnis weichen, dass die NS-Verbrechen längst nicht aufgeklärt, die NS-Verbrecher längst nicht belangt worden waren.

Die im württembergischen Ludwigsburg angesiedelte Behörde sollte gemäß einer Verwaltungsvereinbarung der Landesjustizminister und -senatoren Tatkomplexe aufklären und Hauptverantwortliche ermitteln. Bewusst war auch den ahnungswilligsten Rechtspolitikern und Justizjuristen angesichts der limitierten Kapazitäten der Strafjustiz, dass der Auftrag begrenzt werden musste. Generalbundesanwalt Max Güde (CDU) drückte es in einem Vortrag im Oktober 1958 klar und deutlich aus. Bei allen berechtigten Erfordernissen der „Gerechtigkeit“ drängten sowohl „praktische Klugheit [...] wie auch die Besinnung auf ein billiges Maß“ dazu, „sich auf die Ermittlung und Verfolgung der unerträglich schweren Taten und Täter zu beschränken“. Die „großen Untaten der Vergangenheit“ müssten aber „aufgedeckt“ und die „Verantwortlichen abgeurteilt werden“, denn es gelte, „eine gerechte Ordnung“ wiederherzustellen, „damit die Geltung des Rechts wieder glaubwürdig ist, damit die friedensstiftende Wirkung des durchgesetzten Rechts sichtbar wird“.<sup>32</sup>

Bauer meinte im November 1958, „einer umfassenden strafrechtlichen Bereinigung“ seien „15 bis 20 Jahre seit den schrecklichen Geschehnissen [...] Grenzen gesetzt, nicht aber einer Feststellung und möglichst allseitigen Erkenntnis der Wahrheit“.<sup>33</sup> Er sprach sich dafür aus, die Zentrale Stelle nicht nur mit Staatsanwälten und Kriminalbeamten auszustatten, sondern auch „für eine Reihe von Ermittlungen einige zeitgeschichtlich interessierte Historiker vorzuziehen“.<sup>34</sup> Offensichtlich ging es ihm nicht allein um die strafrechtliche Verfolgung und Ahndung der Verbrechen, mithin um die Aburteilung von schuldig gewor-

25 *Bauer*, Vom kommenden Strafrecht, 1969.

26 So Jäger 1996 an Wojak, in: *Wojak*, Fritz Bauer 1903–1968. Eine Biographie, 2009, S. 23.

27 *Jäger*; Erinnerung an Fritz Bauer, StV 1993, S. 390.

28 S. *Rautenberg*, Fritz Bauer: Das Verbrechen und die Gesellschaft, NJ, 2016, S. 316.

29 S. *Renz*, Anmerkungen zur Entführung Adolf Eichmanns, ZfG 2019, S. 1031.

30 *Weinke*, Eine Gesellschaft ermittelt gegen sich selbst. Die Geschichte der Zentralen Stelle Ludwigsburg 1958–2008, 2008.

31 *Eichmüller*, Keine Generalamnestie. Die Strafverfolgung von NS-Verbrechen in der frühen Bundesrepublik, 2012.

32 *Güde*, Justiz im Schatten von gestern. Wie wirkt sich die totalitäre Vergangenheit auf die heutige Rechtsprechung aus?, 1959, S. 16.

33 *Bauer*, Mörder unter uns! (1958), in: KS, Bd. 1, S. 531.

34 *Bauer*, (Fn. 33), S. 531.

denen Tatbeteiligten. Ihm war vor allem die Sachverhaltsaufklärung, die Erforschung der historischen Wahrheit von Wichtigkeit. Exemplarische Strafprozesse gegen ausgewählte NS-Täter, die „an der Vernichtung beteiligt waren; nicht gegen die kleinen Leute, sondern gegen die maßgebliche Schicht, die den Befehl Hitlers zur ‚Endlösung der Judenfrage‘ durchgeführt hat“<sup>35</sup>, strebte Bauer mithin an. „Gesamtkomplexe“ waren „aus dem historischen Geschehen herauszuschälen“ und ihr „genaue[r] Ablauf zu klären“. Es galt, den „vielschichtige[n] Täterkreis“ festzustellen, „wobei nicht nur an die Werkzeuge und Handlanger in den untersten Rängen, sondern auch an die geistigen Urheber gedacht werden muß“<sup>36</sup>.

Die Verfolgung und Ahndung der NS-Verbrechen waren fraglos ein Schwerpunkt in Bauers Arbeit. Die einen bewerten sie als „den wichtigsten Komplex“<sup>37</sup> seiner Tätigkeit, die anderen meinen, „in der Aufklärung nationalsozialistischer Verbrechen [...] das Hauptgewicht von Fritz Bauers beruflichem und menschlichem Einsatz [...] sehen zu wollen [...] wäre falsch“<sup>38</sup>. Ganz sicher verstand sich Bauer nicht als „Nazi-Jäger“. Das heute so gängige mediale Bild, insbesondere durch Spiel- und Dokumentarfilme hervorgerufen, ist verfehlt. Das Bedürfnis nach Vergangenheitshelden hat augenscheinlich dazu geführt, Bauer zum unerbittlichen und unerschrockenen Verfolger von NS-Verbrechern zu ikonisieren. Unrichtig ist auch die Mär, Bauer sei hauptsächlich von Feinden umgeben gewesen und habe selbst in der hessischen Justiz nur gegen Widerstände kämpfen müssen.

Bei seinem Tun in Hessen hatte Bauer Rückendeckung durch Wiesbaden. In seiner Behörde standen ihm loyale Mitarbeiter zur Verfügung.<sup>39</sup> Die allerorten kenntnislos zitierten Aussprüche, er befinde sich im feindlichen Ausland, wenn er sein Büro verlasse<sup>40</sup> und er lebe in der Justiz wie im Exil<sup>41</sup>, müssen daher ins rechte Licht gerückt, müssen kontextualisiert werden.<sup>42</sup>

Als Bauer Anfang 1959 die Gelegenheit ergriff, durch den BGH in Sachen Auschwitz den Gerichtsstand bestimmen zu lassen, hatte er nicht nur die Unterstützung seines Dienstherrn, er hatte auch junge Staatsanwälte zur Hand, die die Ermittlungen gegen NS-Täter entschieden aufnahmen.<sup>43</sup> Dass Bauers Übernahmefreudigkeit bei Justizjuristen, mögen es Leiter der landgerichtlichen Staatsanwaltschaften,

Landgerichtspräsidenten oder Richter bei den Landgerichten gewesen sein, nicht auf uneingeschränkte Zustimmung traf, ist naheliegend. Justizökonomische Erwägungen angesichts des vorhandenen Personals und des Umfangs der bevorstehenden Komplexverfahren spielten naturgemäß eine Rolle.

Bauer brachte nicht nur das Auschwitz-Verfahren in Gang, er ließ auch gegen das Personal ermitteln, das die Krankenmorde, euphemistisch „Euthanasie“ genannt, begangen hatte.<sup>44</sup> Er versuchte ebenso, die Generalstaatsanwälte und Oberlandesgerichtspräsidenten zur Verantwortung zu ziehen, die 1941 die Morde an Insassen von Heil- und Pflegeanstalten stillschweigend bestätigt hatten.<sup>45</sup> Die Spitzen der deutschen Justiz akzeptierten kommentarlos die Aufforderung von Franz Schlegelberger, Staatssekretär im Reichsjustizministerium, Eingaben und Strafanzeigen bezüglich der „Gnadentod“-Morde unbearbeitet nach „oben“, an das Ministerium, weiterzuleiten. Keine Staatsanwaltschaft sollte Ermittlungen einleiten können.

Auch Verfahren gegen Angehörige von Einsatzkommandos und Polizei, die Juden in der besetzten Sowjetunion erschossen hatten, kamen durch Bauers Initiative zustande.<sup>46</sup> Wie datenbankgestützte Forschungen zu den bundesdeutschen NS-Verfahren ergaben, ragte Hessen bundesweit jedoch nicht hervor. Auch Bauer waren trotz aller Anstrengungen Grenzen gesetzt.<sup>47</sup>

Mit dem Urteil des LG München II im Demjanjuk-Verfahren 2011<sup>48</sup> kam die Deutung auf, eine von Bauer vertretene Rechtsauffassung habe eine Renaissance erlebt und sei erstmals angewandt worden. Aus Unkenntnis der NS-Prozesse der 1960er Jahre gegen einen Auschwitz-Arzt<sup>49</sup> und gegen Personal des Gaswagenlagers Kulmhof/Chelmno<sup>50</sup> und der Vernichtungslager der „Aktion Reinhardt“<sup>51</sup> meinten nicht wenige, das Demjanjuk-Urteil habe endlich die von Bauer vertretene (richtige) Rechtsansicht wiederbelebt. Bekanntlich war sie im Auschwitz-Prozess vom Tatgericht und 1969 vom Revisionsgericht verworfen worden. Zutreffend ist die Beobachtung, dass das Münchner Gericht das Erfordernis des Einzeltatnachweises unberücksichtigt ließ. Dem Angeklagten wurden die Transporte, mithin die Tötung der deportierten Juden, zugerechnet, die

35 Bauer, Das politische Gespräch (1964), KS, Bd. 2, S. 1049.

36 Bauer, (Fn. 33), S. 530.

37 Perels, Wider das juristische Erbe des Nationalsozialismus – Fritz Bauer und die Gründung der Zeitschrift Kritische Justiz, in: Backhaus/Boll/Gross (Hrsg.), (Fn. 11), S. 227.

38 Staff, Fritz Bauer (1903–1968). „Im Kampf um des Menschen Rechte“, in: Kritische Justiz (Hrsg.), Streitbare Juristen. Eine andere Tradition, 1988, S. 443.

39 S. OStA a. D. Warlo, in: Backhaus/Boll/Gross (Hrsg.), (Fn. 11), S. 179.

40 Einsele, in: Fritz Bauer. Eine Denkschrift, 1993, S. 21.

41 Wassermann, „Fritz Bauer (1903–1968)“, in: Glotz/Langenbuecher (Hrsg.), Vorbilder für Deutsche, 1974, S. 296.

42 Renz, Fritz Bauer und der Nachruhm, RuP 2019, 285.

43 Renz, Auschwitz vor Gericht, 2018, S. 28.

44 Warlo, NSG-Verfahren in Frankfurt am Main, in: Henrichs/Stephan (Hrsg.), Ein Jahrhundert Frankfurter Justiz, 1989, S. 155–183.

45 Schneider, Diener des Rechts und der Vernichtung. Das Verfahren gegen die Teilnehmer der Konferenz von 1941 oder: Die Justiz gegen Fritz Bauer, 2017.

46 S. Schäfer, „Jedenfalls habe ich auch geschossen“, 2007 und Hoffmann, Die Strafverfolgung der NS-Kriminalität am Landgericht Darmstadt, 2013.

47 Eichmüller, Die Juristische Aufarbeitung von NS-Verbrechen in Hessen, Einsicht (12), 2014, 42.

48 Demjanjuk-Prozess, LG München II, Urt. v. 12.5.2011, 1 Ks 115 Js 12496/08, in: JuNSV, Bd. XLIX, S. 221–383.

49 Kremer-Prozess, LG Münster, Urt. v. 29.11.1960, 6 Ks 2/60, in: JuNSV, Bd. XVII, S. 40.

50 Chelmno-Prozess, LG Bonn, Urt. v. 30.3.1963, 8 Ks 3/62, in: JuNSV, Bd. XXI, S. 332.

51 Treblinka-Prozess, LG Düsseldorf, Urt. v. 3.9.1965, 8 I Ks 2/64, in: JuNSV, Bd. XXII, S. 176.

während seiner Dienstzeit im Vernichtungslager Sobibor eingetroffen waren. Doch die Münchner Richter bewerteten das Vernichtungsgeschehen in dem Lager nicht als eine Tat, sondern betrachten die 16 während Demjanjuks Tätigkeit angekommenen Todeszüge als selbstständige Handlungen. Nicht anders verfuhr 1965 das Frankfurter Gericht. Es hatte die „Abwicklung“ eines Transports in Auschwitz als natürliche Handlungseinheit qualifiziert. Beteiligt an der „Abfertigung“, sprich: an der Selektion der deportierten Juden auf der Rampe, war aber nur, wem durch Zeugenaussagen (oder durch Geständnis) die aktive Beteiligung an Selektionen nachgewiesen werden konnte. Die Zugehörigkeit zur Selektionskommission und die eingestandene Anwesenheit auf der Rampe genügten dem Frankfurter Gericht im Fall der angeklagten SS-Ärzte nicht.

Anders als im Demjanjuk-Verfahren bewertete das LG Lüneburg im Prozess gegen Oskar Gröning das Gesamtgeschehen im Sommer 1944, als mit 147 Todeszügen innerhalb von acht Wochen 438.000 Juden aus Ungarn nach Auschwitz transportiert wurden, als eine Tat, als natürliche Handlungseinheit.<sup>52</sup> Diese Auffassung hatte Bauer im Hinblick auf die bevorstehende Entscheidung des BGH in Sachen Auschwitz-Urteil 1967 in der JZ<sup>53</sup> dargelegt. Bereits die Anklagevertretung im Auschwitz-Verfahren hatte den Antrag gestellt, die Angeklagten dahingehend zu belehren, dass „in ihrer Anwesenheit in Auschwitz eine natürliche Handlungseinheit gemäß § 73 StGB [heute § 52 StGB; W. R.] gesehen werden kann, die sich rechtlich, je nach den subjektiven Voraussetzungen im Einzelfall, als psychische Beihilfe oder Mittäterschaft zu einem einheitlichen Vernichtungsprogramm qualifiziert“<sup>54</sup>. Dienst in Auschwitz war für Bauer Mittäterschaft oder Beihilfe, sofern ein Angehöriger der SS-Personals in einer Funktionsstellung am Massenmordgeschehen mitgewirkt hatte. Genauso sahen es die Tatgerichte im Fall der Vernichtungslager in den 1960er Jahren. Selbst dem Buchhalter von Sobibor wurde als „funktionelle Mitwirkung“<sup>55</sup> zugerechnet, was in seiner Dienstzeit an Verbrechen begangen worden war.

Fritz Bauer wurde zurecht seit den 1990er Jahren der Vergessenheit entrissen. Verspätet begannen Justiz und Politik einen Mann zu würdigen, der sich für die bundesdeutsche Demokratie große Verdienste erworben hatte. Er war ganz und gar kein Generalstaatsanwalt „unter ferner liefen“.

Seine Reformbestrebungen in Sachen Strafrecht<sup>56</sup> (insbesondere Sexualstrafrecht<sup>57</sup>) und Strafvollzug<sup>58</sup> wurden erst in den 1970er Jahren eingelöst.

Die Rezeption von Bauers Werk<sup>59</sup> hat in den letzten Jahren kontrovers begonnen. Die Herausgabe seiner Kleinen Schriften, online frei<sup>60</sup> zugänglich, ermöglicht die Beschäftigung mit einem Juristen und Aufklärer, einem Reformers und Anwalt der Menschenrechte, der allerdings bei aller gebotenen Würdigung seines Lebenswerks der Hagiografie nicht bedarf.<sup>61</sup>

52 Gröning-Prozess, *LG Lüneburg*, Urt. v. 15.7.2015, 27 Ks 1191 Js 98402/13 (9/14), Urteilsausfertigung, Bl. 38 und BGH-Entscheidung v. 20.9.2016, in: BGHSt 61, S. 263, der über die konkurrenzrechtliche Frage nicht befand. S. auch Lüttig/Lehmann (Hrsg.), Die letzten NS-Verfahren. Genugtuung für Opfer und Angehörige – Schwierigkeiten und Versäumnisse der Strafverfolgung, 2017 und Vormbaum (Hrsg.), Spätverfolgung von NS-Unrecht, 2023.

53 *Bauer*, Ideal- und Realkonkurrenz bei nationalsozialistischen Verbrechen? (1967), in: KS, Bd. 2, S. 1568–1577.

54 Hessisches Hauptstaatsarchiv, Abt. 461, Nr. 37638, Bd. 125, 1. Anlage zum Protokoll vom 6.5.1965.

55 Sobibor-Prozess, *LG Hagen*, Urt. v. 20.12.1966, 11 Ks 1/64, in: JuNSV, Bd. XXV, S. 217.

56 *Ziemann*, Strafrecht für die neue Gesellschaft. Fritz Bauers Beitrag zur Strafrechtsreform, in: Rauschenberger/Steinbacher (Hrsg.), Fritz Bauer und „Achtundsechzig“, 2020, S. 102–120.

57 *Renz*, Wider die Sittenwächter. Fritz Bauers Kritik am überkommenen Sexualstrafrecht der 1950er und 1960er Jahre, in: Jahrbuch Sexualitäten 2017, S. 70–93.

58 *Päckert*, Fritz Bauer und die Reform des Strafvollzugs, in: Rauschenberger (Hrsg.), Rückkehr in Feindesland?, 2013, S. 203–213.

59 *Thiessen*, Zur schwierigen Rezeption eines Lebenswerks, JZ 2015, 1069.

60 *Bauer*, Kleine Schriften, 1853, abrufbar unter: [https://www.campus.de/e-books/wissenschaft/geschichte/fritz\\_bauer-15419.html](https://www.campus.de/e-books/wissenschaft/geschichte/fritz_bauer-15419.html)

61 *Burghardt*, Wiederentdeckung, Verklärung und Vereinnahmung – Bemerkungen zum Umgang mit Fritz Bauer, JJZG 2017, 15.

# Mit Rechtsprechung lernen – Ein Plädoyer für mehr studentischen Umgang mit Gerichtsentscheidungen

Henrik Noszka, Dublin\*

In der (universitären) juristischen Ausbildung wird oftmals von Dozierenden empfohlen, die Vorlesungen zu besuchen, Arbeitsgemeinschaften ernst zu nehmen und mit Skripten und bestenfalls Lehrbüchern den Stoff zu wiederholen oder (erstmalig) vertieft zu behandeln. Dabei kommt es nicht selten vor, dass Studierende aus ebendiesen Lehrbüchern oder Skripten Schemata oder Streitstände sklavisch auswendig lernen,<sup>1</sup> anstatt die zugrundeliegenden dogmatischen Überlegungen zu durchdringen. Das mag zwar zu Beginn des Studiums effektiv sein, verliert aber mit wachsender Stoffmenge schnell seine Wirkung und schafft sogar neue Probleme. Diese Herangehensweise bildet – vereinfacht gesagt – juristisches Wissen, schult jedoch nicht im juristischen Denken. Höchststrichterliche Urteile und Beschlüsse lösen Streitige Rechtsfragen oft dogmatisch sauber und anhand der anerkannten Auslegungsmethoden schulbuchartig. Zudem liefern sie Studierenden Definitionen und Formulierungsvorschläge, die in den (juristischen) Sprachgebrauch übernommen werden können, und zeigen in der Regel vorbildliche Subsumtionen. All das führt schon dazu, dass Studierende aus einem Urteil oder einem Beschluss mehr mitnehmen können als Wissen für „den Einzelfall“. Außerdem entfaltet eine Gerichtsentscheidung in der Regel auch mehr „Bindungswirkung“ als es auf den ersten Blick erscheinen mag. Der folgende Beitrag soll sich daher mit dem Mehrwert von Gerichtsentscheidungen in der juristischen Ausbildung beschäftigen und ein Plädoyer für das Studium ebendieser sein.

## A. Zur „Bindungswirkung“ von Gerichtsentscheidungen

Die Annahme, Gerichtsentscheidungen gelten nur für den Einzelfall, ist in ihrem Ausgangspunkt zunächst nicht zu beanstanden. Gerichtliche Entscheidungen entfalten aber auch über den einzelnen Sachverhalt hinaus Wirkung.<sup>2</sup>

\* Der Autor hat bis zur ersten Prüfung im Jahr 2021 an der Ruhr-Universität Bochum studiert und als studentische Hilfskraft bei Dr. Frank Rosenkranz gearbeitet, der eine Juniorprofessur ebenda innehatte. Gegenwärtig absolviert er einen LL.M. am Trinity College, Dublin.

1 Rosenkranz, JuS 2016, 294 = JuS Einsteigerheft 2016/2017, 1.

2 Wobei ihnen keine Rechtsquelleeigenschaft zuerkannt wird, z. B. Klein, JZ 2018, 64 (68).

## I. Bindung von Gerichten an ihre eigene Rechtsprechung<sup>3</sup>

Im Unterschied zum im Common Law geltenden Grundsatz des *stare decisis*,<sup>4</sup> der eine grundsätzliche Bindung von Präjudizien festlegt, steht es deutschen Gerichten im Grunde frei, ihre eigene Rechtsprechung jederzeit zu ändern.<sup>5</sup> Grenzen finden sich hierfür nur in seltenen Fällen: Zunächst haben Gerichte den allgemeinen Gleichheitssatz gemäß Art. 3 Abs. 1 GG zu beachten, was sich vorrangig aus Art. 1 Abs. 3 GG ergibt. Dieser Grundsatz der Rechtsanwendungsgleichheit garantiert, dass derselbe Spruchkörper vergleichbare Fälle nicht willkürlich unterschiedlich entscheidet und unterschiedliche Rechtsauffassungen vertritt.<sup>6</sup> Das schließt allerdings nicht aus, dass ein Gericht seine Rechtsprechung anlässlich eines konkreten Einzelfalles und für die Zukunft ändert, denn „aus dem Recht auf Rechtsanwendungsgleichheit (folgt) kein Anspruch auf Fortführung einer als nicht mehr richtig erkannten Rechtsprechung (...)“.<sup>7</sup> Rechtssicherheit erlangt der Einzelne allerdings über den Grundsatz des Vertrauensschutzes.<sup>8</sup>

## II. Bindung an die Rechtsprechung anderer Gerichte

Abgesehen vom gesetzlich geregelten Sonderfall des § 31 Abs. 1 BVerfGG, wonach Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts „die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden (binden)“, besteht keine allgemeine Bindung von Gerichten an die Rechtsprechung anderer Gerichte.<sup>9</sup> Eine Ausnahme dazu bildet allerdings Rechtsprechung, die sich durch tatsächliche Übung und Anerkennung als Gewohnheitsrecht etab-

3 Hierzu Klein, (Fn. 2), S. 64 ff.

4 Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, Rn. 255 f.; Möllers, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 3 Rn. 3 ff.

5 Klein, (Fn. 2), S. 64.

6 BVerfGE 86, 59 (62 f.).

7 Klein, (Fn. 2), 67; BVerfGE 19, 38 (47); siehe zur Gegenansicht Nachweise bei Rosenkranz, Die Beschränkung der Rückwirkung von Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs, 2015, S. 73.

8 Klein, (Fn. 2), S. 67; zur ausnahmsweisen Beschränkung: Rosenkranz, (Fn. 7).

9 Zum Umfang dieser Bindung beispielsweise, v. Ungern-Sternberg, in: Walter/Grünewald (Hrsg.), BeckOK BVerfGG, 12. Ed. 1.12.2021, § 31 Rn. 25 ff.

liert hat.<sup>10</sup> Überwiegend sind Gerichte aber frei darin, Normen anders auszulegen als andere – auch im Instanzenzug höher verortete – Gerichte.<sup>11</sup> Das bedeutet aber nicht, dass die Rechtsprechung anderer Gerichte nicht berücksichtigt werden muss; insoweit besteht eine verfassungsrechtlich abgesicherte Berücksichtigungspflicht.<sup>12</sup> Berücksichtigt ein Gericht eine (insbesondere etablierte) Rechtsprechung nicht, verkennt es, dass ebendiese Rechtsprechung die Auslegung einer Norm mitbestimmt. Die Nichtberücksichtigung führt also unter Umständen zur falschen Anwendung der geprüften Norm.<sup>13</sup> Um vor diesem Hintergrund eine unübersichtliche und insgesamt uneinheitliche Rechtsprechung zu vermeiden, wird die Einheitlichkeit der Rechtsprechung, der über Art. 95 Abs. 3 GG sogar Verfassungsrang zukommt, durch eine vertikale und horizontale Kontrolle sichergestellt:

Vertikal sichert die Einheitlichkeit der – in der Regel dreiteilige – Instanzenzug. Die Instanzenzüge sorgen zwar grundsätzlich<sup>14</sup> nicht dafür, dass untergeordnete Gerichte allgemein an die Rechtsauffassung des höherrangigen Gerichts gebunden sind. Nicht zu bestreiten ist aber eine durch die Instanz-Rechtsprechung vorgegebene „Leit- und Orientierungsfunktion“, die sich maßgeblich auf eine überzeugende rechtliche Begründung des entscheidenden Gerichts stützen wird. Auch verfahrens- und arbeitsökonomische Gedanken mögen hier eine Rolle spielen.<sup>15</sup>

Zudem besteht eine Absicherung in horizontaler Hinsicht: Verschiedene (gleichrangige) höhere Gerichte können eine Entscheidung im Regelfall nicht ohne weiteres treffen, wenn sie mit ihrer Rechtsauffassung von der Rechtsprechung eines anderen (gleich- oder höherrangigen) Gerichts abweichen, sog. Außendivergenz. Hält das Gericht, von dessen Rechtsprechung abgewichen werden soll, an dieser fest, so ist im Zwischenverfahren die Frage entweder an das Gericht höherer Instanz oder aber – sofern es sich um Bundesgerichte handelt – an den vereinigten Großen Senat zu Klärung abzugeben. Eine Entscheidung ist dann für den Einzelfall verbindlich. Will das änderungswillige Gericht hingegen erneut in anderen Fällen abweichen, muss es auch erneut vorlegen.<sup>16</sup> Eine Vorlagepflicht besteht hingegen nicht bei einer sog. Innendivergenz auf Ebene von Land- oder Oberlandesgerichten: Hier weicht (nur) ein

Spruchkörper eines OLG von der Rechtsauffassung eines anderen Spruchkörpers desselben OLG ab.

### III. Bindung des Gesetzgebers an Gerichtsentscheidungen

Der Gesetzgeber ist – mit Ausnahme der bindenden Interpretationen des GG durch das Bundesverfassungsgericht nach § 31 Abs. 1 BVerfGG – grundsätzlich nicht an Gerichtsentscheidungen gebunden.

### IV. Bindung der Verwaltung an Gerichtsentscheidungen

Ob und wie weit die Verwaltung an (höchstgerichtliche) Rechtsprechung gebunden ist, ist ein vieldiskutiertes Thema.<sup>17</sup> Die Beantwortung dieser Frage hängt auch damit zusammen, ob Entscheidungen Rechtsquelleneigenschaft zuerkannt wird. Denn die Exekutive ist nach Art. 20 Abs. 3 Hs. 2 GG an Recht und Gesetz gebunden. Geht man mit der herrschenden Meinung und verneint die Bindung, besteht nur an Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und an (durch Rechtsprechung mitetabliertes) Gewohnheitsrecht eine Bindung, da sie „Gesetze“ i.S.v. Art. 20 Abs. 3 Hs. 2 GG darstellen.<sup>18</sup> Jedoch gilt für die Verwaltung auch die oben genannte Berücksichtigungspflicht. Eine Auslegung einer Norm, ohne die Rechtsprechung im Blick zu haben, führt zur falschen Anwendung einer Norm.<sup>19</sup> Für die Staatsanwaltschaft hat der BGH 1960 entschieden, dass sie (sogar) an die gefestigte höchstgerichtliche Rechtsprechung gebunden ist.<sup>20</sup> Die Bindungswirkung wurde jedoch lediglich in einem *obiter dictum* erklärt.<sup>21</sup> Im Schrifttum stieß das *obiter dictum* auf Ablehnung.<sup>22</sup> Die Diskussion ist in den letzten Jahren abgeflacht, auch weil eine neue Entscheidung des BGH zu dieser Frage nicht ergangen ist.<sup>23</sup>

### V. Bindung von nicht staatlichen Rechtsanwendern

Die oben getroffenen Ausführungen betrafen allesamt staatliche Akteure. Doch Gerichtsentscheidungen entfalten Wirkung ebenso für (berufliche) Rechtsanwender. Diese Wirkung kann auf verfassungsrechtliche Berücksichti-

10 Rütters/Fischer/Birk, (Fn 4), Rn 232 ff.

11 Klein, (Fn. 2), S. 65.

12 Payandeh, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 259 ff., 289 ff., 327 ff.

13 Payandeh, (Fn. 12), S. 264.

14 Der BGH kann die Vorlagefrage mangels Entscheidungserheblichkeit zurückweisen, Huber; in: Graf (Hrsg.), BeckOK GVG, 19. Ed. 15.5.2023, § 121 Rn. 7.

15 Klein, (Fn. 2), S. 65.

16 Die Vorlagen an das höhere Gericht basieren auf § 121 Abs. 2 GVG. Bei einer Abweichung von der Rechtsprechung eines anderen OLGs oder eines höheren Gerichts, muss das OLG dem BGH die Frage vorlegen. Nicht vorlegen kann das OLG hingegen, wenn es von der Rechtsprechung desselben Gerichts abweicht, also der Rechtsauffassung eines anderen Senats. Dazu Zimmermann/Bales, JuS-Extra 2019, 8 ff. Die Vorlage an den Vereinigten Großen BGH Senat basiert auf § 132 GVG.

17 Ossenbühl, AöR 92 (1967), 478 ff.; Bettermann, in Fachinstitut der Steuerberater e. V. (Hrsg.), FS Meilicke, 1985, S. 1 (1 ff.).

18 BVerfGE 115, 97 (108) = BVerfG, NJW 2006, 1191 Rn 26.

19 Payandeh, (Fn. 12), S. 264.

20 BGH, NJW 1960, 2346 (2347).

21 Meyer-Ladewig, AcP 161 (1962), 97 (113).

22 Schmidt, MDR 1961, 269; Dünnebieber, JZ 1961, 312; zu den Argumenten im Einzelnen: Payandeh, (Fn. 12), S. 351 ff.

23 Vgl. Payandeh, (Fn. 12), S. 354, 351 ff.

gungspflicht zurückgeführt werden,<sup>24</sup> sie begründet sich aber letztendlich faktisch: Anwält\_innen müssen mit der aktuellen Rechtsprechung vertraut sein, wenn sie mandatiert tätig werden.<sup>25</sup> Zudem müssen sie sogar eine möglicherweise bevorstehende Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung in Rechnung stellen, sollte sich eine solche andeuten.<sup>26</sup> Verliert ein Rechtssuchender aufgrund der fehlenden Kenntnis des Rechtsberaters einen Prozess oder tritt ihn erst gar nicht an, macht sich der Rechtsberater unter Umständen Schadensersatzpflichtig.<sup>27</sup>

## B. Wie sind Gerichtsentscheidungen zu verstehen?

Gerichtsentscheidungen erfolgen im jeweiligen Einzelfall. Gerichte müssen, sobald sie angerufen wurden, entscheiden. Denn der Staat ist verpflichtet, gegen sein eigenes Handeln einen (effektiven) Rechtsschutz zu schaffen (Art. 19 Abs. 4 GG) und auch bei Streitigkeiten zwischen Privaten Rechtsschutzmöglichkeiten zu garantieren (Art. 20 Abs. 3 GG).<sup>28</sup>

Um eine Gerichtsentscheidung zu verstehen, muss zwischen ihrem äußeren Erscheinungsbild und ihrem Inhalt differenziert werden. Die äußere Gestalt wird von der jeweiligen Prozessordnung vorgegeben. Grundsätzlich lassen sich Entscheidungen in vier Einzelteile untergliedern: Das Rubrum<sup>29</sup>, das u. a. die Bezeichnung der Parteien und des Gerichts enthält, den Tenor (der Urteilsformel), dem Tatbestand und den Entscheidungsgründen.<sup>30</sup> Je nach Instanz, Entscheidungsform (Beschluss oder Urteil) und Rechtsmittel kann es kleinere Abweichungen geben. Wichtig ist aber, zu erkennen, dass der äußere Aufbau von Entscheidungen fixen Vorgaben folgt. Leitsätze hingegen sind strenggenommen kein zwingender Teil von Entscheidungen, werden aber von Gerichten (und Redaktionen) zur Vereinfachung an die Seite gestellt, um die Entscheidungssenz (leichter) zu verstehen.<sup>31</sup> Im Studium kann anhand von Leitsätzen ein erster Eindruck der Entscheidung gewonnen werden: Lohnt sich das Lesen? Passt sie zu meiner Recherche? Zudem kann in der Examensvorbereitung partiell nur auf die Leitsätze abgestellt werden. Etwa wenn

ein Studierender einen Überblick der aktuellen Rechtsprechung auf einem Nebengebiet erlangen will.

Inhaltlich hat eine Entscheidung das Ziel, die Entscheidungsgründe für Dritte nachvollziehbar erscheinen zu lassen.<sup>32</sup> Wenn dennoch Unklarheiten oder Verständnisschwierigkeiten bleiben, stehen in der Regel zwei Wege zur Auflösung offen: Einerseits kann sich extern um Hilfe bemüht werden. Eine Entscheidungsbesprechung oder Ähnliches kann hier dienlich sein. Die Unklarheit kann aber auch „entscheidungsintern“ gelöst werden: Denn einzelne Sätze der Begründung von Entscheidungen sind genau wie Gesetze auslegungsfähig. Dabei kann auf ähnliche Methoden zurückgegriffen werden, die schon von der Gesetzesauslegung bekannt sind: Vor allem der Wortlaut, die innere Systematik und die Genese sowie der Kontext der Entscheidung<sup>33</sup> und das Verhältnis zu anderen Entscheidungen<sup>34</sup> können hinzugezogen werden. Das Ziel dieser Auslegung ist jeweils das gerichtlich Entschiedene.<sup>35</sup> Allerdings ist noch beachtlich, dass richterliche Aussagen einen faktischen Hintergrund haben – diesem muss Rechnung getragen werden.<sup>36</sup> Demnach kann sich ein Streit, wie er bei der Gesetzesauslegung geführt wird<sup>37</sup> – nämlich ob es auf das vom Gesetzgeber damals Gewollte oder nicht vielmehr auf den objektiven Sinn des Gesetzes jetzt ankommt – hier nicht entfachen. Ziel der Auslegung ist es danach nur, das vom Gericht in der Entscheidung Vermittelte zu verstehen und nicht etwa eine alte Entscheidung im heutigen Kontext zu deuten.

## C. Fallbeispiel

Im letzten Schritt soll anhand einer Entscheidung des BGH<sup>38</sup> der Mehrwert des Studierens einer Entscheidung an den jeweiligen Stellen des Textes aufgezeigt werden. Zunächst zur Problematik des Falles, mit der sich der 3. Strafsenat auseinandersetzen musste: § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB nennt als taugliches Tatmittel, das die Qualifikation auslöst, neben der „Waffe“ das „andere gefährliche Werkzeug“. Dieses muss der Täter ausweislich des Wortlauts beim Diebstahl „bei sich führen.“ Der Gesetzgeber hat sich bei Schaffung dieser Norm in seiner Begründung auf § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB bezogen und möchte den Begriff des gefährlichen Werkzeugs identisch verstanden wissen.<sup>39</sup> Nach herkömmlichem Verständnis lässt sich das gefährliche Werkzeug in § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB definieren

24 Vgl. Payandeh, (Fn. 12), S. 259, 317.

25 Heermann in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl. 2023, § 675 Rn 31 m.w.N.

26 Heermann, (Fn. 25), § 675 Rn. 31.

27 Heermann, (Fn. 25), § 675 Rn. 33 ff.

28 Schulze-Fielitz in: Dreier (Hrsg.) Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl. 2015, GG Art. 20 (Rechtsstaat) [Verfassungsprinzipien; Widerstandsrecht] Rn. 211.

29 Der Begriff Rubrum stammt vom lateinischen Wort „das Rote“ ab, weil früher der Urteilskopf in rot verfasste wurde. Brockhaus Enzyklopädie, <https://brockhaus.de/ecs/enzy/article/rubrum-recht>, Abruf v. 30.06.2023.

30 Z.B. § 331 ZPO; §§ 267 ff. StPO; § 117 VwGO; das BVerfG enthält weniger Vorgaben hinsichtlich der Entscheidungsstrukturierung.

31 Reimer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 457, 460.

32 Saenger, in: Saenger (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 9. Aufl. 2021, § 313 ZPO Rn. 2.

33 Reimer, (Fn. 31), Rn. 467 f.; für eine gesetzesgleiche Auslegung: Lundmark/Herrmann, NJW 2020, 28 (30).

34 Payandeh, (Fn. 12), S. 462.

35 Reimer, (Fn. 31), Rn. 467.

36 Payandeh, (Fn. 12), S. 461 m.w.N.

37 Eingehend dazu Würdinger, JuS 2016, 1; Rosenkranz/Bastians/Noszka, JURA 2022, 83 (88 f.).

38 BGHSt 52, 257.

39 BT-Drs. 13/9064, 18.

als: Jeder bewegliche Gegenstand, der, als Mittel zur Herbeiführung einer Körperverletzung eingesetzt, nach seiner Beschaffenheit und nach der konkreten Art seiner Benutzung geeignet ist, erhebliche Körperverletzungen herbeizuführen.<sup>40</sup> Wer bis hierhin aufmerksam mitgelesen hat, wird gemerkt haben, dass der Verweis des Gesetzgebers fehlt. Während § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB bei der Definition des gefährlichen Werkzeuges maßgeblich auf die konkrete Art der Benutzung abstellt, so reicht es für das Auslösen der Qualifikation des § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB bereits aus, wenn das gefährliche Werkzeug (nur) mitgeführt wird. Eine Verwendung muss also gar nicht vorliegen. Der BGH hatte sich daher in dieser Entscheidung mit der Frage auseinanderzusetzen, wie – trotz fehlender Gesetzesbegründung – der Begriff des gefährlichen Werkzeuges in § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB zu definieren ist.

## I. Sachverhaltsfeststellung, Verfahrensgang und (Präzisierung der) Ausgangsfrage

Der BGH schildert zunächst den Verfahrensgang mitsamt der vom Amtsgericht ermittelten Sachverhaltsfeststellungen (sog. Prozessgeschichte). Bei der Verfahrenswiedergabe geht er regelmäßig chronologisch vor und beanstandet den vom Tatsachengericht festgestellten Sachverhalt grundsätzlich nicht, da er in der Regel nur rechtliche Punkte prüft.<sup>41</sup> Der Sachverhalt stellt sich in gebotener Kürze wie folgt dar:

Der Täter begab sich mit einem Taschenmesser in einen Lebensmittelmarkt, entfernte dort von Whiskeyflaschen in einem Nebengang mithilfe seines Messers die Sicherungsetiketten und verließ sodann mit den Flaschen den Laden, natürlich ohne zu bezahlen. Das OLG Celle sah sich an einer Entscheidung gehindert, da es von der Rechtsprechung anderer Oberlandesgerichte abweichen müsste (vgl. § 121 Abs. 2 GVG). Es legte daher die Frage dem BGH vor. Das OLG Celle fragte:

„Ist ein „anderes gefährliches Werkzeug“ gem. § 244 Nr. 1 lit. a StGB ein Tatmittel, dass allein nach seiner objektiven Beschaffenheit geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen, oder muss bei Werkzeugen, die als Gebrauchsgegenstand nicht zur Verletzung von Menschen bestimmt sind, sondern jederzeit sozialadäquat und von jedermann bei sich geführt werden können – wie etwa ein Taschenmesser – als subjektives Element seitens des Täters hinzutreten eine generelle, vom konkreten Lebenssachverhalt losgelöste Bestimmung des Werkzeugs zur Verwendung gegen Menschen, wobei die in § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB vorausgesetzte konkrete Verwendungsabsicht nicht vorliegen muss?“

Oder vereinfacht: Kann es wirklich sein, dass beim Beisichführen eines jeden Gegenstandes, der *irgendwie* ge-

fährlich eingesetzt werden *könnte*, schon die hohe Strafan drohung des § 244 Abs. 1 Nr. lit. a StGB von sechs Monaten bis zehn Jahren droht? Der BGH präzisiert die Frage des OLG Celle:

„Ist ein Taschenmesser grundsätzlich ein gefährliches Werkzeug i.S.d. § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB, oder nur dann, wenn der Dieb es allgemein auch für den Einsatz gegen Menschen vorgesehen hat?“<sup>42</sup>

Mag dieser Abschnitt der Entscheidung auf den ersten Blick nicht wirklich lehrreich sein, so ist doch zu beachten, dass durch die Sachverhaltsschilderung dem Leser für eine grundsätzlich abstrakte (problematische) Rechtsfrage nun ein Fall „vor Augen schwebt“. Oft ist es für den Prüfling in einer Klausur auch einfacher, sich an etwas zu erinnern, wenn die abstrakte Rechtsfrage an eine tatsächliche Fallkonstellation erinnert.<sup>43</sup> Zudem kann ein Lerneffekt unter Umständen auch darin bestehen, dass der Lesende (jedenfalls im Laufe der Entscheidungslektüre) lernt, Sachverhalte zu „filtern“ und somit sein Augenmerk auf die „wichtigen“ Sachverhaltsschilderungen zu legen.

## II. Einführung in die Problematik

Der BGH nutzt die folgenden Randnummern dazu, in die Problematik einzuführen. Hierfür wiederholt er zunächst den Normtext und schildert sodann mit Verweis auf die Gesetzesbegründung das oben bereits dargestellte Problem. Gerade dieses „Herleiten“ des Problems ist einer der Kerne einer guten Klausurbearbeitung. Ohne die Herleitung steht der nachfolgende Streitstand im luftleeren Raum – der Streit muss immer „angeschlossen“ werden. Der Korrektor wird so an die Hand genommen und der rote Faden der Klausurbearbeitung entrollt. In der Klausur sollte daher auch immer anhand des jeweils kritischen Tatbestandsmerkmals – hier dem des gefährlichen Werkzeugs – und unter Bezugnahme auf den Sachverhalt die Problematik erläutert werden. Ein direktes „Springen“ auf den Streit wie „Zur Definition des gefährlichen Werkzeuges in § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB gibt es mehrere Meinungen. Nach einer Ansicht (...)“ sollte vermieden werden. Eine Problemeinleitung könnte etwa lauten:

„Problematisch erscheint, ob der T mit dem Taschenmesser ein gefährliches Werkzeug nach § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB bei sich führt. Dabei könnte für die Bestimmung des Begriffs des gefährlichen Werkzeuges auf die Definition des § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB zurückgegriffen werden. Diese setzt aber eine konkrete Verwendung voraus, wohingegen § 244 StGB ein „bei sich führen“ ausreichen lässt. Die Definition von § 224 StGB – um ebendiese konkrete Verwendung gekürzt – zugrunde gelegt, würde jeder potenziell gefährliche Gegenstand die Qualifikation auslösen

40 BGH, BeckRS 2014, 16094 Rn. 12.

41 Das liegt daran, dass regelmäßig über das Rechtsmittel der Revision der BGH angerufen wird, vgl. §§ 542 ff. ZPO, §§ 333 ff. StPO.

42 Der BGH kann die Vorlagefrage präzisieren, *Kotz/Oglakcioğlu*, in: Knauer (Hrsg.), Münchener Kommentar zur StPO, 1. Aufl. 2018, § 121 GVG Rn. 49.

43 Vgl. *Koch/Stahl* in: Müsseler/Rieger (Hrsg.), Allgemeine Psychologie, 3. Aufl. 2016, S. 328 ff. (337 ff.): Lernen durch Assoziationen.

können. Das würde zu einer fast uferlosen Strafbarkeit führen. Fraglich ist, wie diese begrenzt werden kann.“

Das Schöne an der Problemeinleitung ist, dass sie nicht viel juristisches Wissen voraussetzt. Ganz im Gegenteil: Der Prüfling muss vielmehr das zu Papier bringen, was er sich selbst fragt. Hier im Fall: „Kann es eigentlich sein, dass jeder Gegenstand eine Strafbarkeit auslöst?“

### III. Darstellung des Streitstandes

Der BGH stellt sodann die verschiedenen vertretenen Auffassungen und deren Herleitung beziehungsweise (Haupt-) Argumente dar, jedoch ohne diese bereits selbst zu bewerten. Diese Darstellung bringt beim Lesen vor allem den Vorteil, dass (nahezu) alle vertretenen Ansichten komprimiert dargestellt werden. Das Beschäftigen mit den Ansichten schärft neben der Kenntnis des Streites und dem Gespür für die Problematik dabei insbesondere die Fähigkeit zum eigenen juristischen Argumentieren. Zu beachten ist dabei aber: In der Klausur wird es in der Regel ausreichen, wenn die prominentesten Ansichten bekannt sind. Eine Auseinandersetzung mit jeder Untermeinung kann meistens nicht verlangt werden. Ob eine Ansicht prominent ist und damit ein „must-learn“ darstellt, ergibt sich aus mehreren Anhaltspunkten: Etwa wie ausführlich sich das Gericht mit der Ansicht auseinandersetzt oder wie viele Hochschullehrer oder anerkannte Praktiker\_innen die Auffassung vertreten.

Zuletzt stellt der BGH fest, dass die Anzahl der verschiedenen vertretenen Auffassungen schon indiziert, dass die Fassung des § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB missglückt sei. Vielmehr lasse diese „von vornherein keine Auslegung des Begriffs des „anderen gefährlichen Werkzeugs“ zu, die unter Anwendung allgemeiner und für jeden Einzelfall gleichermaßen tragfähiger rechtstheoretischer Maßstäbe für alle denkbaren Sachverhaltsvarianten (...) in sich stimmige Gesetzesanwendung (...) zu.“ Nichtsdestotrotz versucht der BGH im Folgenden dennoch zumindest teilweise zu konkretisieren. Hieraus lässt sich mitnehmen: Auch schon eine gewisse Konkretisierung kann oft – gerade in Klausuren – zum Ziel führen. Zum Beispiel, wenn man dadurch herausfindet, dass der Sachverhalt schon durch diese Konkretisierung nicht unter die Norm fällt. Eine vollumfängliche Lösung dieses Problems wird in einer Klausur wohl kaum zu erwarten sein und ist dann auch gar nicht nötig. Das (nachfolgend dargestellte) Orientieren an den gängigen Auslegungsmethoden zur Lösung des Problems sollte – auch wenn man keine einzige „Meinung“ kennt – in der Regel schon zu einer besseren Bewertung führen, als das vielleicht zunächst erwartet wird. Denn genau das ist das Ziel der juristischen Ausbildung: Die Vorbereitung darauf, auch unbekannte Fälle selbstständig

lösen zu können.<sup>44</sup> Ein gutes Beispiel dafür sind Probleme in neuen Gesetzen. Auch diese müssen entdeckt und sodann gelöst werden, ohne dass es dafür schon existierende „Meinungen“ gibt. Die verschiedenen Meinungen zu einem „neuartigen“ Problem ergeben sich also auch durch nichts anderes als klassische Auslegung.

### IV. Auslegung des BGH

Um die Vorlagefrage zu lösen, legt der BGH die Norm aus. Er stellt – wie in der Rechtsprechung üblich – das Ergebnis seiner Auslegung voran. „Den in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassungen, die bei der Bestimmung des Begriffs des anderen gefährlichen Werkzeugs auf eingrenzende subjektive Kriterien wie eine – gegebenenfalls generelle – Verwendungsabsicht, einen „Verwendungsvorbehalt“ oder einen „Widmungsakt“ des Täters abstellen, vermag der Senat nicht zu folgen.“ Zu beachten ist natürlich, dass dieser Aufbau nicht in einer Klausur gewählt werden sollte. Ein Vorgehen, wie der BGH es vornimmt, das erst die verschiedenen Ansichten und dann die eigene Auslegung darstellt und – anders als der BGH – erst am Ende sein Ergebnis formuliert, dürfte aber viele Punkte einbringen. Noch besser scheint es aber, nicht nach „Meinung 1, Meinung 2, Stellungnahme“ zu verfahren, sondern eine einheitliche Auslegung samt Gewichtung und eigenem Ergebnis vorzunehmen. Denn das Darstellen verschiedener Ansichten und derer Argumente führt zu nichts anderem, als der Aufspaltung der Auslegung und zeigt nur die unterschiedliche Gewichtung bzw. die divergierenden Ergebnisse der Auslegung. Ziel der Ausbildung muss es aber sein, seine eigene Gewichtung vorzunehmen, auf die Gewichtung anderer kommt es dann (eher) nicht an.

#### 1. Auslegung nach dem Wortlaut

Zu Beginn widmet sich der BGH der Auslegung nach dem Wortlaut. Das ergibt auch Sinn, denn diese ist der Ausgangspunkt einer jeden Auslegung.<sup>45</sup> Insbesondere ist zu beachten, dass es sich um eine strafrechtliche Entscheidung handelt und damit Rechtsfortbildungen – insbesondere Analogien – zulasten des Täters unzulässig sind, Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB.<sup>46</sup> Nach der Wortlautauslegung wird der Rechtssatz unter Hinzuziehung des allgemeinen Sprachverständnisses und (mit Ausnahme des Strafrechts<sup>47</sup>)

44 Und nicht etwa möglichst viele Streitstände auswendig zu lernen. Das zeigt etwa § 2 Abs. 2 JAG NRW: „Die Prüfung soll zeigen, dass der Prüfling das Recht mit Verständnis erfassen und anwenden kann (...).“

45 Möllers, (Fn. 4), § 4 Rn. 39 ff.; Rütters/Fischer/Birk, (Fn. 4), Rn. 731 ff.

46 Dazu Möllers, (Fn. 4), § 4 Rn. 67 ff.

47 Denn Art. 103 Abs. 2 GG garantiert die Vorhersehbarkeit der Strafandrohung für den Normadressaten. Daher ist die Grenze der Auslegung auch aus dessen Sicht zu bestimmen, Möllers, (Fn. 4), § 4 Rn. 73 und § 4 Rn. 62.

der juristischen Fachsprache erfasst.<sup>48</sup> Nach dem BGH enthält § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB nach seiner „insoweit sprachlich klaren und eindeutigen Fassung (...) gerade kein über den Vorsatz bezüglich der objektiven Tatbestandsmerkmale hinausgehendes (...) subjektives Element.“ Um diese Deutlichkeit zu untermauern, greift der BGH innerhalb der Auslegung nach dem Wortlaut auf ein systematisches Argument zurück, indem er auf den Wortlaut des § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB abstellt. Dieser fordert ausdrücklich, dass der Täter den Gegenstand mitführt, „um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden (...).“ Er enthält also eine subjektive Komponente. Das verdeutlicht, dass die verschiedenen Auslegungskriterien nie allein betrachtet werden sollten.

## 2. Systematik und Telos

Anschließend „bestätigt“ der BGH dieses Ergebnis seiner Wortlautauslegung „durch systematische und teleologische Gesichtspunkte“.

Die systematische Auslegung ordnet die Vorschrift in ihren rechtlichen Kontext ein und geht von der Annahme aus, dass eine Rechtsvorschrift nicht isoliert betrachtet werden kann, die gesamte Rechtsordnung also als (widerspruchsfreie) Einheit zu betrachten ist (inneres System).<sup>49</sup> Sie fragt danach, wie die Vorschrift sich zu (Normen aus) dem Kapitel, Unterkapitel, Abschnitt oder ganzen Gesetz, in dem sie verortet ist, verhält (äußeres System); sollen einzelne Begriffe ausgelegt werden, kommt auch ein Blick auf die Stellung innerhalb der jeweiligen Vorschrift in Betracht.<sup>50</sup> Der BGH betrachtet insbesondere die Systematik innerhalb der Vorschrift selbst, indem er – wie oben schon angedeutet – auf § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB abstellt, der ein subjektives Element verlangt. Der BGH fragt damit: Wieso sollte in lit. b ausdrücklich etwas zu einer subjektiven Komponente stehen, in lit. a aber nicht? Diese – zugegeben recht offensichtliche – systematische Differenz der beiden Buchstaben der Vorschrift unterstreicht der BGH sodann mit weiteren teleologischen Argumenten.

Die teleologische Auslegung richtet ihren Blick auf den erkennbaren Zweck bzw. das erkennbare Ziel einer Regelung.<sup>51</sup> Wie will die Vorschrift den ihr zugrundeliegenden Interessenskonflikt lösen? Welche Rechtsgüter und -interessen berücksichtigt und schützt sie?<sup>52</sup>

Aus Sicht des BGH „will der Gesetzgeber mit § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB Fallgestaltungen mit einer während der Begehung der Tat erhöhten, abstrakt-objektiven Gefährlichkeit erfassen, die sich bereits daraus ableitet, dass der

Täter eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich führt, weil in diesen Fällen die latente Gefahr des Einsatzes als Nötigungsmittel besteht“<sup>53</sup>. Sinn und Zweck der lit. a ist es also, die abstrakte Gefahr des Beisichführens eines Werkzeuges zu bestrafen. Anders liegt es aber bei lit. b, nach der erst die Verwendungsabsicht – und damit eine konkrete(re) Gefahr – die höhere Strafandrohung auslöst. Eine zusätzliche Verwendungsabsicht auch in lit. a zu fordern, würde danach also ein zweites (nämlich das subjektive) „gefährerhöhende“ Merkmal fordern. Dieser Vergleich der Regelungszwecke ist im Ergebnis also wieder eine Mischung aus systematischer und teleologischer Auslegung.

## 3. Historie?

Geht man von den anerkannten vier Methoden des klassischen Auslegungskanons aus, müsste nun konsequenterweise noch die historische Auslegung folgen. Die historische Auslegung stellt auf den Erlasszeitpunkt der Norm ab und betrachtet ihre Entstehungsgeschichte, also die sozialen, technischen und ökonomischen Umstände zur Zeit des Erlasses.<sup>54</sup> Neben der auch hier relevanten Frage, ob der damalige Wille (subjektive Theorie) bei abweichendem heutigen (mutmaßlichen) Willen des Gesetzgebers vernachlässigbar ist, lässt sich im Rahmen der historischen Auslegung noch unterscheiden zwischen der historischen Auslegung i. e. S. und der genetischen Auslegung. Letztere betrachtet die Vorschrift auch im Hinblick auf ihre Vorgängernormen, so wie der BGH es beispielsweise in Rn. 30 macht im Hinblick auf § 244 Abs. 1 Nr. 1 StGB a. F., der nur das Beisichführen von Schusswaffen erfasste. Der Unterschied zur systematischen Auslegung, die auch Vergleiche zu anderen Vorschriften zieht, ist, dass hier Normen herangezogen werden, die nicht mehr in Kraft sind.<sup>55</sup>

Die historische Auslegung i. e. S. hingegen stellt nur auf den Gesetzgebungsprozess der konkreten Norm ab. Dazu können vorrangig die Begründungsunterlagen oberster Bundesorgane (Bundestagdrucksachen) hinzugezogen werden.<sup>56</sup> In seiner Argumentation geht der BGH auf diese historische Auslegung i. e. S. zwar nicht ausdrücklich ein; sie versteckt sich aber schon in der Einführung zur Problematik, denn dort würdigt der BGH insbesondere den Bericht des Rechtsausschusses, welcher den Auslegungshinweis auf § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB erst gibt. Der BGH kommt schließlich zu dem Schluss, dass dieser Hinweis – und damit wohl auch die historische Auslegung i. e. S. in Gänze – für die Beantwortung der Ausgangsfrage nicht

48 Herresthal/Weiß, Fälle zur Methodenlehre, 2020, Rn. 134 ff.

49 Vgl. Honsel, in: Staudinger (Hrsg.), Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Einleitung BGB, § 1 BGB, Rn. 143; Möllers, (Fn. 4), § 4 Rn. 92 m. V. a. BVerfGE 48, 246 (257).

50 Zippelius, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2021, S. 36, 42 ff.

51 Herresthal/Weiß, (Fn. 48), Rn. 156.

52 Möllers, (Fn. 4), § 5 Rn. 2.

53 Das wiederum belegt der BGH mit einem historischen Argument. Nach ihm galt dieser Gedanke nämlich bereits zu § 244 Abs. 1 Nr. 1 StGB a. F. für den Dieb, welcher bei der Tat eine Schusswaffe bei sich führte. Durch die Erweiterung des Tatbestandes auch auf gefährliche Werkzeuge sollte nach BGH dieser Gedanke auch nicht aufgegeben werden.

54 Herresthal/Weiß, (Fn. 48), Rn. 148 ff.

55 Möllers, (Fn. 4), § 4 Rn. 149.

56 Herresthal/Weiß, (Fn. 48), Rn. 154.

ergiebig ist. Mitgenommen werden sollte an dieser Stelle aber noch Folgendes: Die Auslegung nach einem der vier anerkannten Kriterien<sup>57</sup> muss für die Beantwortung einer Frage nicht zwangsläufig zu einem positiven (oder negativen) Ergebnis führen. Das Ergebnis kann auch – so wie hier – neutral sein. Dann müssen die anderen Auslegungsmethoden das Gesamtergebnis tragen.

## V. Argumente gegen eine Beschäftigung mit Gerichtsentscheidungen

Nicht vorenthalten werden sollen in diesem Beitrag auch Gründe, die gegen eine Befassung mit Urteilen und Beschlüsse sprechen. Vor allem wenn sich ohne Grundlagenwissen in einem Rechtsgebiet einer komplexen Entscheidung angenähert wird, besteht die Gefahr, dass „der Wald vor lauter Bäumen“ nicht gesehen wird. Eventuell erfordert die spezielle Rechtsfrage, mit der sich die Gerichtsentscheidung befasst, eine größere Einordnung. Diese Gefahr besteht insbesondere bei aktueller Rechtsprechung in Rechtsgebieten, in denen schon viel Judikatur besteht. Neue Probleme sind daher regelmäßig „ausgefallener“. Allerdings spricht das keineswegs für das Nichtbefassen. Denn auch ein Urteil, das in einer speziellen Rechtsfrage ergangen ist, kann vor Augen führen, wie die Frage mit juristischer Methodik sauber gelöst werden kann. Grundlagenwissen macht die Entscheidung dabei „handhabbar“. Dieses Plädoyer streitet daher keineswegs auf ein reines Studium mit gerichtlichen Entscheidungen, sondern auf ein ergänzendes.

## D. Zusammenfassung

Im Ergebnis lässt sich Folgendes festhalten:

- Gerichtsentscheidungen entfalten faktische und normative Bindungswirkung. Besonders in der Praxis sind sie zu beachten.
- Gerichtsentscheidungen – insbesondere Leitsätze – sind in ihrem Aussagegehalt oft verallgemeinerbar und sind damit Rechtssätzen gar nicht so unähnlich. Das spiegelt sich auch in der Vorgehensweise hinsichtlich ihrer Interpretation.
- Gerichtsentscheidungen bringen beim aufmerksamen Lesen mehrere Vorteile mit sich: Es können Definitionen und Streitstände wiederholt, Formulierungen in den eigenen Sprachgebrauch übernommen und schulbuchartiges Auslegen erlernt und vertieft werden. Außerdem schult es das Auge des Lesenden hinsichtlich des Filterns in (eher) wichtige und unwichtige Sachverhaltsinformationen. Zudem verbessert es den Gebrauch

des juristischen Handwerkszeugs und schult so im juristischen Denken.

- Bei der Auslegung einer Rechtsnorm spielen die Ergebnisse aller Auslegungsmethoden zusammen und dürfen keinesfalls alle einzeln betrachtet werden. Vielmehr sollten die (verschiedenen) Ergebnisse zu einem Gesamt(auslegungs)ergebnis zusammengefügt und gegen- und miteinander abgewogen werden. Dabei kann es auch vorkommen, dass ein Kriterium der Auslegung zur Beantwortung der Ausgangsfrage keinen Mehrwert liefert.
- Ein „Streitstand“ ist das Auseinanderfallen von Ergebnissen der jeweiligen Auslegungsmethoden bzw. deren Gewichtung. Deshalb ergibt es Sinn, seine Zeit dem Studium der anerkannten Auslegungsmethoden zu widmen, statt Streitstände sklavisch auswendig zu lernen. Insbesondere da – gerade hinsichtlich der Fülle an Stoff im Examen – ein Auswendiglernen „aller“ Streitstände schier unmöglich erscheint.

Dieser Beitrag lässt sich also kurz gesagt zusammenfassen: Es ist zwar schön zu wissen, was der BGH sagt. Noch schöner ist es aber, zu wissen, wieso er es sagt!

<sup>57</sup> Freilich gibt es auch weitere Möglichkeiten der Auslegung wie die unionsrechtskonforme Auslegung, siehe dazu nur: Möllers, (Fn. 4), § 12 Rn. 2, 16 ff., 33 ff.

# Grundlagen der Rechtsfortbildung am Beispiel ausgewählter Klausurprobleme im Zivilrecht

Dr. Alexander Pionteck, M.A. und Dipl.-Jur. Univ. Adela Gashi, Gießen\*

*Methodenkenntnisse sind zentrale Kernkompetenz zur Bewältigung komplexer juristischer Fragestellungen. Sie helfen nicht zuletzt den Jurastudierenden dabei, Hausarbeiten und Klausuren in einer Weise zu bearbeiten, dass sich ihnen der Weg in den „oberen“ Punktebereich der juristischen Bewertungsskala erschließt. Hilfreich sind insbesondere Kenntnisse zur Auslegung von Gesetzen und zur Rechtsfortbildung. Gegenstand dieses Beitrags ist schwerpunktmäßig die Vermittlung von Grundkenntnissen im Bereich der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung zur Überwindung planwidriger Regelungslücken.*

## A. Einleitung

Juristische Methodenlehre fristet in der akademischen Ausbildung ein Schattendasein. Allenfalls wer einen Schwerpunkt in der Grundlagentheorie belegt, kommt im Rahmen einer Vorlesung mit vor die Klammer gezogenen methodischen Problemen in Kontakt. Dies ist verwunderlich, nimmt Methodenlehre in anderen wissenschaftlichen Disziplinen einen viel höheren Stellenwert ein. So setzt sich etwa der Studiengang Sozialwissenschaften häufig zu einem Drittel aus Lehrinhalten zusammen, die Methodenlehre zum Gegenstand haben. Methodenkompetenz ist Grundlage jeder wissenschaftlichen Betätigung. Diesen Eindruck gewinnt man in der rechtswissenschaftlichen Ausbildung indes nicht immer. Erst eine konsistente Methoden-anwendung macht die vorgenommene Konkretisierung einer Rechtsnorm transparent und überprüfbar – wichtige Kriterien wissenschaftlichen Arbeitens. Nicht minder wichtig sind Methodenkenntnisse für Studierende zur Bewältigung von Klausuraufgaben.

Insbesondere die Rechtsfortbildung ist eine wesentliche Kernkompetenz eines jeden Juristen und einer jeden Juristin und häufig der neuralgische Punkt vieler Klausuren im Jurastudium und im Examen. Die KlausurbearbeiterInnen müssen in der Lage sein, teleologische Lücken bei der Konkretisierung klausurenentscheidender Normen aufzuspüren und einer tragfähigen Lösung zuzuführen. Wer über methodische Kompetenzen im Bereich der Rechtsfortbildung verfügt, ist ohne weiteres imstande, Klausurergebnis-

se im Prädikatssegment zu erzielen. Das gilt in besonderem Maße für das Zivilrecht, für dessen Konkretisierung und Anwendung nicht zuletzt aufgrund seiner besonders hohen Regelungsdichte die Berücksichtigung methodischer Techniken unentbehrlich ist. Das BGB wartet zwar mit einer beeindruckenden Anzahl von mehr als 2385 Paragraphen auf. Alle denkbaren privaten Lebensbeziehungen und -konflikte regeln zu wollen, gleicht indes der Quadratur des Kreises. Planwidrige Regelungslücken sind unvermeidliche Folge des Facettenreichtums privatrechtlicher Fallgestaltungen.

Die nachfolgende Abhandlung soll einen Beitrag zur Vermittlung von Methodenkenntnissen leisten und dabei für eine methodische Lösung typischer Klausurprobleme sensibilisieren. Im Zentrum stehen eine Betrachtung der verschiedenen Formen von Rechtsfortbildung, insbesondere in Abgrenzung zur Gesetzesauslegung<sup>1</sup> als vorgelagerte methodische Herangehensweise (B.). In einem zweiten Schritt soll die besondere verfassungsrechtliche Tragweite von Rechtsfortbildung im Gefüge der staatlichen Gewalten transparent gemacht werden (C.). Schwerpunktmäßig konzentriert sich diese Abhandlung sodann auf die an zivilrechtlichen Beispielen<sup>2</sup> ausgerichtete Vorstellung der zentralen (gesetzesimmanenten) Rechtsfortbildungsformen: Analogie (D.) und teleologische Reduktion (E.). Der Beitrag schließt mit letzten Hinweisen zur gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung (F.).

## B. Was ist Rechtsfortbildung?

Rechtsfortbildung bezeichnet die methodische Vorgehensweise, bei der bestehendes Recht neu interpretiert und weiterentwickelt wird, um es auf entscheidungsbedürftige Fälle anzuwenden, für die der Gesetzgeber keine oder eine unvollständige Regelung getroffen hat.<sup>3</sup> Bleibt eine Gesetzesauslegung mithilfe der anerkannten Auslegungskriterien (Wortlaut, Systematik, Historie/Entstehungsgeschichte

\* Der Autor Pionteck ist Rechtsanwalt für Arbeitsrecht in Frankfurt am Main und Lehrbeauftragter für Rechtssoziologie an der Justus-Liebig-Universität Gießen; die Autorin Gashi beginnt im November dieses Jahres ihr Rechtsreferendariat in Hessen.

1 Siehe für Klausurprobleme im Bereich der Gesetzesauslegung anhand arbeitsrechtlicher Beispielfälle Trübenbach/Pionteck, JA 2020, 327.

2 Zur Rechtsfortbildung am Beispiel arbeitsrechtlicher Klausurprobleme Pionteck/Trübenbach, JA 2022, 441.

3 Grundlegend hierzu Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, S. 23 und Heck, Gesetzesauslegung und Jurisprudenz, 1914, S. 33.

und Telos) erfolglos, tritt Rechtsfortbildung auf den Plan.<sup>4</sup> Die insoweit bestehenden Gesetzeslücken sind durch rechtsfortbildende Operationen zu schließen. Die Rechtsprechung agiert nunmehr gewissermaßen in der Rolle einer rechtsgestaltenden Instanz.<sup>5</sup> In der konkreten Klausurbearbeitung steht also zunächst die genaue Ermittlung des Erklärungsgehalts einschlägiger Gesetze im Vordergrund. Dies erfordert zuvorderst eine gründliche Gesetzesauslegung. Erst wenn der ermittelte Wille des Gesetzgebers mit der spezifischen Fallgestaltung nicht korrespondiert, ist methodisch auf die Grundsätze der Rechtsfortbildung zurückzugreifen. Die dabei zu beachtende Abgrenzung zwischen Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung kann mitunter herausfordernd und nicht immer eindeutig gelagert sein.<sup>6</sup>

Didaktisch bietet es sich an, zwischen drei Ebenen von Rechtsfortbildung zu unterscheiden: Gesetzesauslegende, Gesetzesimmanente und Gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung.<sup>7</sup> Aufgrund ihres nur idealtypischen Charakters ist eine starre Abgrenzung nicht immer eindeutig möglich, sodass sich die Übergänge zu den einzelnen Formen oftmals fluide gestalten.<sup>8</sup> Die „Rechtsfortbildung“ *ex lege* (Gesetzesauslegend) bezeichnet die durch Auslegung erzielte Weiterentwicklung bereits bestehenden Rechts. Dabei legen die Gerichte eine Rechtsnorm entweder erstmalig aus oder ändern eine dafür bislang praktizierte Auslegung ab.<sup>9</sup> Mangels planwidriger Regelungslücke kann hier nicht die Rede von „Rechtsfortbildung“ im vorliegend eng verstandenen Sinne sein, denn die erzielte Auslegung bewegt sich noch innerhalb eines vom Gesetzgeber bedachten Anwendungsbereichs der Norm.<sup>10</sup> Die Rechtsfortbildung *praeter legem* (Gesetzesimmanent) kommt hingegen im Bereich der offenen und verdeckten Gesetzeslücken zum Tragen. Anknüpfend an den Normsetzungsplan und die vorhandenen Strukturen sollen durch Analogiebildung oder dem Einsatz teleologischer Reduktion diese Lücken innerhalb eines Gesetzes geschlossen werden.<sup>11</sup>

Demgegenüber entstehen bei der Gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung *sine lege* bzw. *extra legem* gänzlich neue Rechtsstrukturen, die sich zwar jenseits des festgelegten normativen Rahmens bewegen, aber noch innerhalb der Gesamtrechtsordnung operieren.<sup>12</sup> Diese Form der Rechtsfortbildung ist dadurch gekennzeichnet, dass entweder eine klare gesetzliche Grundlage gänzlich fehlt oder nur in einfachen und grundlegenden Zügen existiert, sodass eine Gesetzesimmanente Rechtsfortbildung ausscheidet.<sup>13</sup> Ins-

besondere in Konstellationen, in denen der Gesetzgeber es versäumt hat, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, obliegt dies allen voran der Rechtsprechung. Im Gegensatz zu festgeschriebenen Gesetzen können diese richterrechtlichen Grundsätze von der Rechtsprechung wieder aufgehoben oder abgeändert werden.<sup>14</sup> Für die Klausurvorbereitung empfiehlt es sich, die Voraussetzungen von Analogie und teleologischer Reduktion als maßgebliche Formen Gesetzesübersteigender Rechtsfortbildung gut zu lernen, um etwaige Regelungslücken in streitentscheidenden Normen teleologisch konsistent überwinden zu können.

### C. „Methodenfragen sind Verfassungsfragen“<sup>15</sup>

Steht „richterliche“ Rechtsfortbildung in Rede, treten unweigerlich auch Verfassungsfragen auf den Plan. Als judizierende Gewalt sind Gerichte bei der Rechtsprechung unmittelbar an die im Grundgesetz geregelten Verfassungsgrundsätze gebunden. Und zur Rechtsprechung gehört eben auch die Konkretisierung der streitentscheidenden Normen. Rechtsfortbildung konfliktiert gleich mit mehreren Verfassungswerten, die sie immer in besonderem Maße rechtfertigungsbedürftig macht. Die in den nächsten Abschnitten näher zu besprechenden Voraussetzungen Gesetzesimmanenter Rechtsfortbildungsformen (Analogie und teleologische Reduktion) sind in diesem Sinne „geronnenes Verfassungsrecht“.

Zum einen geht mit jeder Form von Rechtsfortbildung immer auch eine Lockerung der in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Gesetzesbindung einher. Wenn zum Beispiel ein Sachverhalt vom Anwendungsbereich einer Norm auch nach Anwendung der etablierten Auslegungsregeln nicht erfasst ist, Gerichte aber methodisch im Wege einer Analogie auf diesen Sachverhalt zugreifen wollen, tritt dieser Vorgang strukturell mit dem Primat der Gesetzesbindung in Konflikt.<sup>16</sup> In gleicher Weise wird dabei der in Art. 20 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 GG verankerte Gewaltenteilungsgrundsatz auf die Probe gestellt. Indem Gerichte nämlich den Anwendungsbereich einer Norm methodisch erweitern oder verkleinern, korrigieren sie eine vom Gesetzgeber (ggf. irrtümlicherweise) getroffene „Entscheidung“. Damit avancieren Gerichte im Wege der Rechtsfortbildung potentiell zu einer Art „Ersatzgesetzgeber“. Nicht zuletzt das BVerfG und das BAG werden damit häufig konfrontiert.<sup>17</sup> Rechtsfortbildung verschiebt strukturell die Normsetzungsbefugnis von der Legislative auf die Judikative und schwächt die demokratische Legitimation des Rechtsergebnisses ab. Nicht die Gerichte, sondern der Bundestag als legislative Gewalt ist schließlich unmittelbar demokra-

4 Canaris (Fn. 3), S. 23; Kroll-Ludwigs/Krott, AL 2020, 209 (215).

5 Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, § 23 Rn. 824.

6 Linsenmaier, RdA 2019, 157 (158); Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 636.

7 Larenz/Canaris, Methodenlehre, 3. Aufl. 1995, S. 187 ff.

8 Pionteck/Trübenbach, JA 2022, 441 (442).

9 Larenz/Canaris (Fn. 7), S. 188.

10 Pionteck/Trübenbach, JA 2022, 441 (442).

11 Canaris (Fn. 3), S. 16 ff.

12 Larenz/Canaris (Fn. 7), S. 232.

13 Dazu m. w. N. Pionteck/Trübenbach, JA 2022, 441 (444).

14 Linsenmaier, RdA 2019, 157 (158).

15 Rütters, JZ 2006, 53 (60); Rütters/Fischer/Birk (Fn. 5), S. 436.

16 Kuhn, JuS 2016, 104 (104).

17 Vgl. Steiner, NJW 2001, 2919 und Wiedemann, NJW 2014, 2407.

tisch legitimiert. Rechtsfortbildung entpuppt sich damit stets als „verfassungsrechtlicher Drahtseilakt“.<sup>18</sup>

Die ausgeprägten und etablierten Voraussetzungen der verschiedenen Erscheinungsformen von Rechtsfortbildung dienen insoweit als verfassungsrechtliches Korrektiv. Rechtsfortbildung ohne Wahrung der etablierten Voraussetzungen ist *contra legem* und insoweit verfassungswidrig.<sup>19</sup>

#### D. Analogie: Das Anwartschaftsrecht und die §§ 985 ff. BGB

Neben der teleologischen Reduktion ist die Gesetzesanalogie zentrale Ausdrucksform gesetzesimmanenter Rechtsfortbildung. Zum Gegenstand hat die Gesetzesanalogie die teleologische Erstreckung des Anwendungsbereichs einer Norm auf vom Wortlaut grundsätzlich nicht erfasste Fälle.<sup>20</sup> Sie ermöglicht es, einen ähnlichen, bisher nicht geregelten, aber regelungsbedürftigen Sachverhalt im Sinne des gesetzgeberischen Willens zu erfassen.<sup>21</sup> Vor dem Hintergrund der bestehenden Regelungslücke und unter Berücksichtigung der Interessen der beteiligten Parteien beruht die Anwendung der Gesetzesanalogie auf der Annahme, dass der Gesetzgeber diesen spezifischen Fall in seine rechtliche Würdigung einbezogen hätte, wenn er ihm bekannt gewesen wäre.<sup>22</sup> Damit sich diese Form der Rechtsfortbildung im Rahmen der ihr gesetzten verfassungsrechtlichen Grenzen bewegt, wird der Einsatz der Gesetzesanalogie an drei Voraussetzungen geknüpft, die allesamt kumulativ vorliegen müssen: Regelungslücke, Planwidrigkeit der Regelungslücke und Vergleichbarkeit der Interessenlage.

In der konkreten Klausursituation ist es ratsam, diese Voraussetzungen restriktiv, sorgfältig und möglichst schrittweise zu prüfen, um im Zweifelsfall eine Analogie aufgrund der konfligierenden verfassungsrechtlichen Wertungen abzulehnen. Mit Blick auf Art. 20 Abs. 2 GG ist grundsätzlich anzunehmen, dass der Gesetzgeber bewusst entschieden hat, diese Materie nicht gesetzlich zu regeln. Daher muss die Annahme einer planwidrigen Regelungslücke stets als Ausnahmesituation begriffen werden, die eine eingehende und konsistente Begründung voraussetzt.<sup>23</sup> Eine Regelungslücke liegt vor, wenn der konkrete Fall selbst nach Anwendung der anerkannten Auslegungskriterien, gesetzlich nicht zu erfassen ist.<sup>24</sup> Dass die Regelungslücke auch planwidrig sein muss, bedeutet, dass die ursprüngliche gesetzgeberische Ausgestaltung einer

Rechtsnorm ungewollt unvollständig geblieben ist.<sup>25</sup> Der Maßstab für diese Beurteilung ist dabei der Gesetzesplan im Kontext der Gesamtrechtsordnung.<sup>26</sup> Hat sich der Gesetzgeber bewusst dazu entschieden, die entsprechende Materie entweder im Ganzen nicht zu regeln oder diese nicht der Rechtsfolge der ausdrücklich geregelten Bestimmung zu unterwerfen, ist eine Analogiebildung zwingend ausgeschlossen.<sup>27</sup> Rechtsfortbildung wäre unter diesen Gegebenheiten verfassungswidrig.

Weitere Voraussetzung ist, dass zwischen dem ausdrücklich geregelten und dem gesetzlich nicht erfassten Fall eine *vergleichbare Interessenlage* besteht. Die Prüfung der vergleichbaren Interessenlage erfolgt im Rahmen einer wertenden Betrachtung, bei der alle relevanten Interessen, einschließlich derer der Allgemeinheit, Berücksichtigung finden.<sup>28</sup> Um eine planwidrige Regelungslücke identifizieren und die Interessenlage ermitteln zu können, ist eine ausführliche Darlegung dogmatischer Strukturen unter Einbeziehung gängiger Auslegungskriterien erforderlich. Dabei spielt der Gesetzeszweck eine entscheidende Rolle, insoweit er im Rahmen der Gesamtrechtsordnung auf übergeordnete Regelungsziele verweist. Im Rahmen wissenschaftlicher Ausarbeitungen ist es in diesem Zusammenhang unerlässlich, die Gesetzesmaterialien zu konsultieren, da sie häufig hilfreiches Hintergrundwissen liefern und Rückschlüsse auf die tatsächliche Planwidrigkeit der aufgedeckten Regelungslücke ermöglichen.

Anhand eines besonders klausurrelevanten Beispiels aus dem Zivilrecht soll die Gesetzesanalogie nachfolgend einmal veranschaulicht werden: Bekanntlich nicht ausdrücklich geregelt ist die Frage, ob dem Anwartschaftsrecht als anerkannte Vorstufe zum Eigentumsvollrecht ein eigenständiger dinglicher Schutz zugesprochen werden kann.<sup>29</sup> Diese Frage wirft die Möglichkeit einer analogen Anwendung der §§ 985, 987 ff. BGB auf. Um eine direkte Anwendung zu begründen, bedarf es einer sog. Vindikationslage, bei der der Anspruchsteller Eigentümer ist und der Anspruchsgegner Besitzer ohne Recht zum Besitz.<sup>30</sup> Das durch Übereignung unter Eigentumsvorbehalt (§§ 929 S. 1, 158 Abs. 1 BGB) erworbene Anwartschaftsrecht, stellt jedoch lediglich eine Vorstufe zum Vollrecht dar. Es kann mithin nur als eine Art reduziertes Eigentumsrecht verstanden werden.<sup>31</sup> Folglich scheidet eine direkte Anwendung der §§ 985, 987 ff. BGB mangels Eigentümerstellung des Anspruchsstellers aus. Die Rechtsordnung enthält keine spezifischen Vorschriften zum Schutz des Anwartschaftsberechtigten gegenüber einem Dritten, der ihm die Sache

18 Pionteck/Trübenbach, JA 2022, 441 (442).

19 BVerfG, NJW 1984, 475 (476).

20 Meys, Rechtsfortbildung extra legem im Arbeitsrecht, 2009, S. 8; Kroll-Ludwigs/Krott, AL 2020, 209 (215).

21 Möllers, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 6 Rn. 92; Danwerth, ZfPW 2017, 230 (233).

22 Rütters/Fischer/Birk (Fn. 5), § 23 Rn. 889.

23 Kuhn, JuS 2016, 104 (105).

24 Pionteck/Trübenbach, JA 2022, 441 (443).

25 Canaris (Fn. 3), S. 23; Wienbracke, Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 252.

26 Dazu m. w. N. Pionteck/Trübenbach, JA 2022, 441 (443).

27 Röhl/Röhl (Fn. 6), S. 633; Wienbracke (Fn. 25), Rn. 252.

28 Reimer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 577.

29 Zum Streitstand *Baldus in: MüKoBGB*, 9. Aufl. 2023, § 985 Rn. 7; *PWW/Englert*, 18. Aufl. 2023, § 985 Rn. 4; *Thole in: Staudinger*, 2019, Vorb. zu §§ 985 ff. Rn. 14.

30 Vgl. *Baldus* (Fn. 29), § 985 Rn. 3 ff.

31 Vgl. BGHZ 35, 85 (89); *BGH*, NJW 1984, 1184 (1185).

entzogen hat. Die §§ 985 ff. BGB erfassen ihrem Wortlaut zufolge keine Ansprüche des Anwartschaftsberechtigten. Der Wortlaut der Norm beschränkt sich allein auf den Eigentümer (vgl. § 985 BGB) und erfasst unmittelbar gerade nicht den Anwartschaftsberechtigten. Eine Regelungslücke besteht insoweit für vindikatorische Ansprüche des Anwartschaftsberechtigten. Den Gesetzesmaterialien lässt sich dabei nicht entnehmen, dass der Fall der Anwartschaftsberechtigung bewusst ausgeklammert wurde. Auch andere Hinweise für eine bewusste Ausklammerung der Anwartschaft liegen nicht vor. Näher liegt die Annahme, dass der Gesetzgeber die Anwartschaft als schützenswerte Rechtsposition bei der Ausgestaltung der §§ 985 ff. BGB nicht im Blick hatte. Weil der Gesetzgeber vor diesem Hintergrund den Schutz einer solchen Rechtsposition in unbeabsichtigter Weise nicht berücksichtigt hat, ist die in § 985 BGB getroffene Regelung in Ansehung des hinsichtlich der Anwartschaft zu eng gefassten Anwendungsbereichs planwidrig. Die grundlegende Ähnlichkeit der in Rede stehenden Fälle (Eigentum und Anwartschaftsberechtigung) macht es erforderlich, die Schutzmechanismen, die für das Eigentum entwickelt wurden (§§ 985 ff. BGB), analog auf das Anwartschaftsrecht anzuwenden. Die zwischen beiden Fällen bestehende Interessenlage ist vergleichbar. Das Anwartschaftsrecht stellt im Vergleich zum Eigentum nämlich kein *aliud*, sondern ein wesensgleiches Minus zum Vollrecht dar.<sup>32</sup> Zum Schutz des Anwartschaftsberechtigten ist es erforderlich, dass auch er neben dem Eigentümer bei Sachentzug in der Lage ist, gegenüber Dritten den Herausgabeanspruch gemäß § 985 BGB analog geltend zu machen.<sup>33</sup>

Soweit die §§ 985 ff. BGB auf das Anwartschaftsrecht als wesensgleiches Minus zum Eigentum zur Anwendung gebracht werden, handelt es sich um eine Gesamtanalogie. Es wird nämlich nicht nur eine einzelne Vorschrift als Analogiebasis, sondern ein gesamtes Regelungsregime herangezogen.

## E. Teleologische Reduktion: Vollmachtserteilung bei Bürgschaft und Insichgeschäft

### I. Grundlagen

Ebenso sehr wie die Analogie ist auch die teleologische Reduktion ein absoluter Klausurklassiker im Zivilrecht. Methodisch verkörpert sie die Gegenoperation zur Analogie.<sup>34</sup> Gegenstand der teleologischen Reduktion ist die zweckgemäße Verkleinerung des Anwendungsbereichs eines Gesetzes. Die Lücke besteht in diesem Fall in der Nichtausklammerung eines Falles aus dem Anwendungsbereich der Norm (sog. Ausnahmeklausel).<sup>35</sup> Die Anwen-

dung der etablierten Regeln der Gesetzesauslegung vermag diese Lücke gerade nicht zu schließen. Hierauf hat auch der BGH hingewiesen und klargestellt, dass kein Gesetz in seinem Anwendungsbereich an die vom Wortlaut grundsätzlich erfassten Fälle gebunden ist, „denn es ist nicht toter Buchstabe, sondern lebendig sich entwickelnder Geist, der mit den Lebensverhältnissen fortschreitet und ihnen sinnvoll angepasst weitergelten will, solange dies nicht die Form sprengt, in die er gegossen ist“.<sup>36</sup>

Der teleologischen Reduktion liegt damit die Prämisse zugrunde, dass der Gesetzgeber eine dem Normzweck nach erforderliche „Ausnahmeklausel“ irrtümlicherweise nicht vorgesehen hat.<sup>37</sup> In verfassungsrechtlicher Hinsicht sind an die teleologische Reduktion gleichsam hohe Anforderungen zu stellen, wie sie auch für die Analogie gelten. Den mit der teleologischen Reduktion verbundenen gegenläufigen verfassungsrechtlichen Wertungen muss in gleicher Weise Rechnung getragen werden. Ähnlich sind daher auch die zu prüfenden Voraussetzungen: In einem ersten Schritt ist die Regelungslücke herauszuarbeiten, die anders als im Fall der Analogie aber in einer fehlenden Ausnahmeklausel besteht. Zweitens ist daran anknüpfend zu prüfen, ob die fehlende Implementierung einer Ausnahmeklausel schlichtweg vom Gesetzgeber nicht bedacht wurde und damit „planwidrig“ ist.

Für die Prüfung der Planwidrigkeit einer fehlenden Ausnahmeklausel ist die Herausarbeitung des Gesetzeszwecks entscheidend. Für wissenschaftliche Hausarbeiten ist vor allem ein Blick in die Gesetzgebungsmaterialien zu empfehlen.<sup>38</sup> Zu prüfen ist stets, ob der Gesetzeszweck der in Rede stehenden Vorschrift erst mit der (methodischen) Implementierung einer Ausnahmeklausel verwirklicht ist. Dabei kann es auch erforderlich sein, mehrere streitentscheidende Vorschriften in einem „Zweckzusammenhang“ zu betrachten. Wichtig ist es in diesem Zusammenhang, dem Klausurleser klar zu machen, dass es sich bei der methodischen Implementierung einer Ausnahmeklausel nicht um eine Berichtigung des Gesetzeszwecks, sondern gerade um den Akt seiner Verwirklichung handelt.<sup>39</sup> Anderenfalls dient Rechtsfortbildung nämlich nicht mehr der bloßen Lückenschließung innerhalb eines vorgefundenen Gesetzesplans und ist damit aus verfassungsrechtlichen Gründen an die nochmals gesteigerten Anforderungen der gesetzgeberübersteigenden Rechtsfortbildung zu knüpfen. Im Folgenden sei die Prüfung der teleologischen Reduktion eines Gesetzes anhand von zwei zivilrechtlichen Beispielen veranschaulicht, die in der juristischen Ausbildung als absolute Klassiker gelten:

32 BGH, NJW 1984, 1184 (1185); Kaulbach, JuS 2011, 397.

33 Herrler in: Grüneberg, 82. Aufl. 2023, § 929 Rn. 43; Müller-Laube, JuS 1993, 529 (521).

34 Dazu m. w. N. Pionteck/Trübenbach, JA 2022, 441 (443 f.).

35 Kramer, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2019, S. 251 f.

36 BGH, NJW 1957, 718 (719).

37 Kramer (Fn. 35), S. 251 f. Dazu auch BGHZ 4, 153 (157).

38 Kuhn, JuS 2016, 104 (105).

39 Rütters/Fischer/Birk (Fn. 5), § 23 Rn. 903.

## II. Die Form der Vollmachtserteilung bei Bürgschaft

Nach § 167 Abs. 2 BGB bedarf die Erklärung zur Vollmachtserteilung bekanntlich nicht der Form, welche für das Rechtsgeschäft bestimmt ist, auf das sich die Vollmacht bezieht. Der BGH hat aber verschiedene Fallgruppen entwickelt, in denen auf der Grundlage teleologischer Reduktion gleichwohl Formerfordernisse gelten sollen.<sup>40</sup> Eine dieser Konstellationen betrifft die Erteilung einer Vollmacht zur Abgabe einer Bürgschaftserklärung.

Der Abschluss eines wirksamen Bürgschaftsvertrages i. S. d. § 765 BGB setzt ein wirksames Bürgschaftversprechen des Bürgen voraus, das gem. § 766 BGB wiederum der Schriftform bedarf. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob das Schriftformerfordernis auch für die Vollmachtserteilung zur Abgabe eines Bürgschaftversprechens gilt, die gem. § 164 Abs. 1 BGB für und gegen den Bürgen wirken soll. § 167 Abs. 2 BGB gibt auf diese Frage auf den ersten Blick eine sehr klare Antwort. Danach bedarf die Erklärung zur Vollmachtserteilung nicht der Form, welche für das Rechtsgeschäft – hier Bürgschaft – bestimmt ist, auf das sich die Vollmacht bezieht. Der Wortlaut des § 167 Abs. 2 BGB ist so eindeutig, dass kein Auslegungsspielraum besteht. Die Grenze der Auslegung markiert hier das Terrain von Rechtsfortbildung. Zu einem anderen Ergebnis gelangt man methodisch nämlich nur dann, wenn die Voraussetzungen einer teleologischen Reduktion des § 167 Abs. 2 BGB vorliegen. Die Regelungslücke besteht hier in der fehlenden Ausnahmeklausel der Formfreiheit der Vollmachtserteilung in § 167 Abs. 2 BGB für den Fall, dass sich die Vollmachtserteilung (§ 167 Abs. 1 BGB) auf die Abgabe eines schriftformbedürftigen Bürgschaftversprechens bezieht.

Diese Regelungslücke müsste aber auch „planwidrig“ sein und ihre methodisch forcierte Schließung der Zweckerhaltung der in Rede stehenden Vorschriften (§§ 167 Abs. 2, 766 BGB) dienen. Die Regelungen der §§ 167 Abs. 2, 766 BGB müssen dabei in einem „Zweckzusammenhang“ betrachtet werden. Lässt man zum Beispiel eine Blankounterschrift verbunden mit einer mündlich erteilten Vollmacht genügen, so hängt die Wirksamkeit des Bürgschaftversprechens im Wesentlichen von Tatsachen ab, die aus der Urkunde selbst nicht ersichtlich sind.<sup>41</sup> Der Zweck des § 766 BGB besteht vor allem darin, dem Bürgen Inhalt und Umfang seiner Haftung deutlich vor Augen zu führen. Er soll vor einer übereilten Entscheidung geschützt werden. Zweck des Schriftformerfordernisses aus § 766 BGB ist die Sicherstellung eines rechtssicheren und beweisbaren Vorgangs, zumal es bei der Bürgschaft nicht selten um hohe Zahlungsforderungen geht, die im Haftungsfall für den Bürgen existenzbedrohende Folgen haben können. Diese Zwecke würden ausgehöhlt, „wenn man es ausreichen ließe, daß [sic] der Bürge die Unterschrift auf ein Papier setzt, welches nicht sämtliche notwendigen Erklä-

rungsbestandteile enthält, und einen Dritten (...) mündlich ermächtigt, die fehlenden Angaben nachzuholen.“<sup>42</sup> Die Zwecke des Formerfordernisses aus § 766 BGB werden vielmehr erst dann verwirklicht, wenn auch die Vollmachtserteilung der Schriftform unterliegt. Erst auf diese Weise werden dem Bürgen Tragweite und Risiken des Bürgschaftversprechens vor Augen geführt. Vor diesem Hintergrund ist die insoweit bestehende Regelungslücke des § 167 Abs. 2 BGB planwidrig und „rechtsfortbildungsfähig“.

Die gleichen Rechtsprechungsgrundsätze vertritt der BGH auf dieser methodischen Grundlage für Grundstücksgeschäfte, die nach § 311b BGB beurkundungsbedürftig sind.<sup>43</sup>

## III. Das Verbot von Insichgeschäften

Ein weiteres Beispiel höchstrichterrechtlich praktizierter teleologischer Reduktion betrifft das in § 181 BGB niedergelegte Verbot sog. Insichgeschäfte.<sup>44</sup> Danach kann ein Vertreter, soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, dass das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Zweck dieser Einschränkung der Stellvertretungsregeln ist die Vermeidung von Interessenkonflikten in der Person des Vertreters und der damit einhergehenden Gefahr der Benachteiligung des Vertretenen.<sup>45</sup>

Dass ein Verbot des Insichgeschäfts zu diesem Zweck nicht in allen Fällen geboten ist, hat der Gesetzgeber selbst erkannt und in § 181 BGB zwei Ausnahmen geregelt: Gestattung und ausschließliche Erfüllung einer Verbindlichkeit. Soweit weitere nicht in § 181 BGB geregelte Konstellationen denkbar sind, in denen ein Insichgeschäft möglich ist, ohne dass die Gefahr von Interessenkonflikten in der Person des Vertreters bestehen, enthält § 181 BGB eine Regelungslücke in Gestalt einer (weiteren) fehlenden Ausnahmeklausel. Eine solche Regelungslücke sieht der BGH für den Fall gegeben, in dem ein Rechtsgeschäft in Rede steht, dass für den Vertretenen rechtlich nur vorteilhaft oder zumindest neutral ist.<sup>46</sup> So dürfen Eltern als gesetzliche Vertreter ihrer Kinder (§ 1629 BGB) nach § 181 BGB grundsätzlich keine Rechtsgeschäfte für sich und in Vertretung ihres Kindes vornehmen, soweit daraus Pflichten oder ein Rechtsverlust für diese erwachsen (bspw. eine Schenkung zu Lasten des Kindes). Etwas anderes muss aber für den Fall gelten, in dem das Geschäft für das Kind „rechtlich lediglich vorteilhaft ist“. In diesem Fall besteht kein Raum mehr für den in § 181 BGB zugrunde liegenden

42 BGH, NJW 1996, 1467 (1468).

43 Siehe nur BGH, NJW 1979, 2306 (2307).

44 BGH, NJW 1972, 2262 (2263 f.); ebenfalls didaktisch aufbereitet bei Kuhn, JuS 2016, 104 (106).

45 BGH, NJW 1971, 1355 (1356 f.).

46 BGH, NJW 1972, 2262 (2263 f.).

40 BGH, NJW 1996, 1467 (1468 f.); BGH, NJW 1979, 2306 (2307).

41 BGH, NJW 1996, 1467 (1468).

Schutzzweck. Diese Wertung liegt auch der Regelung in § 107 BGB zugrunde. Der BGH reduziert § 181 BGB daher teleologisch und verweist darauf, dass der Wortlaut dieser Vorschrift über den ihr zugrunde liegenden Schutzzweck hinausgehe, „wenn allein auf den förmlichen Vorgang des Selbstkontrahierens abgestellt wird“.<sup>47</sup> Vor dem Hintergrund des § 181 BGB zugrunde liegenden Schutzzwecks ist das Fehlen einer Ausnahmeklausel für den Fall, dass das Rechtsgeschäft für den Vertretenen lediglich rechtlich vorteilhaft ist, planwidrig.

Diese Formen der Rechtsfortbildung werden anders als Analogie und teleologische Reduktion nicht wirklich „rechtstechnisch“ vollzogen. Deshalb empfiehlt es sich in der Vorbereitung auf eine Klausur, die innerhalb der jeweiligen Rechtsmaterie relevanten Rechtsfortbildungsgrundsätze, die sich nicht innerhalb eines bestehenden Gesetzesplans bewegen, in Fallgruppen zusammenzufassen und diese dann einprägsam zu lernen. Rechtsprechungskenntnisse sind in diesem Zusammenhang unentbehrlich.

## F. Ein letzter Hinweis: Rechtsfortbildung jenseits des Gesetzes

Die hier vorgestellten Rechtsfortbildungsformen von Analogie und teleologischer Reduktion haben gemeinsam, dass sie sich innerhalb eines vom Rechtsbetrachter vorgefundenen „Plan des Gesetzes“ verwirklichen. Sie werden regelmäßig als Rechtsfortbildung *praeter legem* bezeichnet.<sup>48</sup> Es gibt aber auch (anerkannte) Rechtsfortbildungsformen, die jenseits eines Gesetzesplans Recht weiterentwickeln (gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung). Häufig spricht man in diesem Zusammenhang von Rechtsfortbildung *sine lege* oder *extra legem*. Paradebeispiel von Rechtsfortbildung *sine lege* ist die Judikatur des BAG zum Arbeitskampfrecht, weil es eine kohärente gesetzliche Kodifikation zu diesem *topos* bislang nicht gibt. Aber auch die ausgeprägte Fallgruppenbildung innerhalb der prominenten zivilrechtlichen Generalklauseln der §§ 133, 157, 242 BGB kann in diesem Zusammenhang angeführt werden, weil auch sie sich nicht innerhalb eines konkreten Gesetzesplans bewegt, sondern das Recht insoweit *extra legem* fortgebildet wird. Für solche Rechtsfortbildungsformen, die sich nicht im Rahmen eines bestehenden Gesetzesplans bewegen, gelten indes noch höhere verfassungsrechtliche Hürden. Es handelt sich insoweit um absolute „Ausnahmeoperationen“<sup>49</sup>. Rechtsprechung und Schrifttum knüpfen die Rechtsfortbildung jenseits des Gesetzes an das Vorliegen eines besonderen Rechtfertigungsmotivs: „übergeordnete Prinzipien der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit“<sup>50</sup>, die „Natur der Sache“<sup>51</sup>, die besonderen Bedürfnisse des Rechtsverkehrs<sup>52</sup> oder überpositive rechtsethische Prinzipien<sup>53</sup>. Rechtsfortbildung ohne Vorliegen der etablierten Voraussetzungen oder eines besonderen Rechtfertigungsmotivs ist *contra legem* und insoweit verfassungswidrig.<sup>54</sup>

47 BGH, NJW 1972, 2262 (2263).

48 Canaris (Fn. 3), S. 16 ff.

49 Pionteck/Trübenbach, JA 2022, 441 (445).

50 BAG, NZA 1991, 202 (203).

51 BVerfGE 1, 14 (50).

52 Larenz/Canaris (Fn. 7), S. 245.

53 Larenz/Canaris (Fn. 7), S. 153 f., 238, 245.

54 BVerfG, NJW 1984, 475 (476); BAG, NJW 1955, 807 (807). Siehe dazu auch m. w. N. Larenz/Canaris (Fn. 7), S. 246 und Seidel, JURA 2023, 523 (528).

# Strafrecht AT Klausur WiSe 2022/23

Lea Botzenhardt, 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 „Strafrecht I“ bei Herrn Prof. Dr. Stuckenberg im Wintersemester 2022/2023 geschrieben und mit „sehr gut“ (16 Punkte) bewertet.*

## Sachverhalt

Jurastudent T hat seinem Kommilitonen O ein Lehrbuch zum Allgemeinen Teil des Strafrechts ausgeliehen. Da die Klausurenphase naht, fordert T den O auf, ihm das Lehrbuch schnellstmöglich zurückzugeben. O vertröstet T mehrmals, da er das Lehrbuch nicht finde. Kurz vor der Strafrechtsklausur überreicht O dem bereits nervösen T das Lehrbuch. T hat es eilig, um sich für die Klausur vorzubereiten, so dass er, der äußerst reinlich ist und Bücher über alles liebt, erst zuhause bemerkt, dass O in dem geliehenen Buch Eselsohren, fettige Fingerabdrücke und Milchkaufflecken hinterlassen hat. Als dann auch noch die Strafrechtsklausur schlecht läuft, ist T außer sich vor Wut und sinnt auf Rache.

T beschließt, O eine Abreibung zu verpassen. Von diesem Vorhaben erzählt er seinem Freund A. Dieser rät ihm, besser gleich einen Baseball-Schläger mitzunehmen und von diesem notfalls auch Gebrauch zu machen, um O ein für alle Mal klar zu machen, was er T angetan hat. T lässt sich überzeugen. Dabei geht A nicht davon aus, dass T den Schläger in lebensgefährlicher Art und Weise einsetzen wird.

Unter einem Vorwand überredet T den O zu einem Treffen. Als O eintrifft, zieht T den Schläger hervor. O lässt sich davon nicht beeindrucken und äußert gegenüber T, er solle sich nicht so aufregen; es wäre ja auch nur ein Buch. Daraufhin wird T wütend und versetzt dem völlig überraschten O mit dem Baseball-Schläger einen heftigen Schlag auf den Kopf, wobei er dessen Tod billigend in Kauf nimmt. O bricht bewusstlos und blutüberströmt zusammen; er ist lebensgefährlich verletzt. T erkennt dies und zieht von dannen.

Einige Minuten später überkommen ihn allerdings Schuldgefühle. Um sein Gewissen etwas zu beruhigen, ruft er mit unterdrückter Nummer den Notruf, gibt aber lediglich an,

er habe in der Gegend etwas gehört, das wie ein Schmerzensschrei geklungen habe. Er rechnet nicht ernsthaft damit, dass O aufgrund dieses Anrufs gerettet werden wird; die Rettungsleitstelle ergreift auch aufgrund der vagen Information keine Maßnahmen.

Allerdings hat ein Spaziergänger den verletzten O zwischenzeitlich gefunden und einen Krankenwagen verständigt. Bei fachgerechter Behandlung hätte sein Leben zu diesem Zeitpunkt noch gerettet werden können. Dem Anästhesisten, der kurze Zeit später für die Notoperation herangezogen wird und der seit mehr als 36 Stunden durchgängig im Dienst ist, unterläuft aufgrund seiner Übermüdung ein schwerer Fehler: Er gibt O versehentlich das Fünffache der erforderlichen Dosis des Narkotikums, was zu einem Herzstillstand und schließlich zum Tod des O führt.

1. Die Strafbarkeit von T und A nach dem StGB ist gutachtlich zu prüfen.
2. Zu prüfen sind nur die in der Vorlesung behandelten Delikte des 16. und 17. Abschnitts des StGB (also nicht §§ 211, 221, 227, 240, 241, 242, 246, 249, 253, 255, 323c, usw. StGB).

## A. Strafbarkeit des T gem. § 212 Abs. 1 StGB

T könnte sich gem. § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben wegen Totschlages, indem er den O mit dem Baseball-Schläger auf den Kopf schlug.

### I. Tatbestandsmäßigkeit

#### 1. Objektiver Tatbestand

##### a) Erfolg

Der Erfolg müsste eingetreten sein. Der tatbestandliche Erfolg des § 212 Abs. 1 StGB ist der Tod eines anderen Menschen. O, ein von T verschiedener Mensch, ist tot und somit ist der tatbestandliche Erfolg eingetreten.

*b) Kausalität*

Die Handlung des T müsste kausal für den Tod des O gewesen sein. Kausal ist gemäß der „conditio-sine-qua-non“-Formel jede Handlung, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der konkrete tatbestandliche Erfolg entfiele. Denkt man die Handlung des T hinweg, so wäre der O nicht ins Krankenhaus gebracht worden und dort wäre ihm nicht die fünffache Menge der erforderlichen Dosis verabreicht worden, die laut des Sachverhaltes zu seinem Tod führte. Somit ist die Handlung des T kausal.

*c) Objektive Zurechnung*

Der Tod des O müsste dem T objektiv zurechenbar sein. Das ist jede Handlung, die ein rechtlich missbilligtes Risiko begründet und sich im tatbestandlichen Erfolg realisiert hat.

*aa) Risiko*

T müsste ein rechtlich missbilligtes Risiko geschaffen haben. Der Schlag auf den Kopf und das spätere Liegenlassen begründen ein solches Risiko.

*bb) Risikozusammenhang*

Dieses Risiko müsste sich jedoch im konkreten Erfolg realisiert haben. Fraglich ist, ob das Dazwischentreten des Arztes diesen Zusammenhang unterbricht. Erst durch die Verletzung des T wird der O ins Krankenhaus eingeliefert, somit könnte man davon ausgehen, dass auch er das Risiko für etwaige Behandlungsfehler zu tragen hat. Jedoch passiert dieser Fehler aufgrund der Übermüdung des Arztes in Folge einer 36 Stunden Schicht. Bei einer solch langen Arbeitsphase ohne Pause ist es nicht außerhalb der Lebenserfahrung und gerade für den Arzt vorhersehbar, dass Fehler unterlaufen können; besonders bei einer 36-stündigen Schicht. Das Verhalten des Arztes ist grob fahrlässig. Dieses grob fahrlässige Verhalten, welches unmittelbar im Erfolg mündet, ist dem T nicht mehr zuzurechnen, sodass der Risikozusammenhang entfällt. Der Tod des O ist dem T nicht objektiv zuzurechnen.

**II. Ergebnis**

T hat sich gem. § 212 Abs. 1 StGB wegen Totschlages an O nicht strafbar gemacht.

**B. Strafbarkeit des T gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB**

T könnte sich wegen versuchten Totschlages gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er den O mit dem Baseballschläger auf den Kopf schlug.

**I. Vorprüfung****1. Keine Vollendung**

Der tatbestandliche Erfolg des § 212 Abs. 1 StGB ist nicht erfüllt.

**2. Versuchsstrafbarkeit**

Die Versuchsstrafbarkeit ergibt sich aus § 12 Abs. 1 StGB.

**II. Tatbestandsmäßigkeit****1. Tatentschluss**

T müsste mit Tatentschluss gehandelt haben. Er müsste somit Vorsatz gem. § 15 StGB bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale aufweisen. Vorsatz ist der Wille zur Tatbestandsverwirklichung in Kenntnis aller objektiven Tatbestandsmerkmale. T schlug dem O mit dem Baseballschläger auf den Kopf und nahm dabei den Tod des O billigend in Kauf. Er handelte mit bedingtem Vorsatz (dolus eventualis) und hatte somit Tatentschluss.

**2. Objektiver Tatbestand**

T müsste unmittelbar angesetzt haben. Unmittelbar setzt ein Täter an, wenn er subjektiv die Schwelle zum „Jetzt-geht-es-los“ überschritten hat und eine Handlung vornimmt, die in seiner Vorstellung ohne wesentliche Zwischenschritte in ungestörtem Verlauf zu der Tatbestandsverwirklichung führt oder im engen räumlichen oder zeitlichen Zusammenhang mit ihr steht. Bei dem Schlag auf den Kopf des O ist diese Schwelle subjektiv überschritten und es liegt bereits eine Rechtsgutsgefährdung vor. Demnach hat T unmittelbar angesetzt.

**III. Rechtswidrigkeit**

T könnte gem. § 32 StGB gerechtfertigt sein, den O zu verletzen.

**1. Gegenwärtiger Angriff**

Dazu müsste ein gegenwärtiger Angriff auf ein Rechtsgut des T vorliegen.

Ein Angriff ist jedes Verhalten, das ein rechtlich geschütztes Individualitätsinteresse bedroht oder verletzt. Hier beschädigte O das Buch des T und somit liegt ein Angriff vor. Der Angriff müsste gegenwärtig sein, das heißt er müsste unmittelbar bevorstehen, gerade stattfinden oder noch fort-dauern. Die Beschädigung ist bereits abgeschlossen und damit ist der Angriff nicht mehr gegenwärtig.

Somit ist T gem. § 32 StGB nicht gerechtfertigt.

## 2. Ergebnis

Eine Rechtfertigung gem. § 34 StGB ist mangels der Gegenwärtigkeit ebenfalls ausgeschlossen.  
T handelte somit rechtswidrig.

## IV. Schuld

T handelte schuldhaft.

## V. Rücktritt

T könnte jedoch strafbefreiend gem. § 24 Abs. 1 StGB von seinem Versuch zurückgetreten sein.

### 1. Ausschluss Fehlschlag

Der Versuch des T dürfte nicht fehlgeschlagen sein. Wann ein fehlgeschlagener Versuch vorliegt, ist umstritten. Jedenfalls ist der Versuch gemäß der Einzelaktstheorie fehlgeschlagen, wenn bereits eine erfolgstaugliche Handlung vorgenommen wurde, die nach der Vorstellung des Täters nicht zum Erfolg geführt hat. Hier nahm T bereits an, der Tod werde aufgrund der erkannten Lebensgefährdung bald eintreten. Somit ist der Versuch sowohl nach der Einzelaktstheorie als auch nach der Gesamtbetrachtungslehre nicht fehlgeschlagen.

### 2. Rücktrittsart

Fraglich ist, ob ein beendeter oder unbeendeter Versuch vorliegt. Ein beendeter Versuch liegt vor, wenn der Täter denkt, er hätte alles Nötige getan, um den Erfolg herbeizuführen. T erkennt die lebensgefährdende Verletzung und somit liegt ein beendeter Versuch vor.

### 3. Rücktrittshandlung

T müsste gem. § 24 Abs. 1 S. 1 2. Alt. StGB zurückgetreten sein, indem er die Vollendung verhinderte. Die Vollendung trat jedoch ein. Somit müsste sich T gem. § 24 Abs. 1 S. 2 StGB ernstlich bemüht haben, die Vollendung zu verhindern.

Ob dies geschah, ist zweifelhaft.

#### a) Sichbemühen

Ein Täter bemüht sich, wenn er aktiv wird, in einer Weise, die nach seiner Vorstellung dazu geeignet ist, den von ihm in Gang gesetzten Kausalverlauf zu unterbrechen. T rief

den Notarzt an, eine Handlung, die dazu geeignet ist, den Kausalverlauf zu unterbrechen, somit hat sich T bemüht.

#### b) Ernsthaftigkeit

Dies müsste auch ernsthaft geschehen sein, das heißt der T hätte alles in seinen Kräften Stehende tun müssen den Erfolg zu verhindern. T gibt am Telefon jedoch nur vage Informationen ab. Auch ist seine Beschreibung ungenau, sodass mit einer Verfolgung dieser Angaben eine Rettungsmöglichkeit objektiv nicht zu erwarten war. Auch rechnet er nicht ernsthaft mit einer Rettung. Somit hat sich T gem. § 24 Abs. 1 S. 2 StGB nicht ernstlich bemüht. Somit ist T gem. § 24 Abs. 1 StGB nicht strafbefreiend vom Versuch zurückgetreten.

## VI. Ergebnis

T hat sich gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB wegen versuchten Totschlages an O strafbar gemacht.

### C. Strafbarkeit T gem.

#### §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 2. Alt, 5 StGB

T könnte sich gem. §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2 2. Alt, 5 StGB strafbar gemacht haben, indem er dem O mit dem Baseballschläger auf den Kopf schlug.

### I. Tatbestandsmäßigkeit

#### 1. Objektiver Tatbestand

##### a) Körperliche Misshandlung

T könnte den O körperlich misshandelt haben. Eine körperliche Misshandlung ist jede üble, unangemessene Behandlung, die die körperliche Unversehrtheit oder das körperliche Wohlbefinden nicht nur unerheblich beeinträchtigt. Der Schlag auf den Kopf fügt dem O Schmerzen zu und eine Wunde, aus der Blut strömt. Damit ist die körperliche Unversehrtheit erheblich beeinträchtigt und eine körperliche Misshandlung liegt vor.

##### b) Gesundheitsbeschädigung

T könnte den O an der Gesundheit beschädigt haben. Eine Gesundheitsbeschädigung ist das Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen, also heilungsbedürftigen, Zustandes. Die Wunde des O bedarf einer Versorgung und Heilung und somit liegt eine Gesundheitsbeschädigung vor.

*c) Gefährliches Werkzeug*

T könnte die Verletzung mittels eines gefährlichen Werkzeuges gem. § 224 Abs. 1 Nr. 2 2. Alt. StGB herbeigeführt haben. Ein gefährliches Werkzeug ist jeder körperliche Gegenstand, der aufgrund seiner objektiven Beschaffenheit und seiner Benutzung im Einzelfall dazu geeignet ist, erhebliche Verletzungen an Menschen herbeizuführen. T verwendet hier einen Baseballschläger, der üblicherweise aus Metall gefertigt ist und somit erhebliche Verletzungen durch eine Intensivierung der Schlagkraft hervorrufen kann. Bei dem Baseballschläger handelt es sich somit um ein gefährliches Werkzeug.

*d) Lebensgefährdende Behandlung*

T könnte den O mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung verletzt haben. Eine das Leben gefährdende Behandlung ist jede Handlung, die dazu geeignet ist, das Leben eines Menschen zu bedrohen. Umstritten ist, ob es sich um eine abstrakte oder konkrete Gefährdung handeln muss. Hier bedroht die Verletzung des T das Leben des O und somit liegt jedenfalls eine konkrete und somit auch abstrakte Gefährdung vor. Der § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB ist erfüllt.

**2. Vorsatz**

T müsste mit Vorsatz bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale gehandelt haben (§ 15 StGB). T hatte die Absicht bezüglich der Körperverletzung; er wollte O eine Abreibung verpassen und das mit dem Baseballschläger. Er hatte somit *dolus directus* 1. Grades bezüglich der Körperverletzung und des Werkzeuges. Hier hielt T den Tod des O für möglich und somit liegt *dolus eventualis* bezüglich der lebensgefährdenden Behandlung vor. T hatte somit Vorsatz.

**II. Rechtswidrigkeit**

T handelte rechtswidrig.

**III. Schuld**

T handelte schuldhaft.

**IV. Ergebnis**

T hat sich gem. §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2 2. Alt., 5 StGB wegen gefährlicher Körperverletzung strafbar gemacht.

**D. Strafbarkeit des A gem.**

**§§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB**

A könnte sich gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB wegen Mittäterschaft zum versuchten Totschlag strafbar gemacht haben, indem er dem T dazu riet, den Baseballschläger zu nehmen.

Eine Strafbarkeit hier scheidet jedoch an dem fehlenden Tötungsvorsatz des A.

Somit hat er sich nicht gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

**E. Strafbarkeit des A gem.**

**§§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, 2. Alt., 5, 25 Abs. 2 StGB**

A könnte sich gem. §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, 2. Alt., 5, 25 Abs. 2 StGB wegen gefährlicher Körperverletzung in Mittäterschaft strafbar gemacht haben, indem er dem T zur Benutzung des Baseballschlägers riet.

**I. Tatbestandsmäßigkeit****1. Gemeinsamer Tatentschluss**

A und T müssten auf Grundlage eines gemeinsamen Tatentschlusses oder Plans gehandelt haben. T erzählte dem A von seinem Vorhaben, wonach der A dem T zur Benutzung des Schlägers an O riet. Ein gemeinsamer Tatplan liegt vor.

**2. Gemeinsame Tatausführung**

A müsste sich die Tat durch gemeinsame Tatausführung zurechnen lassen. Wann dies vorliegt, ist umstritten.

*a) Tatherrschaftslehre*

Gemäß der Tatherrschaftslehre ist Täter, wer als Zentralgestalt das Tatgeschehen planvoll lenkend in den Händen hält. A ist nicht bei der Tatausführung dabei und leistet keinen überragenden Beitrag im Vorbereitungsstadium; er rät dem T nur zur Benutzung des Schlägers. Nach dieser Ansicht ist eine Mittäterschaft somit zu verneinen.

*b) Subjektive Theorie*

Nach der gemäßigt-subjektiven Theorie ist Täter, wer mit Täterwillen handelt und die Tat als eigene will. A rät dem T nur zur Benutzung des Schlägers, wodurch sich kein überragendes Interesse ableiten lässt. Eine Mittäterschaft ist nach dieser Ansicht abzulehnen.

*c) Streitentscheid*

Die Ansichten kommen zu gleichen Ergebnissen, womit ein Streitentscheid dahinsteht. Es liegt keine gemeinsame Tatausführung vor.

**II. Ergebnis**

A hat sich gem. §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2 2. Alt., 5, 25 Abs. 2 StGB nicht wegen mittäterschaftlicher gefährlicher Körperverletzung strafbar gemacht.

**F. Strafbarkeit des A gem. §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, 2 Alt., 5, 26 StGB**

A könnte sich gem. §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2 2. Alt., 5, 26 StGB wegen Anstiftung zur gefährlichen Körperverletzung strafbar gemacht haben, indem er dem T zu einer Benutzung des Baseballschlägers riet.

**I. Tatbestandsmäßigkeit****1. Objektiver Tatbestand***a) Vorsätzliche rechtswidrige Haupttat*

Es müsste eine vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat vorliegen. T verwirklichte den Tatbestand des §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2 2. Alt., 5 StGB mit Vorsatz und ohne Rechtfertigungsgrund. Somit liegt nach dem Grundsatz der limitierten Akzessorietät eine taugliche, teilnahme-fähige Haupttat vor.

*b) Bestimmen*

A müsste den T zu dieser Tat bestimmt haben. Bestimmen ist das Hervorrufen des Tatentschlusses. A hatte jedoch den Tatentschluss bereits gefasst; A rief lediglich die Benutzung des Baseballschlägers hervor, also Tatentschluss bezüglich der Qualifikation. Fraglich ist, wie dieses Problem der Aufstiftung zu einer Qualifikation zu behandeln ist.

Einer Ansicht nach ist die Aufstiftung lediglich als Beihilfe zu betrachten und damit nicht als vollwertige Aufstiftung anzusehen. Hiernach hätte der A den T also nicht bestimmt und es läge keine Anstiftung vor. Zu prüfen wäre eine psychische Beihilfe.

Einer anderen Ansicht nach ist die Aufstiftung zur Qualifikation zulässig und damit ausreichend für das Bestimmen. Somit hätte der A den T ausreichend bestimmt.

Die Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, sodass ein Streit zu führen ist. Für die erste Ansicht spricht zwar, dass die Aufstiftung nicht möglich sein soll, da der Täter bereits omnimodo facturus ist und des Weiteren spricht die tätergleiche Bestrafung für eine restriktive Auslegung. Jedoch ist die Qualifikation zugehörig zum Tatbe-

stand und erhöht somit den Unrechtsgehalt der Handlung signifikant. Somit ist der letzten Ansicht zu folgen.

A hat den T ausreichend bestimmt. Dieses Bestimmen genügt auch den Ansichten mit den höchsten Anforderungen: einer geistigen Kommunikation und einem Unrechtspakt.

**2. Subjektiver Tatbestand***a) Vorsatz bezüglich der Haupttat*

A hatte Vorsatz bezüglich der Benutzung des Baseballschlägers und der Körperverletzung, jedoch nicht bezüglich der lebensgefährdenden Behandlung.

*b) Vorsatz bezüglich des Bestimmens*

A hatte Vorsatz bezüglich des Bestimmens.

**II. Rechtswidrigkeit**

A handelte rechtswidrig.

**III. Schuld**

A handelte schuldhaft.

**IV. Ergebnis**

A hat sich gem. §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2 2. Alt., 26 StGB wegen Anstiftung zur gefährlichen Körperverletzung strafbar gemacht.

**G. Konkurrenzen**

T verwirklicht den §§ 212, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB in Tateinheit gem. § 52 StGB mit §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2 2. Alt., 5 StGB.

# Staatsrecht II Klausur WiSe 2022/23

Julius Vernie, Bonn

*Der vom Verfasser 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 II: Grundrechte bei Prof. Dr. Klaus F. Gärditz im Wintersemester 2022/2023 geschrieben und mit sehr gut (16 Punkten) bewertet.*

## Sachverhalt

### Aufgabe 1:

Woraus und wie leitet sich das Bundesverfassungsgericht das Grundrecht auf Demokratie her? Erläutern Sie den Gewährleistungsgehalt des Demokratie-Grundrechts und erklären Sie dabei auch seine europaverfassungsrechtliche Ausweitung.

### Aufgabe 2:

- Unter welchen Voraussetzungen sind juristische Personen grundrechtsfähig?
- Sind juristische Personen des öffentlichen Rechts grundrechtsfähig?
- Diskutieren Sie, welche Argumente für und gegen die Grundrechts- und Verfassungsbeschwerdefähigkeit von Vattenfall – eine vom schwedischen Staat gehaltene juristische Person des Privatrechts, die in Deutschland tätig ist und die Verletzung von Art. 14 GG rügt – sprechen. Gehen Sie insbesondere auf die beiden alternativen Ansätze für die wesensgemäße Anwendbarkeit ein.

### Aufgabe 3:

Welche Anforderungen stellen der Grundsatz der Rechtswegerschöpfung und der Subsidiarität für eine zulässige Verfassungsbeschwerde auf? Wann bzw. in welchen Rügekonstellationen gebieten die Grundsätze die Erhebung der fachgerichtlichen Anhörungsrüge?

### Aufgabe 4:

Der Bundesgesetzgeber beabsichtigt die Abschaffung des Grundrechts auf Asyl gemäß Art. 16a GG. Ist das Vorhaben mit Art. 79 Abs. 3 GG vereinbar?

### Aufgabe 5:

- Erläutern Sie die individual-freiheitliche Konnotation und die rechts(schutz)erweiternde Konsequenz, die das weite Verständnis der allgemeinen Handlungsfreiheit in Art. 2 Abs. 1 GG infolge der Elfes-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts mit sich bringen.
- Was ist unter „verfassungsmäßiger Ordnung“ i. S. v. Art. 2 Abs. 1 GG zu verstehen? Wie lässt es sich begründen, dass die anderen beiden Schranken der Schrankentrias in der Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung aufgehen?

### Aufgabe 1:

Das Grundrecht auf Demokratie ergibt sich aus Art. 1 Abs. 1 GG i. V. m. Art 20 Abs. 2 S. 1 GG. Es gewährleistet, dass jeder Einzelne staatliches Handeln bewerten und überprüfen kann und letztlich durch die Wahrnehmung etwa seines Wahlrechts auch Einfluss auf den Staat nehmen kann. Dies hat vor allem Bedeutung im Hinblick auf die zunehmende Übertragung von Kompetenzen an die Europäische Union. EU-Recht muss vom deutschen Gesetzgeber in nationales Recht umgesetzt werden, wird ihm also vorgegeben und entspricht damit nicht zwangsläufig dem mehrheitlichen Willen des deutschen Volkes. Es ist im Grundsatz auch nicht am Maßstab des GG, insbesondere der Grundrechte, überprüfbar. Im Rahmen des Lissabon-Urteils hat das BVerfG dem Gesetzgeber deswegen auferlegt, sorgfältig zu prüfen, welche Kompetenzen er der EU überträgt und ob die EU stets im Einklang mit den grundlegenden Wertungen des GG steht. Das BVerfG hat weiterhin entschieden, dass es selbst befugt ist, EU-Recht grundrechtlich zu überprüfen, sofern dem deutschen Gesetzgeber bei der Umsetzung in nationales Recht noch Auslegungsspielräume offenstehen. Wenn das europäische Recht solche Spielräume nicht bietet, kann es zwar nicht grundrechtlich geprüft werden. Das BVerfG sieht sich in

diesem Fall aber befugt, selbst eine Überprüfung an der EU-Grundrechtecharta vorzunehmen.

### Aufgabe 2a:

Gemäß Art. 19 Abs. 3 GG gelten die Grundrechte auch für juristische Personen, wenn sie inländisch sind und soweit sie ihrem Wesen nach auf die juristische Person anwendbar sind. Inländisch ist die juristische Person, wenn sie ihren Sitz im Inland hat. Zur Auslegung der wesensgemäßen Anwendbarkeit gibt es zwei vertretene Ansätze:

Eine Ansicht stellt auf die einzelnen Menschen ab, die in der juristischen Person organisiert sind und fragt, ob das Grundrecht auf die einzelnen Menschen durchgreift, die Menschen also ihr eigenes Grundrecht nur durch die juristische Person wahrnehmen.

Eine andere Ansicht sieht die wesensgemäße Anwendbarkeit gegeben, wenn die juristische Person in dem Grundrecht ähnlich wie eine natürliche Person beeinträchtigt werden kann.

### Aufgabe 2b:

Grundsätzlich sind juristische Personen des öffentlichen Rechts nicht durch die Grundrechte geschützt. Das ergibt sich aus dem Konfusionsargument: Der Staat, der gemäß Art. 1 Abs. 3 GG durch die Grundrechte gebunden ist, kann nicht gleichzeitig von ihnen geschützt sein. Die Freiräume, die die Grundrechte gewähren, sollen ihm gerade nicht zustehen. Ausnahmsweise können juristische Personen öffentlichen Rechts sich aber dennoch auf einzelne Grundrechte berufen, wenn sie den Einzelnen Freiräume ermöglichen und so eine gewisse Staatsferne gewährleisten sollen. Als Ausnahme-Trias anerkannt sind die Universitäten (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG), die Kirchen als Körperschaften öffentlichen Rechts (Art. 4 GG) und der öffentlich-rechtliche Rundfunk (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG).

### Aufgabe 2c:

Privatrechtliche juristische Personen, die zumindest mehrheitlich in der Hand des deutschen Staates sind, sind nicht von den Grundrechten geschützt. Grund dafür ist ebenfalls das bereits erläuterte Konfusionsargument. Für ausländische Staatsunternehmen kann dies jedoch nicht überzeugen, denn ein ausländischer Staat ist nicht an die deutschen Grundrechte gebunden.

Fraglich ist allerdings, ob auf ein Staatsunternehmen Grundrechte dem Wesen nach anwendbar sind. Nach der ersten, bereits erläuterten, Ansicht ist dies nicht der Fall, denn hinter einem Staatsunternehmen stehen eben nicht einzelne Private, sondern der ausländische Staat.

Die zweite Ansicht stellt auf die Ähnlichkeit der Betroffenheit ab. Da ein ausländischer Staatskonzern ebenso Eigen-

tum haben kann wie ein einzelner Bürger, läge nach dieser Ansicht ein Grundrechtsschutz vor.

Zuletzt ist noch Art. 18 AEUV zu erwähnen, der es EU-Mitgliedstaaten verbietet, juristische Person anderer Mitgliedstaaten anders zu behandeln als inländische. Letztlich erscheint die zweite Ansicht, wonach es für die wesensgemäße Anwendbarkeit auf die Ähnlichkeit der Betroffenheit im Vergleich zu einer natürlichen Person ankommt, überzeugender. Daher ist Art. 14 GG dem Wesen nach auf Vattenfall anwendbar und es erscheint mit Blick auf die anderen Argumente angemessen, dem Unternehmen die Verfassungsbeschwerde zu ermöglichen.

### Aufgabe 3:

Gemäß § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG muss der Rechtsweg erschöpft sein (soweit er eröffnet ist), bevor Verfassungsbeschwerden erhoben werden kann. Der Beschwerdeführer muss vorher also alle anderen prozessualen Möglichkeiten nutzen, um die potenzielle Grundrechtsverletzung abzuwehren. Das Bundesverfassungsgericht soll so entlastet werden. Gegen formelle Gesetze ist der Rechtsweg allerdings nicht eröffnet, wie sich aus dem Art. 100 Abs. 1 GG ergibt.

Weiterhin muss der Beschwerdeführer auch alle anderen Möglichkeiten nutzen, um die potenzielle Grundrechtsverletzungen abzuwehren (materielle Subsidiarität). So kann etwa verlangt werden, dass der Beschwerdeführer zunächst eine Ermessensentscheidung seitens der Verwaltung abwartet, bevor er gegen die zugrundeliegende Norm Verfassungsbeschwerde erhebt. Dies gilt allerdings nur, soweit ihm die Folge zumutbar ist.

Soll eine Urteilsverfassungsbeschwerde auf Art. 103 Abs. 1 GG gestützt werden, so kann verlangt werden, dass der Beschwerdeführer bereits im fachgerichtlichen Prozess eine Gehörsrüge geltend macht. Dies ist allerdings nicht der Fall, wenn die behauptete Verletzung rechtlichen Gehörs erst im höchstinstanzlichen Prozess stattgefunden hat.

### Aufgabe 4:

Eine Verfassungsänderung durch den Gesetzgeber kann nur am Maßstab des Art. 79 Abs. 3 GG überprüft werden. Fraglich ist hier, ob die Streichung des Art. 16a GG einen unzulässigen Eingriff in die Menschenwürde gemäß Art. 1 Abs. 1 GG darstellt. Ein Eingriff in die Menschenwürde liegt vor, wenn der Mensch zum bloßen Objekt staatlichen Handelns wird, ihm also seine Qualität als Subjekt abgesprochen wird. Das Recht auf Asyl gewährt Schutz, wenn dem Asylbewerber in seinem Herkunftsland besonders schwerwiegende und ungerechtfertigte Übel drohen. Es gewährt jedem Asylbewerber zumindest so lange Schutz, bis die von ihm angeführten Gründe für den Asylantrag überprüft worden sind. Mit der Abschaffung des Asylrechts würden all diese Schutzrechte abgeschafft. Ein anerkannter Verstoß gegen die Menschenwürde ist die

Abschiebung eines Ausländers, dem in seinem Herkunftsland die Todesstrafe droht. Mit der Abschaffung des Art. 16a GG würde Schutzsuchenden schon die Möglichkeit verweigert, ihr Anliegen überhaupt vorzubringen. Dies käme faktisch einer pauschalen und direkten Abschiebung gleich. Daher muss auch die völlige Abschaffung des Rechts auf Asyl als Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 GG angesehen werden. Sie ist daher unvereinbar mit Art. 79 Abs. 3 GG und somit verfassungswidrig.

### **Aufgabe 5a:**

Die Frage der Auslegung des Art. 2 Abs. 1 GG war lange umstritten. Teilweise wurde vertreten, nur der Kern der Persönlichkeit und darauf aufbauendes Verhalten seien geschützt. Die heutige ganz herrschende Meinung sieht hingegen beliebiges Verhalten als vom Schutzbereich umfasst an. Dafür sprechen einerseits der Wortlaut eines früheren Entwurfs „Jeder darf tun und lassen, was er will“, der vom Parlamentarischen Rat lediglich aus sprachästhetischen Gründen geändert wurde. Vor allem überzeugt aber das Argument, dass nur der Einzelne für sich selbst festlegen kann, was er als Kern seiner Persönlichkeit ansieht. Somit besteht durch das GG ein lückenloser Grundrechtsschutz. In der Folge heißt das, dass der Staat für jede Regulierung zumindest eine gewisse Rechtfertigung braucht und nicht völlig willkürlich in die Freiheit der Bürger eingreifen darf.

### **Aufgabe 5b:**

Die Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung des Art. 2 Abs. 1 GG meint die Gesamtheit aller formellen und materiellen Normen. Sie erfüllt eine Brückenfunktion, da sie dem einzelnen Bürger im Rahmen der Verfassungsbeschwerde ermöglicht, jede Norm durch das BVerfG überprüfen zu lassen. Dies wäre sonst nur durch die abstrakte oder konkrete Normenkontrolle möglich, die dem einzelnen Bürger allerdings nicht offenstehen. Faktisch handelt es sich bei der Schranke um einen einfachen Gesetzesvorbehalt.

Insofern stellen „die Rechte anderer“ keine eigenständige Schranke dar, denn diese Rechte werden ja gerade durch die Gesamtheit der Gesetze bestimmt. Auch das Sittengesetz fügt keine neue Schranke hinzu: Die Werte der Gesellschaft sollen sich in der verfassungsmäßigen Ordnung in formalisierter Form niederschlagen. Eine darüberhinausgehende Bewertung des Verhaltens des Einzelnen darf dem Staat richtigerweise nicht zustehen. Die Rechte anderer und das Sittengesetz gehen daher in der verfassungsmäßigen Ordnung auf.

# Als Jurist in die Diplomatie – „Zeit für eine Midlife-Crisis blieb nicht“

Dr. Peter Woeste, El Salvador\*

Das war die Initialzündung. In meinem vierten Jurasemester erhielt ich ein Stipendium für einen Werkstudentenaufenthalt in Südafrika. Seitdem wollte ich raus. Raus aus der Enge der deutschen Biedermeierlichkeit, raus aus den mittelalterlichen Gassen meiner durchaus geliebten alma mater in Marburg. Ein erster Ausbruchversuch führte nach Lausanne, in den frühen 80ern des vergangenen Jahrhunderts neben Genf für Juristen einer der wenigen Studienorte im Ausland. Frankreich wollte mich nicht, da ich noch kein Französisch sprach, der Lernwille allein reichte nicht. Wie das „raus“ möglich wäre, wäre in Bonn und Genf im letzten Jahrzehnt des alten Westdeutschlands vielleicht klarer gewesen – Marburg und Lausanne produzierten Rechtsanwälte und Richter, kaum Diplomaten. Das „raus“ suchte ich auch aus Jura, denn ich sah mich gerade mit zunehmender Referendarzeit, die mich auch nach Bangkok in eine US-Großkanzlei und nach San Francisco gebracht hatte, nicht in einer rein juristischen Karriere. Am Frankfurter OLG schüttelte man nur den Kopf – wie wollen Sie denn Examen machen bei all dem Urlaub im Ausland?

Bis heute wird ein Auslandsjob mehr mit Palmen als mit Arbeit verbunden. Gerade beim Blick von außen offenbart sich viel Selbstzentriertheit dieser Wirtschaftsmacht mit oft sehr regionalem Horizont. Als wären wir die letzte Cola in der Wüste werden deutsches Abitur, deutsche Examina und deutsche Bürokratie verteidigt, während es weltweit längst modernere Alternativen gibt und selbst in El Salvador beispielsweise die Autozulassung in Minutenschnelle mit ausgedrucktem Chipkärtchen statt mehrseitigem Kfz-Brief erfolgt – produziert übrigens von einer deutschen Firma.

Es waren zufällige „Urlaubs“-Begegnungen mit Diplomaten, die mir dieses Fenster zeigten. Dabei war die Aussicht auf eine Beamtenlaufbahn eher zweite Wahl. Doch deutsche Großunternehmen, bei denen ich anklopfte, waren ebenso wie mein Frankfurter Ausbilder noch in der Deutschland AG gefangen. „Bekommen Sie erst mal Stallgeruch, das mit dem Ausland, das kann man später mal sehen.“

Bis heute zolle ich dem Auswärtigen Dienst größten Respekt, auch seinen jüngsten Mitarbeitern zuzutrauen, dass sie die Chancen der Freiheit im Ausland zum Wohl des

Amts und unseres Landes nutzen.<sup>1</sup> Unvergesslich mein erster Chef am ersten Arbeitstag: „Auf Ihrem Schreibtisch liegen Akten. Sie fahren morgen nach Brüssel – und machen Sie dort den Mund auf.“ Es folgte rasch der Auslands-umzug. Mich verschlug es als Ständigen Vertreter des Botschafters, sprich als zweiten Mann, in die Mongolei. Die Botschaft dort hatten wir gerade im Zuge der deutschen Einheit geerbt. Der Botschafter stand praktisch am Flughafen, um mir die Schlüssel in die Hand zu drücken. Er wollte endlich in den Urlaub. Ein Sprung ins kalte Wasser, Abenteuer pur. Meine Frau, gerade approbierte Ärztin, konnte sofort in Ulan Bator arbeiten – für umgerechnet 20 USD im Monat.

Doch noch einen Schritt zurück: Das Jurastudium hat mich auf diesen Beruf gut vorbereitet, auch wenn ich seit Eintritt in das AA keinen Tag mehr praktisch juristisch gearbeitet habe. Das lief für viele meiner Kolleginnen und Kollegen anders, denn als große Behörde braucht das Amt vom Völkerrecht bis zu den Visafragen viele, auch begeisterte Juristen. Doch auch hier bleibt von den Rotationsbeamten niemand in einer Speziallaufbahn. Mal Jura, ja, immer Jura, nein.<sup>2</sup> Bei aller Kritik an der Reformunfähigkeit unseres Studiums, es lehrt das strukturierte Denken. Aber was hilft die Analyse, wenn man sie nicht vermitteln kann. Daher sollte man schreiben können. Vielleicht gerade nicht nur juristisch. Ich profitiere bis heute von einem journalistischen Hintergrund, was gut für Neugier, aber noch besser für die Vermittlung der Neuigkeiten ist. Die freie Rede sollte einem liegen, noch ein Manko unserer schriftfixierten Ausbildung.

Im Auswärtigen Dienst gibt es vier Laufbahnen. Nur der höhere Dienst führt – mit etwas Glück – am Ende zur Position als Missionschef. Diese Leiterstellen werden fast ausschließlich von Berufsdiplomaten ausgefüllt. Das Modell anderer Staaten der „political appointees“ meidet das AA. Für den höheren Dienst muss man einen mindestens masterwertigen Studienabschluss mitbringen – egal in welchem Fach, sollte zudem Fremdsprachen beherrschen (Englisch und eine weitere UNO-Sprache sind Pflicht, mehr ist Kür). Gesucht sind sowohl Juristen mit nur einem

\* Peter Woeste, geb. 1959 im westfälischen Werdohl, studierte Jura in Marburg und Lausanne und wurde zwischen den beiden Staatsexamina mit einer rechtsgeschichtlichen Arbeit promoviert. Er ist Autor mehrerer Sachbücher und war wissenschaftlicher Kommentator u. a. zur Charta der Vereinten Nationen. Seit 2020 ist er als deutscher Botschafter in El Salvador tätig.

1 Nähere Informationen zur Karriere im Auswärtigen Dienst: [www.auswaertiges-amt.de/de/karriere](http://www.auswaertiges-amt.de/de/karriere).

2 Seit 2023 gibt es eine »nicht-technische Verwaltungslaufbahn« für Personen, die nicht der Rotation unterliegen, dafür aber als Expertinnen und Experten einen eigenen Spezialisten-Karriereweg einschlagen können.

Examen, ein wenig despektierlich als „Kleine Juristen“ bezeichnet, als auch Volljuristen. Die Promotion ist in meinem Jahrgang vermutlich eher weiter verbreitet als heute, wo ein ausländischer Master eine gute Alternative ist. Überhaupt, wo früher einige Auslandssemester ausreichten, sollte es heute ein Abschluss sein. Anders als alle anderen Ministerien stellt das AA nach französischem Vorbild einmal im Jahr nach einem allgemeinen Concours eine ganze Gruppe ein. Das Jahr als Attaché an der amtseigenen „Akademie Auswärtiger Dienst“ ergänzt Schwächen im Lebenslauf, sei es in Geschichte, sei es in Volkswirtschaft, sei es in Sprachen – von Jura sind Juristen befreit. Es ist ein exklusives Angebot auf Top-Niveau mit Auslandsaufenthalt, erstklassigen Referenten und hochkarätigen Besuchen. Die Attachégruppe bleibt das ganze Berufsleben ein wichtiges soziales Netz, als „Crew“ durchnummeriert seit der ersten Nachkriegscrew nach Ende des Zweiten Weltkriegs. Da man meist schon überakademisiert ist, wenn man den Schritt zum Amt wählt, ist die soziale Bindung in einem sonst oft bindungslosen Berufsumfeld der m. E. wichtigere Teil der Attachézeit.

Ich weiß noch, wie ich am ersten Tag bei der Vorstellungsrunde der neuen, meiner Crew über mich selber staunte, wo ich hingeraten war. Es waren Typen versammelt, keine Eierköpfe, auch wenn keiner seine akademischen Meriten verstecken musste. Es schienen fast alle Studiengänge versammelt, nicht nur Juristen und Volkswirte, auch wenn wir die größte Teilgruppe waren. Es gab Forstwirte und Physiker, Geographen und Historiker. Bis heute schätze ich die Freiheit, auch Paradiesvogel-Interessen nachgehen zu können. Da gibt es den Dichter, der auf Rumänisch Lyrik verfasst, da gibt es den Botschafter, der als katholischer Diakon am Sonntag Kinder tauft, da gibt es Autoren von Krimis und auch Kommentatoren juristischer Standardwerke, aber auch Künstler mit respektablen Ausstellungen. Das ist nicht nur erlaubt, sondern auch gerne gesehen.

Verdrängt wird oft ein soziales Problem. Es ist nicht einfacher geworden, für diesen Beruf eine Partnerin oder einen Partner zu finden. Zwei Karrieren, es sei denn, man findet sich mit gleichem Berufsziel während der Attachézeit, sind in der Realität praktisch unmöglich. Idealerweise hat man schon vor Dienstantritt einen gemeinsamen Lebensplan für sich, für die Partnerschaft, für die Familie. Die hohe Zahl bi-nationaler Ehen im Amt zeigt, dass viele erst später fündig werden – doch die Karrierefrage wird damit nicht weniger drängend. Schon als rein deutsches Doppelakademikerpaar war es schwierig. Mal wurde die Approbation meiner Frau nicht anerkannt, mal war der Ärztemarkt in Berlin überschwemmt und niemand wartete auf eine Rückkehrerin mit suspekter Auslandserfahrung. Immerhin, der Heimatmarkt ist heute besser. Doch man ist in erster Linie auf sich allein gestellt.

Regelmäßig umzuziehen muss einem gefallen. Zur Rotation muss man sich bei Dienstantritt bekennen. Und nicht immer fallen Wunsch und Wirklichkeit, Eigen- und Fremdwahrnehmung zusammen. Aus der Mongolei ging es zurück in die Zentrale, damals Bonn, danach nach Südafrika, ein Heimspiel. Es folgte Berlin, danach New York und

wieder Berlin. Mal waren es zwei Jahre, mal fünf. Ich ging als Botschafter nach Malawi, nach Ruanda und jetzt nach El Salvador, war zwischenzeitlich noch einmal kurz in der Wissenschaft an einem Hamburger Forschungsinstitut, dem GIGA. Gearbeitet habe ich auf Englisch, Französisch und Spanisch. Bei der UNO bemerkte ich, dass ich gerne und gut verhandele, in Malawi gab es mir Glücksgefühle, entscheidend zur Wiederbelebung eines Nationalparks beigetragen zu haben, und an manchen Orten durfte ich Oppositionellen rechtzeitig über die Grenze helfen. Praktische Lebensfähigkeit sollte mindestens so groß geschrieben werden wie die akademische Qualifikation. Zeit für Midlife-Crisis blieb nicht, denn dann stand schon wieder ein Wechsel an. Unsere in London lebende Tochter schreibt auf ihrem Blog über das Aufwachsen als „Third Culture Kid“: „I grew up bilingual, as a diplomat's daughter, and would move countries roughly every four years throughout my childhood, on four different continents, in six countries, and have moved houses ten consecutive times.“ Man braucht schon eine Familie, die das mitmacht, will man nicht das auch immer öfter vorkommende Modell der Solotänzerin oder der Fernbeziehung wählen. Ob das dann noch die erhoffte kulturelle Anregung, das erwünschte Abenteuer, oder eher ein Montagejob ist, muss sich fragen, wer diesen Weg geht. Doch während ich als Diplomat am Ende in einer deutschen Verwaltung arbeite, sind Partnerin und Kinder jedes Mal einem komplett neuen Umfeld ausgesetzt. Da muss es zu Hause stabil sein, soll es klappen. So farbig das alles klingen mag, so schwierig ist dieser Beruf. Was sind gute Beziehungen, was ist moderne Diplomatie? Jeder Zeitungsleser glaubt, mitreden zu können. Man muss sich nur die Kommentare und vor allem Hasskommentare ansehen, die auf die oberste Chefin des Auswärtigen Amtes niederprasseln. Allenfalls beim Fußballbundestrainer gibt es ähnlich viele Experten. Mal fordern Bürgerinnen und Bürger interessengeleitete Realpolitik, mal soll es menschenrechtsgeleitete Wertepolitik sein. Ein Spagat, wo mehr Grau als klares Schwarz und Weiß existieren. Es gibt auch ein persönliches Risiko, es sei denn, man wäre das Modell „Beamter mit Ärmelschoner“. Ich selber musste ein Land vorzeitig verlassen, wohl weil meine Interpretation des Einsatzes für Menschenrechte der Gastregierung missfiel. Vor allem aber leidet die ganze Familie. Viele Kolleginnen und Kollegen mussten in den letzten Monaten Russland als Opfer eines uns aufgezwungenen politischen Pokers überstürzt verlassen. Das bedeutet abgebrochene Schuljahre für Kinder und ungewisse Neuanfänge aus dem Koffer in Berlin. Das gilt erst recht, wer nur mit einem Rucksack an Habseligkeiten militärisch evakuiert wird, der froh ist, seine nackte Haut zu retten und besser nicht an zurückgelassene Haustiere und liebgewonnene Erinnerungsstücke denkt, wie zuletzt im Sudan. Ganz praktisch: Wir haben in Zeiten moderner Fotobücher immer eine Sicherheitskopie ausgedruckt in Deutschland. Andererseits ist Krise auch die Zeit von Politik. Bei einem – dann gescheiterten – Putschversuch war der permanente Dialog mit der rechtmäßigen Präsidentschaftskandidatin entscheidend, um die Verfassung zu wahren. Gleichzeitig

stockten wir den Lebensmittelvorrat in der Residenz auf, falls es noch kritischer werden würde und die deutsche Gemeinschaft Schutz suchen würde.

Etwa die Hälfte meines Berufslebens habe ich im Inland verbracht. Mit den Stärken und Schwächen einer Mammutbehörde muss man leben können. Es wird viel verwaltet, auch Politik. Regiert wird schriftlich, heißt es in Deutschland. Dafür werden Unmengen von Papier verfasst, umgeschrieben, neu gefasst und verworfen. Wer Angst hat vor dem Räderwerk des Großbetriebs, wird allerdings auch bei Siemens oder der Deutschen Bank nicht glücklich werden. Über 12.000 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, davon 1.600 im hier beschriebenen höheren Dienst, lassen sich nicht wie ein Start Up oder eine eigene Kanzlei organisieren. Hinzu kommen noch über 5.000 lokal Beschäftigte an den 230 Auslandsvertretungen. Die meisten sind kleine Betriebe. In El Salvador sind es nur 25 Kolleginnen und Kollegen.

Dort wiederum genießt man eine ungeheure Freiheit. Der Botschafter ist nicht nur Behördenleiter, er ist vor allem der persönliche Vertreter des Bundespräsidenten vor Ort. Der altmodisch klingende Titel des „außerordentlichen und bevollmächtigten Botschafters“ verweist auf diese einzigartige Position, die besondere Verantwortung verlangt. Daneben ist er noch Notar, politischer Analyst, Wirtschaftsberater, Journalist und Talk-Show-Gast in einer Person. Er muss beim Holocaust-Gedenken ebenso die richtigen Worte finden, wie im TV-Sportstudio, wenn es gilt, das Spiel der Fußballnationalmannschaft zu kommentieren. Die Botschaft sitzt ex officio im Schul- und Kammermervorstand, kracht es, ist der Botschafter gefragt. Besonders schätze ich die regelmäßigen Treffen im EU-Kreis. Sie verhindern, zum politischen Geisterfahrer zu werden, wenn man seine eigene politische Analyse mit derjenigen der Kolleginnen und Kollegen vergleichen kann. Es ist nicht langweilig.

Würde ich heute noch einmal den Auswärtigen Dienst wählen? Die Zeiten ändern sich. Es gibt unterdessen interessante und auch lukrativere Alternativen, bei der EU, in Großunternehmen, in Großkanzleien, in den Medien oder bei den internationalen Unternehmens-Consultings. Die Berufswahl unserer Kinder zeigt das Dilemma. Sie sind im Consulting-Geschäft, bei Londoner oder US-Großunternehmen. Auch wegen der Partnerfrage haben sie sich gegen die Diplomatie, aber für das internationale Leben entschieden. Man muss nicht gleich auswandern, wofür das deutsche Jurastudium mit seiner überholten Fixierung auf das Idealbild des Richters übrigens eine m. E. besonders schlechte und antiquierte Grundlage bietet.

Alle diese Karrieren erlauben, den Auslandswunsch mit der Verankerung in der Heimat zu verbinden. Für Juristen gibt es die einzigartige Möglichkeit, eine Station der Referendarzeit an einer Auslandsvertretung zu verbringen. Man sollte in sich selbst hineinhorchen, ob man eher das Juristische sucht, und wieviel Ausland einem selbst und der Partnerschaft gut tut, wie wichtig die finanzielle Seite ist, oder das, was man heute Work-Life Balance nennt. Meiner Frau und mir hat dieser Lebensweg Erfüllung gebracht.

# Professorenvorstellung

Prof. Dr. Markus Wagner



Foto: Yvonne Mester, Fachbereich Rechtswissenschaft Universität Bonn

Geboren und aufgewachsen bin ich in Augsburg. Während der Schulzeit habe ich mich für vieles interessiert – insbesondere Naturwissenschaften, Geschichte und Fremdsprachen, einen speziellen Bezug zur Juristerei hatte ich ursprünglich eigentlich nicht. An Sprachen hat mich vor allem immer ein logisch-systematischer Zugang gereizt; spannend fand ich, wie aus verschiedenen Satzkonstruktionen unterschiedliche Bedeutungen hervorgehen etc. (böse Zungen würden behaupten, ich sei schon damals ein „Wortklauber“ gewesen). Neben Texten mochte ich aber auch die Arbeitsweise der Naturwissenschaften. Irgendwann kam ich dazu, dass das im Grunde genommen das ist, was Juristinnen und Juristen machen – mein Interesse war

geweckt. Um mir einen ersten Eindruck zu verschaffen, habe ich in der Kollegstufe den Leistungskurs „Wirtschaft und Recht“ belegt, wo wir erste Einblicke insbesondere in den Allgemeinen Teil des BGB und das Schuldrecht bekamen, was mir sehr gut gefallen hat. Besonders interessiert hat mich aber damals schon das Strafrecht, das aber nicht Teil des eigentlichen Stoffs war, weshalb ich dazu ein Referat gehalten habe (an das ich mit meinem heutigen Horizont lieber nicht mehr zurückdenken möchte). So reifte in mir der Entschluss, Jura zu studieren.

Da die Augsburger Jurafakultät einen guten Ruf genoss (sowie aus einem gewissen Maß an Verbundenheit gegenüber meiner bayerisch-schwäbischen Heimat) entschied ich mich nach dem Abitur 2007, das Studium dort zu beginnen. Dank toller Dozentinnen und Dozenten und einer extrem engagierten Fachschaft, deren Teil ich später werden durfte, hat das Studium mich sofort begeistert und voll eingenommen. Nach meiner ersten Vorlesung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts war für mich klar: Ich will mit Leib und Seele Strafrechtler sein. Neben der Materie selbst lag das auch zu einem großen Teil an dem Dozenten, meinem späteren akademischen Lehrer Herrn Prof. Dr. Thomas Rotsch, dessen eigene Begeisterung für das Strafrecht ansteckend war. Bereits in meinem zweiten Fachsemester bekam ich die Gelegenheit, an seinem Lehrstuhl als studentische Hilfskraft anzufangen, wodurch ich sehr früh Einblicke in den Wissenschaftsbetrieb gewinnen konnte und schon bald zum Schluss kam, dass diese Art und Weise des Umgangs mit dem Strafrecht mir sehr viel mehr liegen würde als etwa eine Tätigkeit in der Strafjustiz – nicht zuletzt auch deswegen, weil ich mir sehr gut vorstellen konnte zu unterrichten. Von da an war mein weiterer Weg für mich klar: Ich belegte den strafrechtlichen Schwerpunkt und entdeckte so meine Leidenschaft vor allem für das Wirtschaftsstrafrecht und das Internationale Strafrecht. Als ich gerade mitten im ersten Staatsexamen steckte, erhielt mein Lehrer einen Ruf an die Justus-Liebig-Universität Gießen, den er annahm; da bereits abgesprochen war, dass er mein Doktorvater werden sollte, folgte ich ihm 2011 nach dem Examen ins hessische Exil.

In Gießen verbrachte ich die darauffolgenden zehn Jahre: Während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter verfasste ich meine Dissertation („Die Akzessorität des Wirtschaftsstrafrechts“) und sammelte meine ersten Erfahrungen in Forschung und Lehre. Anschließend leistete ich das Referendariat im Bezirk des Landgerichts Gießen ab und kehrte 2017 als Habilitand und Akademischer Rat auf

Zeit an den Lehrstuhl zurück. Ich schloss meine Habilitationsschrift („Die Entsprechungsklausel in § 13 Abs. 1 StGB“) ab und habilitierte mich im Februar 2022 am Giessener Fachbereich, der mir die Lehrbefugnis (sog. „*venia legendi*“) für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Internationales Strafrecht verlieh. Bereits kurz zuvor hatten meine „Wanderjahre“ als Lehrstuhlvertreter begonnen: Das Wintersemester 2021/22 führte mich an die Universität Leipzig, das Sommersemester 2022 zurück nach Hessen an die Philipps-Universität Marburg. Währenddessen erreichte mich zu meiner großen Freude der Ruf nach Bonn, dem ich sehr gerne zum Wintersemester 2022/23 gefolgt bin. Seither habe ich die Ehre, ein Teil dieses renommierten Fachbereichs sein zu dürfen, der mich dankenswerterweise sehr freundlich aufgenommen hat.

In der Lehre kann man mir in Bonn an verschiedenen Stellen begegnen: Bisher habe ich neben den Grundkursen Strafrecht I und II vor allem im Schwerpunktbereich Kriminalwissenschaften unterrichtet, aber auch ein Proseminar für Studierende der mittleren Semester veranstaltet und das Probeexamen im Klausurenkurs besprochen. Das eröffnet mir die Möglichkeit, mit möglichst vielen Studierenden des Fachbereichs ins Gespräch zu kommen, wofür ich sehr dankbar bin. Ich habe von Anfang an sehr gerne gelehrt und hoffe, meine Freude an den verschiedenen Teildisziplinen des Strafrechts an die Studierenden weitergeben zu können.

Der Besuch von Veranstaltungen reicht aber für ein erfolgreiches Jurastudium nicht aus – die eigentliche Lernarbeit findet in der Bibliothek oder am heimischen Schreibtisch statt. Dafür bedarf es guter didaktischer Literatur. Um auch hierzu einen Beitrag zu leisten, arbeite ich nicht nur zurzeit an verschiedenen Lehrbüchern, sondern leite auch seit einigen Jahren die ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium ([www.zjs-online.com](http://www.zjs-online.com)). In dieser kostenlosen und frei zugänglichen Online-Zeitschrift veröffentlichen wir alle zwei Monate zahlreiche Beiträge, die für Studierende interessant sein sollen: Dazu gehören insbesondere Klausuren und Hausarbeiten sowie Besprechungen zu aktueller Rechtsprechung, aber auch wissenschaftliche Aufsätze zu ausbildungsrelevanten Themen und didaktische Beiträge zu Klausurtaktik, wissenschaftlicher Methodik in Haus- und Seminararbeiten usw.

Meine Forschung erstreckt sich auf verschiedene Bereiche: Neben den klassischen Kernbereichen des Straf- und Strafprozessrechts beschäftige ich mich zum einen viel mit Wirtschaftsstrafrecht – z. B. der Reichweite der Unterlassungsverantwortlichkeit von Leitungspersonen, Untreue oder Insolvenzdelikten, aber auch der sog. Criminal Compliance. Zum anderen forsche ich zu verschiedenen Fragen des Völkerstrafrechts. Das betrifft zum einen das „echte“, internationale Völkerstrafrecht, also etwa die Tätigkeit des Internationalen Strafgerichtshofs in Den Haag, aber auch das „nationale Völkerstrafrecht“ in Gestalt des deutschen Völkerstrafgesetzbuchs, das seit einigen Jahren immer größere Bedeutung bei der Aufarbeitung von Völkerrechtsverbrechen auf der ganzen Welt erlangt. Darüber hinaus befasse ich mich mit den rechtstheoretischen Grundlagen

des Strafrechts, insbesondere der sog. Normentheorie ([www.normentheorie.org](http://www.normentheorie.org)). Bei alledem schätze ich den wissenschaftlichen Austausch mit Kolleginnen und Kollegen nicht nur aus dem deutschsprachigen Raum, sondern aus aller Welt – der internationale Diskurs erweist sich regelmäßig als sehr spannend und fruchtbar. Damit auch die Studierenden davon profitieren können, lade ich immer wieder ausländische Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler als Gastrednerinnen und Gastredner in meine Veranstaltungen ein, um einen Blick über den Tellerrand zu ermöglichen.

Ich freue mich wirklich sehr, für einige Zeit am Bonner Juridicum tätig sein zu dürfen – bitte zögern Sie nicht, mich in Belangen aller Art gerne persönlich oder per E-Mail ([wagner@jura.uni-bonn.de](mailto:wagner@jura.uni-bonn.de)) anzusprechen!



[www.bonner-rechtsjournal.de](http://www.bonner-rechtsjournal.de)

ISSN 1866 - 0606