



### HERAUSGEBER

Verein der Zeitschrift JSE e. V.  
c/o Prof. Dr. Christian F. Majer  
Konrad-Adenauer-Str. 9  
D-72072 Tübingen

### Vereinsvorstand:

Prof. Dr. Christian F. Majer (Vorsitzender)  
Dipl.-Jur. Sascha Sebastian, M.Mel. (Stellv. Vorsitzender)  
RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M. (Schatzmeister)  
StA Guido Philipp Ernst (Ressortleiter Strafrecht)  
Prof. Dr. Arne Pautsch (Ressortleiter Öffentliches Recht)

### BEIRAT

RA Dr. Felix E. Buchmann  
Prof. Dr. Jörg Eisele  
RAin Dr. Tabea Yasmine Glemser  
Prof. Dr. Volker Haas  
RA Dr. Roland Haberstroh, LL. M. (Boston University)  
RD Jochen Heinz  
Prof. Dr. Antonios Karampatzos, LL. M. (Tübingen)  
RA Prof. Rainer Kirchdörfer  
Prof. Dr. Alexander Proelß  
Prof. Dr. Joachim Renzikowski  
Prof. Dr. Gottfried Schiemann  
Prof. Dr. Jan Schürnbrand  
Prof. Dr. Dominik Skauradszun  
RiOLG a. D. Prof. Dr. Dr. h. c. Rolf Stürner  
RiLG Dr. Felix Tausch, Mag. rer. publ.  
PD Dr. Christian Traulsen  
RA Dr. Werner Walk  
RA Dr. Andreas Wax, Maître en droit (Aix-Marseille)  
RA Prof. Dr. Gerhard Wegen, LL. M. (Harvard)  
MR Prof. Dr. Rüdiger Wulf

ISSN 2195-044X  
www.zeitschrift-jse.de  
redaktion@zeitschrift-jse.de

## AUS DEM INHALT

---

### BEITRÄGE

*Tim Philipp Holler/Christoph Jonas Bender*  
Der Ehebegriff als Methodenproblem

*Torsten Noak*  
Rechtliche Aspekte der Integration von Migranten  
in den Arbeitsmarkt

### KLAUSUR

*Christian F. Majer/Julia Zaiser*  
Zivilrecht: „Softwareprobleme“

### RECHTSPRECHUNG

*BAG/BGH*  
Rechtsweg bei Streit um Geschäftsführeranstellung und  
Vertretung einer GmbH im Prozess gegen ihren  
ehemaligen Geschäftsführer

*BGH*  
Reichweite der Beweislastumkehr des § 476 BGB

*BGH*  
Zur Garantenstellung bei eigenverantwortlicher  
Selbstgefährdung des Opfers

*OLG Hamm*  
Zum Töten männlicher Eintagsküken

*BVerfG*  
Prüfungskompetenz und Prüfungsdichte des  
Bundesverfassungsgerichts bei „informellen Absprachen“

---

## INHALTSVERZEICHNIS

---

<b>Beiträge</b>	<p><b>Tim Philipp Holler/Christoph Jonas Bender</b> Der Ehebegriff als Methodenproblem</p> <p><b>Torsten Noak</b> Rechtliche Aspekte der Integration von Migranten in den Arbeitsmarkt</p>	<p>Seite ▶ 1</p> <p>Seite ▶ 19</p>
<b>Klausur</b>	<p><b>Christian F. Majer/Julia Zaiser</b> Übungsklausur Zivilrecht: „Softwareprobleme“</p>	<p>Seite ▶ 28</p>
<b>Rechtsprechung Zivilrecht</b>	<p><b>BAG/BGH</b> Rechtsweg bei Streit um Geschäftsführeranstellung und Vertretung einer GmbH im Prozess gegen ihren ehemaligen Geschäftsführer Urteile vom 26.10.2012 und 22.03.2016 (<i>Steffen Follner</i>)</p> <p><b>BGH</b> Reichweite der Beweislastumkehr des § 476 BGB Urteil vom 12.10.2016 (<i>Paolo Beeren</i>)</p>	<p>Seite ▶ 34</p> <p>Seite ▶ 40</p>
<b>Rechtsprechung Strafrecht</b>	<p><b>BGH</b> Zur Garantenstellung bei eigenverantwortlicher Selbstgefährdung des Opfers Beschluss vom 05.08.2015 (<i>Henning T. Lorenz</i>)</p> <p><b>OLG Hamm</b> Zum Töten männlicher Eintagsküken als Verstoß gegen § 17 Nr. 1 TierSchG Beschluss vom 10.05.2016 (<i>Antje Schulz</i>)</p>	<p>Seite ▶ 45</p> <p>Seite ▶ 51</p>
<b>Rechtsprechung Öffentliches Recht</b>	<p><b>BVerfG</b> Prüfungskompetenz und Prüfungsdichte des Bundesverfassungsgerichts bei „informellen Absprachen“ Beschluss vom 21.04.2016 (<i>Sascha Sebastian</i>)</p>	<p>Seite ▶ 55</p>

---

## EDITORIAL

---

Seit dem 1. März 2017 dürfen homosexuelle Paare in Finnland heiraten. Die Gesetzesänderung geht auf eine erfolgreiche Unterschriftenaktion aus dem Jahre 2014 zurück, in welcher 50.000 Bürger die finnische Volksvertretung zu eben jenem Schritt aufforderten. Zwar begründete auch der US-amerikanischen Supreme Court seine ein Jahre zuvor gefällte Entscheidung unter anderem mit einem Wandel der gesellschaftlichen Wahrnehmung gleichgeschlechtlicher Paare, dass dieser Wandel – in Form plebiszitärer Willensbildung – aber unmittelbarer Ausgangspunkt einer entsprechenden Rechtsänderung ist, verdient – wie auch schon das irische Referendum zur gleichgeschlechtlichen Ehe – Beachtung. Auch in der Bundesrepublik wird mit Verweis auf eben jenen gesellschaftlichen Wandel eine Gleichstellung von verschieden- und gleichgeschlechtlicher Ehe „auch im Namen“ gefordert – nicht selten mit dem Argument, dass die in Art. 6 GG verwendete Begrifflichkeit der „Ehe“ hierfür hinreichend offen und die rechtliche Gleichstellung bereits weitestgehend erreicht ist. Im ersten **Beitrag** in dieser Ausgabe nehmen sich HOLLER und BENDER dieser Fragestellung an, indem Sie die Rechtsprechung des BVerfG zum Ehebegriff und zum LPartG – auch unter Berücksichtigung internationaler Rechtsentwicklungen – in rechtsdogmatischer und -methodologischer Hinsicht untersuchen.

Doch auch der zweite **Beitrag** in dieser Ausgabe ist von erheblicher gesellschaftspolitischer Relevanz. NOAK untersucht und würdigt die gesetzlichen Rahmenbedingungen der Integration von Flüchtlingen in den Arbeitsmarkt. Im Mittelpunkt stehen dabei jüngsten Maßnahmen des Gesetzgebers, welche dieser im Zuge des sog. Integrationsgesetzes etabliert hat.

Die **Klausur** entstammt dieses mal dem bürgerlichen Recht und ist an Anfänger wie Fortgeschrittene gleichermaßen gerichtet. In ihrer mit „Softwareprobleme“ betitelten Falllösung widmen sich MAJER und ZAISER hauptsächlich Fragen des Schuldrechts, konkret des allgemeinen Schuldrechts und Rechts der Sachmängelgewährleistung. Darüber hinaus ist mit der Rechtscheinhaftung aber auch ein Themenkreis aus dem allgemeinen Teil des BGB von Bedeutung für die Lösung des Falles.

Die **Rechtsprechung** beginnt in dieser Ausgabe mit dem **Zivilrecht** und dort etwas ungewöhnlich mit einer „Doppelbesprechung“ zweier Entscheidungen des BAG und des BGH. Im zugrundeliegenden Rechtsstreit ging es zwar „nur“ um Fragen der (Rechtsweg-)Zuständigkeit, die beinahe fünf-jährige Verfahrensdauer und die Tatsache, dass beide in Frage kommenden Instanzenzüge jeweils vollständig ausgereizt wurden, macht indes die Komplexität der Rechtsfrage deutlich (FOLLNER). Die letzte Entscheidung im Zivilrecht behandelt die hochgradig praxis- wie examensrelevante Frage der richtlinienkonformen Auslegung des hiesigen Kaufrechts. Konkret hatte sich der BGH mit der Frage zu befassen, wie weit die Beweislastumkehr des § 476 BGB – unter Berücksichtigung der europäischen Vorgaben – reicht (BEEREN).

Im **Strafrecht** musste sich zunächst der erste Strafsenat des BGH mit der Frage befassen, inwiefern eine Erfolgsabwendungspflicht (sog. „Garantenstellung“) – und damit eine Strafbarkeit aus unechtem Unterlassungsdelikt – auch dann möglich ist, wenn sich das Opfer mittels einer frei verkäuflichen Substanz (hier: Gammabutyrolacton) eigenverantwortlich selbst gefährdet (LORENZ). In der zweiten strafrechtlichen Entscheidung war sodann das OLG Hamm zur Entscheidung über eine Fragestellung aus dem Recht des Tiereschutzes berufen. Konkret ging es darum, ob die verbreitete Praxis des Tötens männlicher Eintagsküken aufgrund der Vermeidung von wirtschaftlichen Nachteilen zulässig ist, oder mangels eines „vernünftigen Grundes“ gegen § 17 Nr. 1 TierSchG verstößt (SCHULZ).

Im **Öffentlichen Recht** geht es schließlich um einen Kammerbeschluss des BVerfG, in welchem einmal mehr zu den verfassungsrechtlichen Grenzen der Verständigung im Strafverfahren Stellung genommen wurde. Der Beschluss reiht sich dabei in eine ganze Reihe ähnlicher Entscheidungen ein, welche zwar vordergründig „nur“ das Grundsatzurteil des zweiten Senates aus dem Jahre 2013 konkretisieren, in der Sache aber verdeutlichen, dass sich die zweite Kammer des zweiten Senates langsam aber sicher zur zusätzlichen Rechtsmittelinstanz in Verständigungsfragen entwickelt (SEBASTIAN).

Prof. Dr. **Christian F. Majer**  
Schriftleiter

Dipl.-Jur. **Sascha Sebastian, M.mel.**  
Stellvertretender Schriftleiter

---

## BEITRAG

---

Tim Philipp Holler\*/Christoph Jonas Bender\*\*

# Der Ehebegriff als Methodenproblem

## Strukturen des Art. 6 Abs. 1 GG im Spannungsfeld der Verfassungsinterpretation

### Gliederung

#### Abstract

#### A) Problemstellung

#### B) Entwicklung der Rechtsprechung des BVerfG

##### I. BVerfGE 105, 313: Bestätigung des LPartG

1. Abwehrrecht
2. Institutsgarantie
3. Wertentscheidende Grundsatznorm
4. Gleichheitssatz: Art. 3 Abs. 1

##### II. Angleichungsrechtsprechung

1. Entkoppelung von Ehe und Familie
2. Verhältnis von Art. 6 Abs. 1 zu Art. 3 Abs. 1
3. Strenger Rechtfertigungsmaßstab

##### III. Zwischenbefund

#### C) Untersuchung der Rechtsprechung

##### I. Dogmatik des Eheinstituts

1. Position des BVerfG
2. Institutsverletzung

##### II. Methodik des Gleichheitssatzes

1. Entkoppelung von Ehe und Familie
  - a) Verfassungsinterpretation: Art. 6 Abs. 1
  - b) Methodenreflexion: Subjektiv-historische Auslegung
  - c) Zwischenbefund
2. Verhältnis von Art. 6 Abs. 1 zu Art. 3 Abs. 1
  - a) Praktische Konkordanz
  - b) Europarechtliche Implikationen
    - aa) GG und GR-Charta
    - bb) GG und EMRK
  - c) Zwischenbefund
3. Strenger Rechtfertigungsmaßstab

##### III. Zwischenbefund

#### D) Zur Zukunft der Ehe

##### I. Verfassungswandel

1. Normogener Verfassungswandel
2. Subkonstitutionelle Rechtsänderung
3. Zwischenbefund

##### II. Die Rolle des BVerfG

#### E) Schlussthesen

### Abstract

Das Familienrecht der Gegenwart ist in Bewegung gekommen: Elternschaft und Ehe stehen im Fokus der politischen und juristischen Debatte und stellen die Rechtswissenschaft vor neue Herausforderungen. Zu den dogmatisch und methodologisch interessantesten und dynamischsten Fragestellungen gehört dabei die Entwicklung und zunehmende Gleichstellung der eingetragenen Lebenspartnerschaft mit der Ehe. Dies gilt umso mehr, als der Bundesrat am 25. September 2015 einen Gesetzesentwurf zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts beschloss (Drs. 273/15), der am 18. Februar 2016 im Plenum des Bundestags Gegenstand der Diskussion wurde.

Der Ausgangspunkt jenes Prozesses war nach Inkrafttreten des LPartG im Jahre 2001 die Grundlagenentscheidung des BVerfG zu dessen Verfassungsmäßigkeit aus dem Jahr 2002 (BVerfGE 105, 313). Seitdem hat sich der Schwerpunkt der Rechtsprechung vom Familiengrundrecht des Art. 6 Abs. 1 GG<sup>1</sup> zum allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 verschoben. Diese Entwicklung ist viel diskutiert, teilweise als Umdeutung des Ehebegriffs durch die Hintertür beklagt und als Neuinterpretation von Art. 6 Abs. 1 kritisiert worden. Anliegen dieses Beitrags ist es, diese Thematik in ihrer sowohl verfassungsrechtlichen wie auch europarechtlich implizierten, darüber hinaus aber auch rechtstheoretischen und methodologischen Bedeutung zu analysieren.

#### A) Problemstellung

Betrachtet man die Rechtsprechung des BVerfG zur Gleichstellung von Lebenspartnerschaften mit der Ehe seit der Entscheidung BVerfGE 105, 313, so zeichnet sich binnen nunmehr 16 Jahren ein Paradigmenwechsel ab: Die Entscheidung BVerfGE 105, 313 trifft unter der Prämisse des Eheschutzes die zentralen Aussagen zur Verfassungsmäßigkeit<sup>2</sup> der Lebenspartnerschaft und wurde so verstanden, dass sie „den Weg frei gemacht“<sup>3</sup> habe, „künstliche Unterscheidungen“<sup>4</sup> zwischen Ehe und Lebenspartnerschaft zu beseitigen und beide Institute weitgehend gleichzustellen; sie initiierte einen Gleichstellungstrend unter der nun umgekehrten gleichheitsrechtlichen Prämisse eines Diskriminierungsabbaus<sup>5</sup> bestehender Eheprivilegien gegenüber Lebenspartnerschaften. Damit wandelt sich die Untersuchungsperspektive auf das Verhältnis von Ehe und

\* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Rechtsphilosophie von Prof. Dr. Marietta Auer, M.A., LL.M., S.J.D. (Harvard).

\*\* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Deutsches und Europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht von Prof. Dr. Horst Hammen.

<sup>1</sup> Alle weiteren, nicht anders bezeichneten Artikel sind solche des Grundgesetzes (GG).

<sup>2</sup> Fragen zur formellen Verfassungsmäßigkeit des LPartG und zum lebenspartnerschaftlichen Sorge-, Erb- und Unterhaltsrecht (BVerfGE 105, 313 (33 ff.)) bleiben hier unberücksichtigt.

<sup>3</sup> BT-Drs 15/3445, 14.

<sup>4</sup> BT-Drs. 15/3445, 1.

<sup>5</sup> BT-Drs. 14/3751, 1 (33).

Lebenspartnerschaft: Das BVerfG fragt nicht mehr nach der Verfassungsmäßigkeit der Angleichung der Lebenspartnerschaft an die Ehe, sondern analysiert gegenteilig, ob verbliebene Unterschiede aus der Perspektive der Lebenspartnerschaft auf die Ehe zu rechtfertigen sind.<sup>6</sup> Fordert nun jüngst der Bundesrat<sup>7</sup> die vollständige Gleichstellung von Ehe und Lebenspartnerschaft und verweist er auf einen gesellschaftlichen Wandel und eine damit verbundene Änderung des Eheverständnisses,<sup>8</sup> so folgt er – rechtsvergleichend – dem Trend zur Öffnung der Ehe für Homosexuelle in den USA durch den Supreme Court<sup>9</sup> wie auch dem Referendum in Irland<sup>10</sup> und moniert implizit – das „Ausland als Argument“<sup>11</sup> generierend –, Deutschland bleibe hinter dem internationalen Entwicklungsstand zurück.<sup>12</sup>

Diese einerseits rechtsvergleichende<sup>13</sup> (s.o.), andererseits aus der Rechtsprechung des BVerfG hervorgegangene<sup>14</sup> Tendenz, der Lebenspartnerschaft die Rechtsverfassung der Ehe zuzuweisen,<sup>15</sup> ohne Art. 6 Abs. 1 ändern<sup>16</sup> oder eine Fortbildungskompetenz des BVerfG im GG normieren<sup>17</sup> zu müssen, ist uE. verfassungsdogmatisch angreifbar und nicht methodenehrlich.<sup>18</sup> Zunächst soll (B) die Entwicklung der Rechtsprechung des BVerfG zum Verhältnis von Ehe und Lebenspartnerschaft erläutert, sodann (C) in rechtsdogmatischer und -methodolo-

gischer Hinsicht untersucht und (D) auf die zukünftige Entwicklung des Verfassungsbegriffs der Ehe geblickt werden. Der Beitrag schließt (E) mit einer kurzen theseförmigen Zusammenfassung der Ergebnisse.

## B) Entwicklung der Rechtsprechung des BVerfG

Ausgangspunkt der Rechtsprechung des BVerfG ist die verfassungsrechtliche Bestätigung der Lebenspartnerschaft als eigenständiges Statusverhältnis neben der Ehe.<sup>19</sup> Daran knüpft ein Diskriminierungsabbau<sup>20</sup> in bald sozial-<sup>21</sup>, bald erbschafts-<sup>22</sup>, grunderwerbs-<sup>23</sup> und einkommensteuerrechtlichen<sup>24</sup>, bald beamten-<sup>25</sup> und adoptionsrechtlichen<sup>26</sup> Bereichen an.

### I. BVerfGE 105, 313: Bestätigung des LPartG

Die Aussage dieses Urteils besteht darin, dass die Lebenspartnerschaft keine Ehe<sup>27</sup> und das LPartG, gemessen am Maßstab der Art. 6 Abs. 1, 3 Abs. 1, verfassungskonform sei; seine Vereinbarkeit mit Art. 6 Abs. 1 prüft das BVerfG in den drei dem Eheschutz innewohnenden Dimensionen<sup>28</sup> (1.) Abwehrrecht, (2.) Institutsgarantie und (3.) wertentscheidende Grundsatznorm und untersucht (4.) aus der Perspektive der Ehe eine Ungleichbehandlung mit der Lebenspartnerschaft.

#### 1. Abwehrrecht

Das BVerfG versteht Art. 6 Abs. 1 als Verbürgung der Freiheit, eine Ehe mit einem selbst gewählten Partner anderen Geschlechts einzugehen.<sup>29</sup> Das LPartG eröffnet homosexuellen Paaren die Ehe nicht, verschließt umgekehrt heterosexuellen Paaren die Lebenspartnerschaft, hält sie aber nicht vom Eheschluss ab und greift nicht in die individuelle Rechtsposition eines Ehegatten ein.<sup>30</sup> Das BVerfG verneint daher konsequent die Verletzung von Art. 6 Abs. 1 als Abwehrrecht.<sup>31</sup>

#### 2. Institutsgarantie

Zudem garantiert Art. 6 Abs. 1 die wesentlichen Strukturen der Ehe. Problematisch ist die Vereinbarkeit des LPartG mit Art. 6 Abs. 1 als Institutsgarantie insoweit, als das LPartG die Ehe für homosexuelle Paare kopieren und dadurch garantierte Ehestrukturen aufbrechen könnte. Die Normprägung der Ehe erlaubt und fordert einfachgesetzliche Gestaltungen, verbietet aber eingreifende Regelungen.<sup>32</sup> Der Gesetzgeber hat also das Eherecht zu entwickeln, darf aber nicht durch Änderung des einfachen Rechts die garantierten Ehestrukturen aushöhlen, etwa den bloßen Namen als „leere Hülle“ hinterlassen.<sup>33</sup> Zu diesen Strukturen der Ehe zählt, „dass sie die Vereinigung eines Mannes mit einer Frau zu einer auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft ist, begründet auf freiem Entschluss unter Mitwirkung des Staates, in der Mann und Frau in gleichberechtigter

<sup>6</sup> Coester, in: Krämer, Recht und Um-Welt Essays in Honour of Prof. Dr. Gerd Winter (2003), S. 173 (177).

<sup>7</sup> BR-Drs. 273/15 (Beschluss), 1.

<sup>8</sup> BR-Drs. 273/15 (Beschluss), 1; BR-Drs. 273/15 (Anlage), 6: „Seit einiger Zeit gibt es nun hinreichende Anhaltspunkte für einen grundlegenden Wandel des traditionellen Eheverständnisses [...]“

<sup>9</sup> Vgl. ▶United States Supreme Court, JSE 2015, 223; hierzu jüngst Kulick, JZ 2016, 67 ff.

<sup>10</sup> Vgl. ▶http://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/referendum-in-irland-mehr-als-60-prozent-der-iren-stimmen-fuer-homo-ehe-13608533.html (abgerufen am 19. Juni 2016, 12:55 Uhr)

in diesem Zusammenhang ist auch die geplante Initiative der mexikanischen Regierung für eine entsprechende Verfassungsänderung zu nennen, vgl.

▶http://www.welt.de/vermischtes/article155438337/Mexiko-will-Homo-Ehe-einfuehren-und-erntet-Kritik.html

(abgerufen am 19. Juni 2016, 13:00 Uhr).

<sup>11</sup> Röthel, AcP 214 (2014), 609 (635).

<sup>12</sup> Coester, FamRZ 2007, 1137 (1145).

<sup>13</sup> BR-Drs. 273/15 (Anlage), 8: „Schließlich bieten die Rechtsordnungen anderer Länder weitere Anhaltspunkte dafür, dass das Konzept der Geschlechtsverschiedenheit der Ehegatten überholt ist. Jüngst hat die Republik Irland die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare geöffnet. In den Ländern Belgien, Niederlande, Frankreich, Luxemburg, Finnland, Kanada, Südafrika, Spanien, Norwegen, Schweden, Portugal, Island, Dänemark, Argentinien, Brasilien, Uruguay, Neuseeland sowie Schottland, England und Wales, in 41 Bundesstaaten der USA und dem District of Columbia, sowie in zwei Bundesstaaten und in der Hauptstadt Mexikos wurde die Zivilehe für Personen gleichen Geschlechts eingeführt. Darüber hinaus werden gleichgeschlechtliche Ehen in Israel anerkannt.“

<sup>14</sup> BR-Drs. 273/15 (Anlage), 7: „Dennoch ist es mehrfach das Bundesverfassungsgericht gewesen, das eine noch weiterhin bestehende Ungleichbehandlung beanstandet hat.“, 8 „Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesverfassungsgericht auch allgemein den gesellschaftlichen Wandel bei der Auslegung [von Art. 6 GG] durchaus rezipiert und zur Kenntnis nimmt. [...] Im Übrigen weist das Bundesverfassungsgericht sodann auf seine Rechtsprechung hin [...]“

<sup>15</sup> So explizit die vorgeschlagene Änderung von § 1353 Abs. 1 Satz 1 BGB: „Die Ehe wird von zwei Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts auf Lebenszeit geschlossen.“, hierzu BR-Drs. 273/15 (Anlage), 10.

<sup>16</sup> Steiner, Festschrift für Dieter Schwab (2005), 433 (439).

<sup>17</sup> Hillgruber, in: Depenheuer/Grabenwarter: Verfassungstheorie (2010), § 15 Rn. 24.

<sup>18</sup> So auch Kaiser, JZ 2001, 617 (625).

<sup>19</sup> BVerfG NJW 2002, 2543.

<sup>20</sup> BT-Drs. 14/3751, 1, 33.

<sup>21</sup> BVerfG NJW 2010, 1439.

<sup>22</sup> BVerfG NJW 2010, 2783.

<sup>23</sup> BVerfG NJW 2012, 2719.

<sup>24</sup> BVerfG FamRZ 2013, 1103; BFH BeckRS 2014, 95493.

<sup>25</sup> BVerfG FamRZ 2012, 1472.

<sup>26</sup> BVerfG, NJW 2013, 847.

<sup>27</sup> Steiner (Fn. 16) 433 (439).

<sup>28</sup> BVerfG, NJW 1957, 417.

<sup>29</sup> BVerfGE 105, 313 (342).

<sup>30</sup> Scholz/Uhle, NJW 2001, 393 (396).

<sup>31</sup> BVerfGE 105, 313 (342).

<sup>32</sup> Lipp, Familienrecht, 4. Aufl. (2013), Rn. 8.

<sup>33</sup> Papier, NJW 2002, 2129 f.

Partnerschaft zueinander stehen und über die Ausgestaltung ihres Zusammenlebens frei entscheiden können.“<sup>34</sup> Demgegenüber begreift das BVerfG die Lebenspartnerschaft als aliud und argumentiert, dass sich der vom LPartG adressierte Personenkreis nicht mit dem der Ehe überschneide. Das LPartG richte sich nicht an ein Paar aus Mann und Frau, sondern an zwei gleichgeschlechtliche Partner.<sup>35</sup> Die Lebenspartnerschaft trete nicht als Ehe auf, könne also nicht mit der Ehe „verwechselt“<sup>36</sup> werden oder sie stören, entspreche der Ehe biologisch nicht und konkurriere nicht mit ihr als Lebensform.<sup>37</sup> Die Ehe als Zweierbeziehung zwischen Mann und Frau genieße weiterhin Exklusivität gegenüber funktionell äquivalenten Beziehungen, da das Merkmal der Geschlechtsverschiedenheit der Partner nicht aufgegeben werde, sich ihr rechtliches Fundament also nicht ändere<sup>38</sup> und der Lebenspartnerschaft daher nicht der Schutz aus Art. 6 Abs. 1 zukomme.<sup>39</sup> Darum seien ausgehend vom Standpunkt des BVerfG die garantierten Ehestrukturen gewahrt und die Institutsgarantie nicht verletzt.

### 3. Wertentscheidende Grundsatznorm

Ferner misst das BVerfG Art. 6 Abs. 1 als Wertentscheidung eine allgemeine Berücksichtigungspflicht<sup>40</sup> für die Verwirklichungsbedingungen ehelicher Freiheit bei, wonach der Staat die Aufgabe habe, einerseits alles zu unterlassen, was die Ehe negativ beeinträchtigt, und sie andererseits positiv zu fördern.<sup>41</sup> Das BVerfG verneint die Verletzung von Art. 6 Abs. 1 als Wertentscheidung, da das LPartG die Ehe nicht schlechter stelle als bisher oder sie benachteilige (Negativ-Kriterium) und ihr auch keine Förderung entziehe, die sie bisher erfuhr (Positiv-Kriterium), sondern der Lebenspartnerschaft nur rechtlichen Schutz zuweise.<sup>42</sup> Im Anschluss hieran fragt das BVerfG, ob dem Fördergebot – negativ gewendet – ein Abstandsgebot gegenüber anderen Lebensformen im Verhältnis zur Ehe entspreche, dem eine mit der Lebenspartnerschaft „avisierte Kopie der Rechtsverfassung der Ehe“<sup>43</sup> widerspreche. Das BVerfG leitet aus Art. 6 Abs. 1 indes kein Gebot her, andere Lebensformen gegenüber der Ehe zu benachteiligen.<sup>44</sup> Es argumentiert mit dem Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 („besonderer Schutz“), wie er im Parlamentarischen Rat anlässlich des jeweiligen Sprachempfindens textlich oft verändert worden sei, und entnimmt diesem Befund, der „besondere“ Schutz sei Deklaration.<sup>45</sup> Inhaltlich verlange Art. 6 Abs. 1 keine „Absonderung“ der Ehe gegenüber einer Lebenspartnerschaft, andererseits sei es dem Gesetzgeber wegen des verfassungsrechtlichen Schutzauftrags in Art. 6 Abs. 1 nicht verwehrt, diese gegenüber anderen Lebensformen in Ausschöpfung eines ihm verbleibenden Gestaltungsspielraums zu begünstigen.<sup>46</sup> Dieses Fördergebot werde auch nicht dadurch tangiert, dass bestehende Benachteiligungen

homosexueller Lebensgemeinschaften durch eine rechtliche, eheähnliche Ausgestaltung der Lebenspartnerschaft beseitigt oder abgebaut werden sollen, da der Ehe durch das Institut der Lebenspartnerschaft keine Einbußen in ihrem Bestand drohen. Dies sei umso mehr der Fall, als ein Abstandsgebot nur im Verhältnis zu tatsächlich mit der Ehe konkurrierenden Lebensformen, also der Verbindung Heterosexueller, etwa in Form einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, gelten könne, aber eben nicht im Verhältnis zu Lebenspartnerschaften als alia gegenüber der Ehe.<sup>47</sup>

### 4. Gleichheitssatz: Art. 3 Abs. 1

Letztlich fragt das BVerfG aus der Perspektive der Ehe, ob dadurch eine Ungleichbehandlung vorliegt, dass die Lebenspartnerschaft nur für gleichgeschlechtliche, nicht aber für verschiedengeschlechtliche oder verwandtschaftliche Paare offen steht. Als Prüfungsmaßstab lehnt es Art. 3 Abs. 3 S. 1 Var. 1 mit dem *tertium comparationis* des Geschlechts ab, da Männer wie Frauen gleichermaßen mit einer Person des eigenen Geschlechts keine Ehe, mit einer Person des anderen Geschlechts keine Lebenspartnerschaft eingehen könnten, d.h. für den Zugang zur Lebenspartnerschaft werde unmittelbar nach der Geschlechterkombination einer Personenverbindung differenziert.<sup>48</sup> Dies sei am Maßstab von Art. 3 Abs. 1 gerechtfertigt, da nur aus der Beziehung von Mann und Frau gemeinsame Kinder erwachsen könnten, nicht aber aus einer Lebenspartnerschaft.<sup>49</sup> Dass verwandtschaftliche im Gegensatz zu gleichgeschlechtlichen Einstandsgemeinschaften keine Lebenspartnerschaften schließen könnten, sei dadurch gerechtfertigt, dass letztere keine weitere Beziehung gleicher Art neben sich zuließen, während erstere in weitere Beziehungen eingebunden und bereits durch Zeugnisverweigerungsrechte, Erbrechte, teils Pflichtteilsrechte sowie deren steuerliche Begünstigung abgesichert seien.<sup>50</sup> Insgesamt bejaht das BVerfG daher die Verfassungsmäßigkeit des LPartG auch unter dem Gesichtspunkt des Art. 3 Abs. 1.

## II. Angleichungsrechtsprechung

Die zentralen Etappen der weiteren Rechtsprechung bilden die Entscheidungen im Jahre 2009<sup>51</sup> zur Hinterbliebenenversorgung und in 2010<sup>52</sup> zur Erbschafts- und Schenkungssteuer. Das BVerfG geht in die Prüfung über, aus der Perspektive der Lebenspartnerschaft verbliebene Eheprivilegien verfassungsrechtlich zu kontrollieren.<sup>53</sup> Dieser gewandelte Blick ist bedingt durch einen prozessual gewandelten Prüfungsgegenstand: Mit der Entscheidung BVerfGE 105, 313 wird eine Verletzung objektiver Ehestrukturen durch das LPartG in einer abstrakten Normenkontrolle *deduktiv* verneint, während das BVerfG in den folgenden Verfassungsbeschwerden und konkreten Normenkontrollen an Einzelgegenständen *induktiv* gleichheitsrechtliche Prinzipien subjektiv überprüft und dabei Art. 6 Abs. 1 in

<sup>34</sup> BVerfGE 105, 313 (345).

<sup>35</sup> BVerfGE 105, 313 (351).

<sup>36</sup> Wasmuth, Der Staat 41 (2002), 47 (71).

<sup>37</sup> BVerfGE 105, 313 (351).

<sup>38</sup> BVerfGE 105, 313 (346).

<sup>39</sup> BVerfG NJW 2005, 1709.

<sup>40</sup> Herzmann, JURA 2015, 248 (259).

<sup>41</sup> BVerfGE 105, 313 (346).

<sup>42</sup> BVerfGE 105, 313 (347).

<sup>43</sup> Steiner (Fn. 16) 433 (438).

<sup>44</sup> BVerfGE 105, 313 (348).

<sup>45</sup> BVerfGE 105, 313 (349 f.).

<sup>46</sup> BVerfGE 105, 313 (348).

<sup>47</sup> BVerfGE 105, 313 (348 ff.); jüngst hierzu Dutta, AcP 216 (2016), 609 (669 ff.).

<sup>48</sup> BVerfGE 105, 313 (351 f.).

<sup>49</sup> BVerfGE 105, 313 (352).

<sup>50</sup> BVerfGE 105, 313 (353).

<sup>51</sup> BVerfGE 124, 199.

<sup>52</sup> BVerfGE 126, 400.

<sup>53</sup> Frenz, NVwZ 2013, 1200 (1202).

den Koordinaten des Art. 3 Abs. 1 über eine dreistufige Argumentationskaskade neu interpretiert.<sup>54</sup>

### 1. Entkoppelung von Ehe und Familie

Ausgangspunkt ist die Entkoppelung<sup>55</sup> von Ehe und Familie auf Ebene des Art. 6 Abs. 1 mit der Begründung, dass eine solche Betrachtung dem Umstand gerecht werde, dass es nicht in jeder Ehe Kinder gebe, nicht jede Ehe auf Kinder angelegt sei<sup>56</sup> und, wenn Kinder vorhanden seien, insoweit der Familienschutz greife<sup>57</sup> und damit von einer dogmatisch-begrifflichen Selbstständigkeit<sup>58</sup> der Familie in Abgrenzung zur Ehe auszugehen sei. Dem entnimmt das BVerfG, dass Art. 6 Abs. 1 die Ehe nicht um des Nachwuchses willen, sondern primär als solidarische Verantwortungsgemeinschaft schütze, da ein Gatte mit Eingehung der Ehe auch gesamtgesellschaftliche Lasten übernehme.<sup>59</sup>

Der Kontrast zur Entscheidung BVerfGE 105, 313 besteht nun darin, dass in dieser Entscheidung das Potential, „dass aus einer auf Dauer verbundenen Zweierbeziehung von Mann und Frau gemeinsame Kinder erwachsen können, aus einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft dagegen nicht“,<sup>60</sup> nicht mehr beachtet und von einem familienentkoppelten Eheverständnis verdrängt wurde.

### 2. Verhältnis von Art. 6 Abs. 1 zu Art. 3 Abs. 1

Nach Anerkennung der Lebenspartnerschaft erlaubte Art. 6 Abs. 1 zunächst, die Ehe gegenüber anderen Lebensformen zu begünstigen,<sup>61</sup> und bildete in den Koordinaten des Art. 3 Abs. 1 den sachlichen Differenzierungsgrund für die Ungleichbehandlung von Ehe und Lebenspartnerschaft.<sup>62</sup> Demgegenüber seien infolge der zugrunde gelegten Entkoppelung Ehe und Lebenspartnerschaft als Verantwortungsgemeinschaften im System des Art. 3 Abs. 1 vergleichbar.<sup>63</sup> In diesem Kontext sei Anknüpfungspunkt der Vergleichbarkeit der Status „einer auf Dauer angelegten, rechtlich verfestigten Partnerschaft“.<sup>64</sup> Dass sich vor diesem Hintergrund die lebzeitige Vermögenspartizipation des überlebenden Ehegatten auf Grund eines höheren persönlichen Freibetrages nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG a.F., eines höheren Versorgungsfreibetrages nach § 17 Abs. 1 ErbStG a.F. und einer Einordnung von Ehegatten in eine günstigere Steuerklasse nach §§ 15, 19 Abs. 1 ErbStG a.F. in hohem Maße ohne staatlichen Zugriff auf die Erbschaft mit dieser fortsetzen können soll, die des überlebenden Lebenspartners aber nur in deutlich eingeschränkter Weise, könnten, da auch in einer Lebenspartnerschaft gegenseitige Einstands- und Unterhaltungspflichten bestünden und die Vermögensschöpfung jedenfalls auf arbeitsteiliges Wirtschaften der Partner rückführbar sei, das Famili-

enprinzip und „allein die Berufung auf Art. 6 Abs. 1 GG [...] nicht [...] rechtfertigen.“<sup>65</sup>

Zwar wird die „bessere abstrakte Eignung der Ehe, Ausgangspunkt einer Generationenfolge zu sein“,<sup>66</sup> als Unterschied zwischen Ehe und Lebenspartnerschaft erkannt, bleibt aber dahingestellt: Das BVerfG liest Art. 6 Abs. 1 in den Koordinaten des Art. 3 Abs. 1 nicht mehr als speziellen Rechtfertigungsgrund für eine Ungleichbehandlung gegenüber Lebenspartnerschaften, sondern nur noch gegenüber anderen Lebensgemeinschaften mit geringerer wechselseitiger Pflichtbindung,<sup>67</sup> und deutet Art. 3 Abs. 1 als alleinigen<sup>68</sup> Prüfungsmaßstab, auf den Art. 6 Abs. 1 ohne Vorrang, sondern nur im Lichte der Bedeutung von Art. 3 Abs. 1 einwirke,<sup>69</sup> es unabhängig von Art. 6 Abs. 1 also weiterer Rechtfertigungsgründe bedürfe.<sup>70</sup>

### 3. Strenger Rechtfertigungsmaßstab

Begründet wird dieser gesteigerte Rechtfertigungsaufwand damit, dass faktisch nicht an den Familienstand, sondern untrennbar an die sexuelle Orientierung angeknüpft werde, da sich die Ehe typischerweise an Hetero-, die Lebenspartnerschaft an Homosexuelle richte.<sup>71</sup> Diese Differenzierung betreffe Personengruppen nämlich in einem Merkmal, das vergleichbar mit denen aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 zu einer Diskriminierung von Minderheiten führen könne.<sup>72</sup> Dadurch wird die sexuelle Orientierung als „Quasi-Diskriminierungsverbot“ strukturell wie ein solches aus Art. 3 Abs. 3 behandelt.<sup>73</sup> Rechtstechnisch greift das BVerfG also auf Art. 3 Abs. 1 zurück, da die Ungleichbehandlung gerade nicht auf Grund des Geschlechts gem. Art. 3 Abs. 3 Var. 1 erfolgt.<sup>74</sup> Das BVerfG wendet aber Art. 3 Abs. 1 dann mit „umso strikteren Maßstäben an, je mehr die personenbezogenen Merkmale [...] mit den Kriterien des Art. 3 Abs. 3 vergleichbar sind“.<sup>75</sup> Dies sei hier wegen der „sachlichen Nähe“<sup>76</sup> des Differenzierungskriteriums zwischen Ehe und Lebenspartnerschaft zu den Diskriminierungsverboten aus Art. 3 Abs. 3 der Fall.

### III. Zwischenbefund

Zu vermerken ist eine prozessual bedingte Verschiebung der Rechtsprechung von einer objektiv deduktiven Vereinbarkeitsprüfung zu einer subjektiv induktiven Diskriminierungskontrolle.<sup>77</sup> Dabei prägen statt tradiert nun – europarechtlich impliziert<sup>78</sup> – egalitäre Rechtfertigungsmuster<sup>79</sup> die Argumenta-

<sup>54</sup> Bömelburg, NJW 2012, 2753 (2758).

<sup>55</sup> Henkel, NJW 2011, 259 (261 f.).

<sup>56</sup> BVerfG, FamRZ 2012, 1472 (1475); BVerfGE 126, 400 (428).

<sup>57</sup> BVerfGE 124, 199 (225).

<sup>58</sup> Lipp (Fn. 32) Rn. 20.

<sup>59</sup> BVerfG, FamRZ 2012, 1472 (1474).

<sup>60</sup> BVerfGE 105, 313 (352).

<sup>61</sup> BVerfGE 105, 313 (348).

<sup>62</sup> BVerfG NJW 2008, 209 (211).

<sup>63</sup> BVerfGE 124, 199 (225); BVerfGE 126, 400 (422 f.); BVerfGE 133, 377 (413 f., 417).

<sup>64</sup> BVerfGE 126, 400 (423).

<sup>65</sup> BVerfGE 126, 400 (430).

<sup>66</sup> BVerfGE 126, 400 (427).

<sup>67</sup> BVerfG, FamRZ 2012, 1472 (1474); BVerfGE 133, 377 (410).

<sup>68</sup> BVerfGE 126, 400 (421): „Allein der Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) entscheidet nach Maßgabe der vom Bundesverfassungsgericht hierzu entwickelten Anwendungsgrundsätze darüber, ob und inwieweit Dritten, wie hier den eingetragenen Lebenspartnern, ein Anspruch auf Gleichbehandlung mit einer gesetzlichen oder tatsächlichen Förderung von Ehegatten und Familienangehörigen zukommt.“

<sup>69</sup> Henkel, NJW 2011, 259 (262) spricht von „Wechselwirkungslehre“ zwischen Art. 6 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1.

<sup>70</sup> So explizit bereits BVerfGE 124, 199 (226).

<sup>71</sup> BVerfGE 124, 199 (219 ff.).

<sup>72</sup> BVerfGE 124, 199 (220).

<sup>73</sup> Kischel, in: Epping/Hillgruber: BeckOK GG, 31. Edition (01.12.2016), Art. 3 Rn. 129 f.

<sup>74</sup> BVerfG NJW 2008, 209 (210).

<sup>75</sup> Michael, NJW 2010, 3537 (3538); kritisch Hillgruber, JZ 2010, 41 (43).

<sup>76</sup> Michael, NJW 2010, 3537 (3539).

<sup>77</sup> Henkel, NJW 2011, 259 (262).

<sup>78</sup> Michael, NJW 2010, 3537 (3549 ff.); Henkel, NJW 2011, 259 (262).

tionsstruktur des BVerfG. Es versteht Art. 3 Abs. 1 als Äquivalenzpostulat, Ehe und Lebenspartnerschaft gleich zu behandeln,<sup>80</sup> und „neutralisiert“<sup>81</sup> so „in Gestalt einer Vielzahl kleiner, je für sich [u.E. nicht unbedingt] unberechtigter Einzelentwicklungen“<sup>82</sup> den besonderen Schutz der Ehe. Der gemeinsame Kontrast von BVerfGE 124, 199 und BVerfGE 126, 400 gegenüber BVerfGE 105, 313 besteht darin, dass der zunächst zugestandene Gestaltungsspielraum für Begünstigungen der Ehe<sup>83</sup> aberkannt wird.

War aus der Perspektive der Ehe ein Ausschluss heterosexueller Paare von der Lebenspartnerschaft am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 ohne verschärfte Anforderungen gerechtfertigt,<sup>84</sup> so gelten umgekehrt für den Ausschluss homosexueller Paare von Eheprivilegien nun aber gerade solche: Wurde mit Blick auf die Begründung dieses Rechtfertigungsmaßstabs zwar zunächst eine erweiternde Auslegung des Art. 3 Abs. 3 S. 1 um das Merkmal der sexuellen Identität wegen einer entsprechenden gescheiterten Verfassungsänderung<sup>85</sup> abgelehnt,<sup>86</sup> so entsprechende fortan ein strenger Kontrollmaßstab europarechtlichen Implikationen;<sup>87</sup> eine neuerliche Erweiterung des Art. 3 Abs. 3 S. 1 um das Merkmal der sexuellen Identität wurde abgelehnt, weil sich Art. 3 Abs. 1 in seiner verfassungsgerichtlichen Ausgestaltung mit Abs. 3 S. 1 decke<sup>88</sup> und darum nimmt das BVerfG einen entgegenstehenden Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers nicht mehr an.<sup>89</sup>

Betrachtet man die Rechtsprechung zur eingetragenen Lebenspartnerschaft insgesamt, so wurde ein hinreichender Grund bei Indienstnahme des Art. 3 Abs. 1 zur „fallbezogenen Maßstabskonkretisierung“<sup>90</sup> stets<sup>91</sup> abgelehnt, mit der Folge ungerechtfertigter Ungleichbehandlungen,<sup>92</sup> und drängt sich die Einsicht auf, dass eine Rechtfertigung faktisch ausgeschlossen ist.<sup>93</sup>

<sup>79</sup> Braun, JuS 2003, 21 (26).

<sup>80</sup> Bömelburg, NJW 2012, 2753 (2758).

<sup>81</sup> Lipp, in: Soergel, Band 17/1, Familienrecht 1/1, 13. Aufl. (2013), Vor § 1353 Rn. 43; Seiler, in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 4 – 6 III, Aktualisierung Juli 2014, Art. 6 Abs. 1 Rn. 246.

<sup>82</sup> Seiler (Fn. 81) Art. 6 Abs. 1 Rn. 238.

<sup>83</sup> So noch BVerfGE 105, 313 (348) und BVerfG NJW 2008, 209 (211).

<sup>84</sup> BVerfGE 105, 313 (351 f.).

<sup>85</sup> BT-Drs. 12/6000, 54: „Das bewährte GG habe in der Ausgestaltung der Individualschutzrechte unter Beweis gestellt, daß Änderungen allein aus Zeitströmungen heraus nicht ohne weiteren zwingenden Grund vorgenommen werden sollten. Schließlich müsse eine weitere Ausdifferenzierung des Art. 3 Abs. 3 GG vermieden werden, da die Verfassung durch die Atomisierung nach Gruppen Schaden nehmen könne.“

<sup>86</sup> BVerfG NJW 2008, 209 (210).

<sup>87</sup> BVerfGE 124, 199 (220 f.).

<sup>88</sup> BT-Drs. 17/4775, 5: „Das Grundgesetz und das einfache Recht wie auch die Europäische Menschenrechtskonvention und die Charta der Grundrechte der Europäischen Union verbieten Diskriminierungen aufgrund der sexuellen Identität. Das Bundesverfassungsgericht habe diesen Schutz in den letzten Jahren auch konsequent ausgebaut. In seiner verfassungsgerichtlichen Ausgestaltung decke sich der Schutzbereich des Artikel 3 Absatz 1 GG mittlerweile mit dem des Absatzes 3. Die angestrebte Verfassungsänderung sei daher nur Symbolpolitik.“

<sup>89</sup> BVerfG FamRZ 2012, 1472 (1473).

<sup>90</sup> Britz, NJW 2014, 346.

<sup>91</sup> BVerfGE 124, 199 (219 ff.); BVerfGE 126, 400 (415 ff.); BVerfG, FamRZ 2012, 1472 (1473 ff.); BVerfG, NJW 2012, 2716 (2720 ff.); BVerfG, NJW 2013, 847 (854 f.); BVerfGE 133, 377 (409).

<sup>92</sup> Seiler (Fn. 81) Art. 6 Abs. 1 Rn. 172.

<sup>93</sup> Gärditz, in: Uhle, Zur Disposition gestellt? Der besondere Schutz von Ehe und Familie zwischen Verfassungsbruch und Verfassungswirklichkeit (2014), S. 83 (92).

## C) Untersuchung der Rechtsprechung

Die Crux dieser Rechtsprechung liegt darin, dass die induktive Prüfungsverlagerung zu konkreten Einzelfällen durch eine Verkürzung des abstrakten Blicks auf die Dynamik dieser Gleichstellungskaskade zwar der inneren Logik eines Diskriminierungsabbaus folgt,<sup>94</sup> aber in eine verfassungsrechtlich „schiefe Ebene“ gerät („slippery slope“).<sup>95</sup> Diese Entwicklung wurzelt (I.) dogmatisch im Prüfungsausfall, die Schutzrichtung des Art. 6 Abs. 1 nicht dahin zu untersuchen, ob er eine Sperrwirkung gegenüber einem aliud entfaltet, das zwar nicht als Ehe auftritt, aber wie die Ehe ausgestaltet zu werden im Begriff ist, und setzt sich (II.) methodisch auf der Ebene von Art. 3 Abs. 1 fort.<sup>96</sup>

## I. Dogmatik des Eheinstituts

Im Ausgangspunkt ist das Eheinstitut zu unterteilen in einen eingriffresistenten Kern und einen ausgestaltungsfähigen Bereich.<sup>97</sup> Die Institutsgarantie schützt neben dem Bestand des Kerns, zu dem die Geschlechtsverschiedenheit der Ehegatten zählt,<sup>98</sup> diesen auch vor Substanzbeschränkungen des materiellen Gehalts „trotz formaler Aufrechterhaltung der garantierten Einrichtung“.<sup>99</sup> Dies hat zur Folge, dass die Institutsgarantie des Art. 6 Abs. 1 insoweit Sperrwirkung entfaltet, als sie das charakteristische Profil<sup>100</sup> der Ehe dagegen „resistent“<sup>101</sup> macht, dass der Gesetzgeber neben dem Eheinstitut eine „beliebige Zahl von Mutanten“, die dem Institut selbst nicht unterfallen können, anbieten dürfe.<sup>102</sup> Dies ergibt sich zum einen daraus, dass nur die Ehe unter dem „besonderen Schutze der staatlichen Ordnung“ steht und diese exklusive Förderung und Achtung der Ehe aus „vitalem Eigeninteresse“<sup>103</sup> des Staates erfolgt. Diese verfassungsrechtliche Wertschätzung erhielt die Ehe während der Beratungen des Parlamentarischen Rates im Bewusstsein anderer möglicher Formen menschlicher Lebensgemeinschaften.<sup>104</sup> Aus Art. 6 Abs. 1 in seinen Dimensionen als Institutsgarantie und objektiver Wertentscheidung folgt ein ihre Exklusivität bekräftigendes *Abstandsgebot*.<sup>105</sup> Der besondere Stellenwert der Ehe gebietet, diesen auch bei einfachgesetzlicher Ausgestaltung in Gestalt eines *Abbildungsgebotes* zu berücksichtigen.<sup>106</sup> Es folgt hieraus zwar kein „aktives Bekämpfungsgebot“<sup>107</sup>

<sup>94</sup> Braun, JuS 2003, 21 (26).

<sup>95</sup> Guckes, Das Argument der schiefen Ebene – Schwangerschaftsabbruch, die Tötung Neugeborener und Sterbehilfe in der medizinethischen Diskussion (1997), S. 5.

<sup>96</sup> Papier, NJW 2002, 2129 (2133): „Ehe [als] Spezialgebiet des Gleichheitsgrundrechts“.

<sup>97</sup> Mager, Einrichtungs garantien – Entstehung, Wurzeln, Wandlungen und grundgesetzgemäße Neubestimmung einer dogmatischen Figur des Verfassungsrechts (2003), S. 453.

<sup>98</sup> BVerfGE 105, 313 (358), Sondervotum Papier.

<sup>99</sup> Kloepfer, in: Merten/Papier: Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band II Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren I (2006), § 43 Rn. 32.

<sup>100</sup> Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III Allgemeine Lehren der Grundrechte, 1. Halbband (1988), § 68 (866, 870).

<sup>101</sup> Krings, Festgabe für Karl Heinrich Friauf (2011), 269 (271).

<sup>102</sup> Pauly, NJW 1997, 1995 (1956); Braun, JuS 2003, 21 (22); ders., JZ 2001, 23 (26).

<sup>103</sup> Scholz/Uhle, NJW 2001, 393 (393); Di Fabio, NJW 2003, 993 (994, 997).

<sup>104</sup> So Abg. Greve (SPD), Parl. Rat 5/II, 826.

<sup>105</sup> Rütters, Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat (2014), S. 117 f.; Krings, ZRP 2000, 409 (411 f.); a.A. Wasmuth, Der Staat 41 (2002), 47 (52 ff.).

<sup>106</sup> Burgi, Der Staat 39 (2000), 478 (501 f.).

anderer Lebensgemeinschaften, aber gerade „eine verfassungsrechtliche Sperrwirkung für die vollständige Angleichung der Regelungen [anderer] Lebensgemeinschaften an die Ehe“,<sup>108</sup> wohingegen die Lebenspartnerschaft keinen derartigen „verfassungsrechtlichen Bevorzugungstitel“ kennt.<sup>109</sup> Zum anderen zeigt Art. 19 Abs. 2, dass die in ihm niedergelegte Wesensgehaltsgarantie nämlich auch solche grundrechtlichen Gewährleistungen abdeckt, die in der objektiv-rechtlichen Dimension der Grundrechte wurzeln, also die objektiv-rechtliche Abschirmung der Grundrechte gegenüber dem Institute abschaffenden Gesetzgeber übernimmt und somit gesetzliche Regelungen ausschließt, die darauf hinauslaufen, das gewährleistete Rechtsinstitut zu beseitigen.<sup>110</sup>

### 1. Position des BVerfG

Problematisch ist das gegenteilige Verständnis des BVerfG, dass Art. 6 Abs. 1 nicht einzelne Strukturmerkmale für die Ehe reserviere, sondern die Ehe nur in der Gesamtheit ihrer Merkmale schütze.<sup>111</sup> Der dogmatische Fehler<sup>112</sup> liegt darin, das Abweichen von einem wesentlichen Strukturmerkmal als Grenze, nicht aber als Gegenstand der Schutzwirkung der Institutsgarantie zu begreifen.<sup>113</sup> Der Schutz der Ehe als Institut meint nämlich ihren objektiven Schutz davor, dass der Gesetzgeber durch beliebige Dispositionen über Einzelstrukturen eheäquivalente alia kreiert.<sup>114</sup> Entscheidend ist, ob die Lebenspartnerschaft durch die Kombination einzelner Ehestrukturen als ein der Ehe mit Ausnahme der Geschlechtsverschiedenheit „im Übrigen entsprechendes Institut“<sup>115</sup> konstruiert ist. Das Problem liegt darin, dass das BVerfG nicht fragt, ob die Lebenspartnerschaft materiell wie die Ehe ausgestaltet ist.<sup>116</sup>

### 2. Institutsverletzung

Die Frage ist, ob das LPartG – gemessen am gesetzgeberischen Willen und nicht an der Etikettierung (falsa demonstratio non nocet) – unter Verzicht auf die Geschlechtsverschiedenheit einzelne Ehestrukturen zu einer „zweiten Art von Ehe“<sup>117</sup> kombiniert, die selbst nicht Ehe sein kann, da Ehe immer und nur dann vorliegt, „wenn die sämtlichen Merkmale des Begriffs an

irgendeinem Objekt anzutreffen sind“.<sup>118</sup> Im Rückblick auf das LPartG aus 2001 wird angenommen, dass dieses bewusste Unterschiede zur Ehe aufwies,<sup>119</sup> weil erst das Novellierungsgesetz von 2005 das Lebenspartnerschaftsrecht weitgehend mit der Ehe gleichstellte<sup>120</sup> durch etwa die Übernahme des ehelichen Güter- und Unterhaltsrechts, die Zulassung der Stiefkindadoption und die Einführung des Versorgungsausgleichs.<sup>121</sup> Spricht aber das Novellierungsgesetz aus 2005 selbst von bloß „künstlichen Unterscheidungen“<sup>122</sup>, so hat ex post der Gesetzgeber die Lebenspartnerschaft a priori „in einer der Ehe vergleichbaren Weise als umfassende institutionalisierte Verantwortungsgemeinschaft verbindlich gefasst“.<sup>123</sup> Wenn der Gesetzgeber die als aliud<sup>124</sup> zur Ehe verstandene Lebenspartnerschaft eheäquivalent ausgestaltet, beeinträchtigt<sup>125</sup> er nicht nur, sondern verletzt<sup>126</sup> – durch das LPartG formal kaschiert<sup>127</sup> – Art. 6 Abs. 1. Die verfassungsrechtliche Dogmatik zieht also gesetzgeberischer Gleichstellungspolitik keine Grenzen<sup>128</sup> und unterläuft um der „individuellen Ausrichtung des Grundrechtsschutzes“<sup>129</sup> willen das objektive Eheinstitut, das insoweit keine subjektiven Rechte begründet.<sup>130</sup> Somit erfolgt bereits mit der Entscheidung BVerfGE 105, 313 dadurch eine Nivellierung der konstitutionellen Ehepräferenz, dass die Lebenspartnerschaft mit der Klassifikation als aliud neben die Ehe gestellt und so das Abstandsgebot verletzt wurde. Erst dadurch konnte der spezifische Eheschutz neutralisiert werden, wodurch der Weg für eine generelle Vergleichbarkeit frei wurde.<sup>131</sup> Retrospektiv scheint hiermit der an sich konstitutionell gebotenen Bevorzugung der Ehe pro futuro<sup>132</sup> faktisch eine Absage erteilt worden zu sein: Indem die Ehe herab- und die Lebenspartnerschaft heraufgestuft wird, schafft das BVerfG das erforderliche Vergleichs paar, auf dem die weitere Rechtsprechung aufbauen sollte.

## II. Methodik des Gleichheitssatzes

Im System des Art. 3 Abs. 1 bewirkt dieser dogmatische Fehler sukzessive die erst in der Gesamtschau verfassungsrechtlich schiefe Ebene. Im Ausgangspunkt ist (1.) die familienentkoppelte Betrachtung der Ehe der Zugang des BVerfG, um in die Prüfung des Art. 3 Abs. 1 einzusteigen, um (2.) – darauf aufbauend – das Verhältnis von Art. 6 Abs. 1 GG zu Art. 3 Abs. 1 neu zu

<sup>107</sup> Schöffner, Eheschutz und Lebenspartnerschaft – Eine verfassungsrechtliche Untersuchung des Lebenspartnerschaftsrechts im Lichte des Art. 6 GG, (2007), 348 f.

<sup>108</sup> Ebd.

<sup>109</sup> Steiner (Fn. 16) 433 (439 f.).

<sup>110</sup> Huber, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Band I, Präambel, Art. 1 – 19, 6. Aufl. (2010), Art. 19 Rn. 133.

<sup>111</sup> BVerfGE 105, 313 (351).

<sup>112</sup> So der Vorwurf in BVerfGE 105, 313 (358), Sondervotum Papier.

<sup>113</sup> Pauly, NJW 1997, 1955 (1956).

<sup>114</sup> BVerfGE 105, 313 (360), Sondervotum Papier.

<sup>115</sup> BVerfGE 105, 313 (359, 361 f.), Sondervotum Papier und Haas.

<sup>116</sup> BVerfGE 105, 313 (359, 362), Sondervotum Papier und Haas: „Die Senatsmehrheit hätte deshalb prüfen müssen, ob die Rechtsform der eingetragenen Lebenspartnerschaft einen Regelungsgehalt aufweist, der mit dem des Instituts vergleichbar ist. Dies wäre mit Art. 6 Abs. 1 GG nicht zu vereinbaren, da der Lebenspartnerschaft die die Ehe prägenden, ihre Exklusivität auf die Verbindung von Mann und Frau beschränkenden und ihre besondere Förderung rechtfertigenden Elemente fehlen. Denn sie ist nicht auf ein eigenes Kind hin angelegt, führt nicht zu Elternverantwortlichkeit und erbringt dadurch keinen Beitrag für die Zukunftsfähigkeit von Staat und Gesellschaft“; Lipp (Fn. 81) Vor § 1353 Rn. 43: „Das BVerfG lässt die Frage, ob die Ehe [...] deshalb besonderen Schutz verdient, weil sie [...] in besonderer Weise geeignet ist, sich zur Familie zu erweitern [...] dahingestellt. Nach dem eigenen Vortrag des Gerichts wäre es aber auf diese ‚bessere abstrakte Eignung [...]‘ gerade angekommen“.

<sup>117</sup> Braun, JuS 2003, 21 (23), (22): „Heraufzonen anderer Lebensformen“.

<sup>118</sup> Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl. (1983), 207.

<sup>119</sup> So BVerfGE 133, 377 (427, 432 f.), Sondervotum Landau und Kessel-Wulf.

<sup>120</sup> BT-Drs. 15/3445, 14.

<sup>121</sup> BT-Drs. 15/3445, 1.

<sup>122</sup> BT-Drs. 15/3445, 1.

<sup>123</sup> BVerfGE 133, 377 (414).

<sup>124</sup> BVerfGE 105, 313 (351).

<sup>125</sup> Frenz, NVwZ 2013, 1200 (1201).

<sup>126</sup> Epping, Grundrechte, 6. Aufl. (2014), Rn. 441.

<sup>127</sup> Braun, JZ 2002, 23 (26).

<sup>128</sup> Wacke, in: MüKo-BGB, Band 7 Familienrecht I, 6. Aufl. (2013), Vorbermerkung LPartG, Rn. 6.

<sup>129</sup> Hufen, Staatsrecht II Grundrechte, 4. Aufl. (2014), § 5 Rn. 18.

<sup>130</sup> Burgi, Der Staat 38 (2000), 487 (503).

<sup>131</sup> Gade/Thiele, DÖV 2013, 142 (145 f., 147), die von einem „schrittweisen Ausbau der eingetragenen Lebenspartnerschaft“ nach einer „Abkehr des Bundesverfassungsgerichts vom Gebot des Abstands der Ehe zu alternativen Formen des partnerschaftlichen Zusammenlebens“ sprechen.

<sup>132</sup> So etwa in BVerfGE 126, 400 (427), wo das Gericht die „bessere abstrakte Eignung der Ehe, Ausgangspunkt der Generationenfolge zu sein“ anerkennt, dies aber als Rechtfertigung für eine erbschaftssteuerrechtliche Privilegierung nicht würdigt und dadurch der von ihrer individuellen Ausgestaltung abstrahierten Institutsgarantie nicht gerecht wird; so auch Lipp (Fn. 81) Vor § 1353 Rn. 43.

interpretieren und (3.) dabei einen strengen Rechtfertigungsmaßstab anzuwenden.

### 1. Entkoppelung von Ehe und Familie

Das BVerfG eröffnet sich Art. 3 Abs. 1 als Prüfungsmaßstab, indem es Ehe und Lebenspartnerschaft unter der Bedingung vergleicht, den Schutz der Ehe getrennt von dem der Familie zu betrachten.<sup>133</sup> Problematisch ist, ob die Ehe von der Familie überhaupt isoliert betrachtet werden kann. Der Streitpunkt liegt in der Frage, ob die Ehe von Art. 6 Abs. 1 als Solidargemeinschaft<sup>134</sup> oder um der ihr immanenten, „wenngleich nicht in jeder Ehe realisierte[n] Chance“ willen, „zur Familie zu werden“,<sup>135</sup> besonders geschützt ist.

#### a) Verfassungsinterpretation: Art. 6 Abs. 1

Für die Interpretation unseres Verfassungsrechts gelten die gleichen Methoden der einfachen Gesetzesauslegung<sup>136</sup> im Lichte der Bedeutung der Verfassung als Grundordnung des Staats- und Gemeinschaftslebens.<sup>137</sup> Als Rahmenordnung enthält die Verfassung lediglich eine fragmentarische Kodifikation.<sup>138</sup>

Dem Wortlaut nach stehen Ehe und Familie eigenständig neben<sup>139</sup>, aber nicht zwingend beziehungslos zueinander.<sup>140</sup> Die sprachliche Fassung des Art. 6 Abs. 1 allein schließt einen Konnex weder ein noch aus.

In der Systematik von Art. 6 Abs. 1 und Abs. 5 wird teilweise ein Argument für eine Entkoppelung von Ehe und Familie gesehen: Nach Art. 6 Abs. 5 sind uneheliche und eheliche Kinder gleichzustellen, sind also – mit Blick auf das Kind – Unterscheidungen zwischen verheirateten und unverheirateten Eltern verboten, da eine solche Differenzierung einer mittelbaren Benachteiligung außerehelich geborener Kinder gleichkomme.<sup>141</sup> Entscheidend ist, dass dem Kind aus der (Un-)Ehelichkeit seiner Kindschaft kein Nachteil erwachsen darf, dies aber gerade umgekehrt zeigt, dass Art. 6 Abs. 5 von einer a priori in der ehelichen Familie gelegenen Stabilität<sup>142</sup> mit Ausblick auf die besten<sup>143</sup> Entwicklungschancen ausgeht, auf deren Niveau es uneheliche Kinder anzuheben die Gesetzgebung verpflichtet und damit die Kohärenz von Ehe und Familie bestätigt.<sup>144</sup> Systematisch stehen Ehe, Familie, Elternverantwortung, Schutz der Mutter und unehelicher Kinder mit Bezug zueinander *in einem Artikel*, was für die Konnexität zwischen Ehe und Familie spricht.<sup>145</sup>

Historisch sind Ehe und Familie, in der deutschen Verfassungsgeschichte erstmals durch Art. 119 WRV unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung gestellt, in Art. 6 Abs. 1 Teil des GG geworden, was insbesondere auf christlich-konservative Initiative rückführbar ist.<sup>146</sup> Die damals vorherrschende, abendländisch geprägte Vorstellung von Ehe und Familie sollte die bürgerliche Ehe gegen sozialistische und bolschewistische Tendenzen absichern<sup>147</sup> und gegen eine erneute Instrumentalisierung wie zu Zeiten des Nationalsozialismus schützen.<sup>148</sup> Darum wird Art. 6 Abs. 1 zum Teil als Gegenentwurf zum Weimarer Pendant (Art. 119 Abs. 1 S. 1 WRV) verstanden, der eingedenk der nationalsozialistischen Indienstnahme der Ehe für eine rassistisch orientierte Bevölkerungspolitik die Ehe bewusst nicht als Grundlage der Vermehrung der Nation begreift.<sup>149</sup> Zwar nicht mehr im Dienst der Volksvermehrung stehend, knüpft das grundgesetzliche Eheverständnis jedoch bewusst<sup>150</sup> an Art. 119 Abs. 1 S. 1 WRV an und stellt die Ehe als „die rechtmäßige Form der dauernden Lebensgemeinschaft von Mann und Frau und die sich aus ihr entfaltende“<sup>151</sup> bzw. die „mit ihr gegebene“<sup>152</sup> Familie unter den besonderen Schutz der Verfassung. Die Kürzung jenes Wortlauts auf die Fassung vom 23.5.1949 ist keine Inhaltsänderung,<sup>153</sup> sondern Erweiterung der Ehe neben ihrer objektiven Bedeutung um eine unmittelbar subjektivrechtliche Anspruchswirkung gegenüber dem Staat im Lichte von Art. 1 Abs. 3.<sup>154</sup> Die WRV verstand somit Ehe und Familie als die notwendig miteinander verknüpfte Keimzelle menschlicher Gemeinschaft, sodass nach zeitgenössischem Verständnis die Ehe Voraussetzung für die Gründung einer Familie war.<sup>155</sup> D.h. der historische Verfassungsgeber bezieht Ehe und Familie eng aufeinander und entscheidet sich so für den Schutz der *familienpotentialen Ehe*,<sup>156</sup> erfasst dabei die auch kinderlose Ehe gerade nicht als solche „minderen Rechts“,<sup>157</sup> sondern als System aus sozialer Verantwortung in einer personal<sup>158</sup> verbindlichen<sup>159</sup> Beziehung und potentieller<sup>160</sup> Basis künftiger Generationen.<sup>161</sup> Es ist ganz besonders bedeutsam, dass er im Wissen um alleinerziehende Mütter infolge des kriegsbedingten Todes vieler Ehemänner gerade der erkannten Wirklichkeit widersprach,<sup>162</sup> die familienpotentialen Ehe nicht als Befund über die gesellschaftliche

<sup>146</sup> Schwab, Festschrift für Friedrich Wilhelm Bosch (1976), S. 893 (894).

<sup>147</sup> Ebd.

<sup>148</sup> Burgi, Der Staat 39 (2000), 478 (497); vgl. Josef Kardinal Frings, der diesen „dringenden Wunsch“ des „katholischen Volkes“ äußerte (Fn. 104) 903, Fn. 75.

<sup>149</sup> Lipp (Fn. 32) Rn. 20.

<sup>150</sup> So die Abg. Weber (CDU) (Fn. 104) 806: „Schutz der Ehe und Familie hat auch schon in der Weimarer Verfassung gestanden, und wir sind der Meinung, daß der Schutz der Ehe und der Familie als Grundlage des Gemeinschaftslebens auch in dieser Verfassung stehen sollte“.

<sup>151</sup> So Abg. Weber (Fn. 104) 806.

<sup>152</sup> Parl. Rat 7, 93.

<sup>153</sup> Hillgruber, JZ 2011, 861 (865).

<sup>154</sup> So Abg. Greve (SPD) (Fn. 143) 1345 f.

<sup>155</sup> Brosius-Gersdorf, in: Dreier, Band I, 3. Aufl. (2013), Art. 6 Rn. 5.

<sup>156</sup> Hillgruber, JZ 2011, 861 (866).

<sup>157</sup> So Abg. Heuss (FDP) (Fn. 104) 828: „Es gibt Ehen, die keine Kinder haben [Der Wortlaut: ‚mit ihr entstehende Familie‘] ist so, daß die Ehe, die kinderlos geblieben ist, sozusagen als solche mindereren Rechts erscheinen könnte“.

<sup>158</sup> Dauner-Lieb, AcP 210 (2010), 580 (584).

<sup>159</sup> Kähler, AcP 211 (2011), 262 (276).

<sup>160</sup> Rauscher (Fn. 135) Rn. 38; BVerfGE 104, 313 (360), Sondervotum Haas: „in der Ehe potenziell angelegte [...] Elternschaft“.

<sup>161</sup> Seiler (Fn. 81) Art. 6 Abs. 1 Rn. 53, 92.

<sup>162</sup> Seiler (Fn. 81) Art. 6 Abs. 1 Rn. 51, 89; Hillgruber, JZ 2011, 861 (865 f.).

<sup>133</sup> BVerfGE 124, 199 (225).

<sup>134</sup> So BVerfGE 124, 199 (225).

<sup>135</sup> So Rauscher, Familienrecht (2011), Rn. 38 f., 752; Kaiser, JZ 2001, 617 (624).

<sup>136</sup> Looschelders/Roth, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung (1996), 204 f.

<sup>137</sup> F. Reimer, Festschrift für Jan Schapp (2010), S. 431 (436).

<sup>138</sup> Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz – Studien zur Interpendenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie (1999), 267.

<sup>139</sup> Freytag, DÖV 2002, 445 (450).

<sup>140</sup> Seiler (Fn. 81) Art. 6 Abs. 1 Rn. 90.

<sup>141</sup> Michael, NJW 2010, 3537 (3538); Badura, in: Maunz/Dürig, Band II. Ergänzungslieferung (2015), Art. 6 Rn. 175; BVerfGE NJW 2007, 1735 (1736).

<sup>142</sup> Seiler (Fn. 81) Art. 6 Abs. 1 Rn. 91.

<sup>143</sup> So die Abg. Selbert (SPD), Parl. Rat 14/II, 1341.

<sup>144</sup> Tettinger, JZ 2002, 1146 (1150).

<sup>145</sup> Robbers (Fn. 110) Art. 6 Rn. 17.

Ordnung (Sein) kreierte, sondern sie von dieser *absolut*<sup>163</sup> als ideell „*entzeiteten*“<sup>164</sup> Regeltatbestand (Sollen)<sup>165</sup> dachte und die Frage, einerseits Ehe und Familie als vorgegebene Ordnungsbegriffe verfassungsrechtlich heilig zu halten<sup>166</sup> oder andererseits die vom Leben nach seinen eigenen Gesetzen durchbrochenen Grundsätze von Ehe und Familie anzuerkennen,<sup>167</sup> mit 11:10 Stimmen<sup>168</sup> reaktionär<sup>169</sup> zugunsten eines nicht an der Wirklichkeit orientierten Eheleitbildes entschied.<sup>170</sup> Dieses absolut familienpotentiale Eheleitbild ist die normativ konstruierte Intention des Verfassungsgebers – nicht weil dieses eine gefundene „*Schnittmenge der Motivationen oder Intentionen der beteiligten natürlichen Personen*“,<sup>171</sup> sondern das Ergebnis der Verfassungsgebung als „*intentionale Handlung*“ ist.<sup>172</sup> Die Verfassung beruht nicht auf Aggregation von Einzelwillen, sondern auf Debatte, Austausch, gemeinsamer Planung und ist letztlich Entscheidung über ein Vorhaben,<sup>173</sup> dessen Spielregeln vor dem Spiel<sup>174</sup> im Wege kollektiv intentionaler Aktivität<sup>175</sup> festgelegt werden. Das Verfahren generiert Legitimation,<sup>176</sup> weil weder Einzelstimmen noch die letztlich unterlegenen Minderheitspositionen maßgeblich sind – dies unterminierte nämlich den „*essentiellen Kompromisscharakter der gemeinsamen Entscheidungsfindung*“.<sup>177</sup> Weil dieses Abstimmungsergebnis nicht Partikularinteressen repräsentiert, sondern einen ausgiebig reflektierten Diskussionsprozess abschließt, ist es für den Ehebegriff unseres GG konstitutiv<sup>178</sup> und stellt den Willen des Parlamentarischen Rates als Normsetzer des Art. 6 Abs. 1 in seiner unveränderten Fassung dar: Er vertraute darauf, dass dieses Eheleitbild<sup>179</sup> die Gesellschaft auch dort gestaltet, „*wo das, was die Verfassung normiert, nicht bereits in der individuellen Beschaffenheit der Gegenwart angelegt*“<sup>180</sup> und gegen eine „*normative Kraft des Faktischen*“<sup>181</sup> resistent ist. In dieser Konzeption des Art. 6 Abs. 1 drückt sich die auf faktische Reaktionen gerichtete Normativität der Verfassung aus<sup>182</sup> – nämlich anzuordnen, wie die Ehe gerade im Kontrast zur Gegenwart künftig sein *soll*: familienfinal.

<sup>163</sup> Und zwar „absolut“ im wörtlichen Sinne: Lat. *absolvere, absolvo* ≙ ab-, bzw. loslösen (von der Realität abgelöstes Eheleitbild).

<sup>164</sup> Schenke, AöR 103 (1978), 566 (570).

<sup>165</sup> Seiler (Fn. 81) Art. 6 Abs. 1 Rn. 51; Hillgruber, JZ 2011, 861 (866): „Ehe [...], deren Gültigkeit nicht mit Blick auf die ‚Lebenswirklichkeit‘ in Frage gestellt werden kann“.

<sup>166</sup> Parl. Rat (Fn. 143) 1342: „Heilighaltung der Ehe“, 1345: „Heiligkeit der Familie“.

<sup>167</sup> So die Abg. Selbert (SPD) (Fn. 143) 1341: „Es hieße, am Leben unserer Zeit vorbeigehen, wenn wir nicht klar sehen, daß sich heute außerhalb der Ehe bereits neue Lebensformen bilden, die keineswegs als unmoralisch und nicht zu billigen anzusehen sind“.

<sup>168</sup> Abg. Schmidt (SPD) (Fn. 143) 1346.

<sup>169</sup> So der Vorwurf des Abg. Renner (KPD) (Fn. 143) 1338.

<sup>170</sup> Hillgruber, JZ 2011, 862 (865 f.).

<sup>171</sup> F. Reimer, Juristische Methodenlehre (2016), Rn. 251.

<sup>172</sup> Wischmeyer, Zwecke im Recht des Verfassungsstaates (2015), 248 (für die einfache Gesetzgebung).

<sup>173</sup> Wischmeyer (Fn. 172) 248.

<sup>174</sup> F. Reimer, Verfassungsprinzipien – Ein Normtyp im Grundgesetz (2001), 86.

<sup>175</sup> Wischmeyer (Fn. 172) 381.

<sup>176</sup> Wischmeyer (Fn. 172) 384.

<sup>177</sup> Wischmeyer (Fn. 172) 386 f.

<sup>178</sup> Wischmeyer (Fn. 172) 388.

<sup>179</sup> Robbers (Fn. 110) Art. 6 Rn. 17.

<sup>180</sup> Hesse, Die normative Kraft der Verfassung (1959), S. 17.

<sup>181</sup> Burgi, Der Staat 39 (2000), 487 (508).

<sup>182</sup> Hesse (Fn. 180) 8 f., 13.

Dieses normative Familienpotential der Ehe gibt ihrem Strukturmerkmal der Geschlechtsverschiedenheit auch erst seinen verfassungsrechtlichen Sinn: Welchen Sinn hat es, die Ehe heterosexuell zu definieren,<sup>183</sup> wenn nicht das Potential solcher Paare verfassungsrechtlich anzuerkennen, selbst zur Familie werden zu können?<sup>184</sup> Hierauf abzustellen erklärt erst den Schutz der auch kinderlosen Ehe,<sup>185</sup> die dieses im Vergleich zur Lebenspartnerschaft nämlich aufweist.<sup>186</sup> Dass die Ehe neben der Familie selbstständig geschützt ist, ergibt sich also aus ihrer familialen Finalität, da eine Ehe ohne Kinder eben noch keine Familie ist.<sup>187</sup> Die Verleihung eines das „*Normalmaß staatlicher Schutz- und Fördertätigkeit*“<sup>188</sup> übersteigenden, also besonderen Schutzes erklärt sich neben der besonderen Schutzbedürftigkeit<sup>189</sup> der Ehe auch durch deren hervorgehobene Schutzwürdigkeit, die gerade aus ihrer „*familialen Potentialität*“ folgt:<sup>190</sup> „[Die] *Verfassungserwartung einer Bereitschaft zum Kind*“<sup>191</sup> rechtfertigt den herausgehobenen Schutz i.S.e. *self-fulfilling prophecy*.<sup>192</sup>

## b) Methodenreflexion:

### Subjektiv-historische Auslegung

Das familienpotentiale Eheleitbild als Ergebnis subjektiv-historischer Auslegung wird je nach einer statischen (subjektiv) oder dynamischen (objektiv) Verfassungsinterpretation verschieden gewichtet.<sup>193</sup> Ausgangspunkt der dynamischen Auslegung ist, dass eine so verstandene Verfassung wegen stets neuer Lebenskontexte ihr je verändertes Bedeutungsverstehen impliziere.<sup>194</sup> Betont wird, dass sich die Verfassung als „*law in action*“,<sup>195</sup> um nicht zu versteinern,<sup>196</sup> innerlich an der Wirklichkeit ausrichte, keine erst durch Wandel variablen Vorgegebenheiten habe,<sup>197</sup> sondern situativ je einen kulturellen Entwicklungszustand zeige,<sup>198</sup> ohne Wortlautänderung mit der Zeit gehe<sup>199</sup> und darum die Verfassung auf Grund der Zustimmung des gegenwärtigen *pouvoir constituant* gelte, die Verfassung also je neu demokratisch legitimiert sei,<sup>200</sup> kurzum: Es sei

<sup>183</sup> BVerfGE 105, 313 (345): „Zum Gehalt der Ehe, wie er sich ungeachtet des gesellschaftlichen Wandels [...] bewahrt und durch das Grundgesetz seine Prägung bekommen hat, gehört, dass sie die Vereinigung eines Mannes mit einer Frau [...] ist“.

<sup>184</sup> Seiler (Fn. 81) Art. 6 Abs. 1 Rn. 174: „Angelegtsein der Ehe auf neues Leben“.

<sup>185</sup> Di Fabio, NJW 2003, 993 (994): „Die Ehe ist ein Spezialfall der Familie“.

<sup>186</sup> Seiler (Fn. 81) Art. 6 Abs. 1 Rn. 245.

<sup>187</sup> Pauly, NJW 1997, 1955 (1955); Di Fabio, NJW 2003, 993 (994).

<sup>188</sup> Burgi, Der Staat 39 (2000), 478 (497).

<sup>189</sup> Burgi, Der Staat 39 (2000), 478 (497).

<sup>190</sup> Schöffner (Fn. 107) 345 f.

<sup>191</sup> Kirchhof, AöR 129 (2004), 542 (579).

<sup>192</sup> Ipsen, in: Isensee/Kirchhof: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII, 3. Aufl. (2009), § 154 Rn. 53; Robbers, Festschrift für Ernst Benda (1995), 209 (215 f.): „normiert einen von Rechts wegen anzustrebenden Zustand“; „soll Wertüberzeugungen beeinflussen“.

<sup>193</sup> F. Reimer (Fn. 171) Rn. 247: „Gretchenfrage der Methodenlehre“ – sic!

<sup>194</sup> Kritisch hierzu Heun, AöR 116 (1991), 185 (204).

<sup>195</sup> Häberle, in: Dreier/Schwegmann: Probleme der Verfassungsinterpretation Dokumentation einer Kontroverse (1976), S. 293 (311).

<sup>196</sup> Looschelders/Roth (Fn. 136) S. 207.

<sup>197</sup> Häberle (Fn. 195) S. 293 (317).

<sup>198</sup> Häberle, AöR 131 (2006), 621 (636 f.).

<sup>199</sup> Schenke, AöR 103 (1978), 566 (602).

<sup>200</sup> F. Reimer (Fn. 174), S. 83: „[Die] Ablehnung einer Bindung durch vergangene Generationen hat etwas Emanzipatorisch-Überzeugendes.“.

nicht maßgebend, durch wessen Autorität sie einst erlassen worden sei, sondern durch wessen Autorität sie fortbestehe.<sup>201</sup>

Kontrastierend betont eine statische Auslegung die Stabilitätsfunktion<sup>202</sup> der Verfassung, die durch die Vorhersehbarkeit ihrer Interpretation einen transparenten<sup>203</sup> „Bauplan“<sup>204</sup> des Staates bereithalte. Eine solche hermeneutisch-gebundene Interpretation<sup>205</sup> achte das durch den Selbstordnungsanspruch des Staates gelegte rigide<sup>206</sup> Fundament als inhaltlich kontingierten, äußerst denkbaren Toleranzrahmen einer rechtlichen Ordnung (Verfassungshorizont)<sup>207</sup> und würdige das GG im Lichte historischer (Dis)Kontinuitäten.<sup>208</sup> Hervorgehoben wird die Hauptfunktion des Rechts, „eine verlässliche Grundlage für das Handeln der privaten und staatlichen Akteure zu schaffen“.<sup>209</sup>

Dieser in den USA seit Jahren „*tobende Methodenstreit*“ ist jüngst im Urteil des Supreme Courts Obergfell v. Hodges zugunsten der dynamischen Verfassungsinterpretation entschieden worden<sup>210</sup> und verdeutlicht den „*Kristallisationspunkt moderner Verfassungstheorie*“:<sup>211</sup> Die vorherige Wahl des Verfassungsverständnisses determiniert den Maßstab der Auslegung für den Inhalt der Verfassung.<sup>212</sup> Betrachtet man die Collage verschiedener Verfassungsverständnisse,<sup>213</sup> so könne für die Auswahl eines Verfassungsverständnisses nicht auf die Verfassung selbst zurückgegriffen werden, da kein Text darüber entscheiden könne, wie er verstanden werden soll und es umgekehrt der Text selbst sei, der von einer bestimmten Theorie aus gelesen werde.<sup>214</sup> Es geht also um die Frage, ob eine Verfassungstheorie postuliert werden kann, die ihrerseits nicht wieder Ausfluss interpretatorischer Standpunktnahme und subjektiv bleibender Vorverständnisse ist. Blicke die Verfassungstheorie für den Interpreten frei wählbar, „*verbunden nur mit der Erwartung, daß sie als Interpretationsvorgabe offengelegt wird, nehmen topisches Verfahren und unkontrollierbares Ausufern der Interpretation ihren Fortgang*“, weil die Verfassung dabei „*zu einem nurmehr formalen Gehäuse*“ geriete, „*das durch die Tür seiner Interpretation nach- und nebeneinander sehr verschiedenen, auch heterogenen Ordnungsvorstellungen Einlaß gewährt, ohne selbst von einer solchen getragen zu sein. Je nach dem Ansatz der gewählten ›Theorie‹ ergibt sich nicht nur in Einzelheiten, sondern auch im Grundsätzlichen ein unterschiedlicher Verfassungsinhalt*“.<sup>215</sup> Schließt man sich diesem Gedan-

ken an, so muss eine von subjektivem Vorverständnis befreite Verfassungstheorie zugrunde gelegt werden. Eine solche ist aber „*nur möglich als in der Verfassung ausdrücklich oder implizit enthaltene Verfassungstheorie, die aus Verfassungstext und Verfassungsentstehung mit rationalen Erkenntnismitteln erhebbare ist*“.<sup>216</sup> Damit eine solche verbindliche Verfassungstheorie das „*Äquivalent für das ‚historisch-dogmatische Ganze‘ der Rechtsordnung*“ darstellt, muss sie „*ihren Ausgang von der Verfassung selbst nehmen, ihren Grundentscheidungen und tragenden Prinzipien, den übernommenen oder modifizierten Elementen der Verfassungstradition,*“ um also eine „*verfassungsgemäße Verfassungstheorie*“ zu sein, welche die in der Verfassung „*sich ausdrückende leitende Ordnungsidee*“ ermitteln und „*zu einer systematischen Orientierung*“ zu entfalten sucht.<sup>217</sup> Inhaltlich überzeugt dieser Ansatz, weil die Verfassung der Wirklichkeit mit einem normativen Geltungsanspruch gegenübertritt, der auch in der Interpretation festzuhalten ist, denn unsere Verfassung muss „*gerade in einer demokratisch organisierten Staatsordnung und angesichts einer geistig-weltanschaulich wie ökonomisch-pluralistischen Gesellschaft als einheitsbegründende und gewährleistende normative Festlegung von Organisation, Zielen und Grenzen der staatlichen Handlungs- und Entscheidungsgewalt*“ angesehen und bestimmt werden.<sup>218</sup> Konstruktiv ist die grundgesetzgemäße Methode als eine „*meta-positive*“ zu denken:<sup>219</sup> Die Verfassung gibt ihre Gebrauchsregel vor und entscheidet selbst, wie sie verstanden werden will.<sup>220</sup> Das Konzept einer „*verfassungsgemäßen Verfassungstheorie*“ kann dem Einwand, eine Auslegung der Meta-Norm sei ihrerseits auf ein Vorverständnis der Verfassung angewiesen,<sup>221</sup> entgegensetzen, dass unbestreitbar das GG in Erfüllung seiner Befriedigungsaufgabe nach dem Dritten Reich und Zweiten Weltkrieg in einem besonders klaren Bewusstsein von „*(Ab-)Grund und Grenze des Staates*“ nach einem Rationalitätsverbürgenden Verfahren in dieser historischen Höhepunktsituation als Speicher von Regelungs- und Lebenserfahrung die Spielregeln vor dem Spiel konfliktentzogen festlegt und dadurch erheblich weniger interessegeleitet ist als Verfassungsinterpret und Verfassungsunterwerfener in einer konkreten Konfliktsituation.<sup>222</sup> Darum war es „*das erklärte Ziel der Mitglieder des Parlamentarischen Rates, dem GG im Unterschied zur WRV ein höheres Maß an Stabilität zu verleihen*“.<sup>223</sup> Dem GG liegt also vom eigenen Standpunkt aus das *verfassungstheoretische* Verständnis der *Verfassung als Ent-*

<sup>201</sup> Zippelius, DÖV 1986, 805 (807).

<sup>202</sup> Forsthoff, Festschrift für Carl Schmitt (1959), S. 35 (36).

<sup>203</sup> Forsthoff, Zur Problematik der Verfassungsauslegung (1961), 33: „*durch klare Entscheidungen sichtbar gemachte [...] Ordnung*“.

<sup>204</sup> Wenger, AöR 130 (2005), 618 (619).

<sup>205</sup> Forsthoff (Fn. 202) S. 35 (36 f.).

<sup>206</sup> F. Reimer (Fn. 174) S. 77.

<sup>207</sup> Haack, AöR 136 (2011), 363 (372 ff.).

<sup>208</sup> Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. (1995), 183 f.

<sup>209</sup> F. Reimer (Fn. 171) Rn. 257 ff.

<sup>210</sup> Kulick, JZ 2016, 67 (70 ff.); F. Reimer (Fn. 171) Rn. 249.

<sup>211</sup> Kulick, JZ 2016, 67, *passim*.

<sup>212</sup> Volkmann, Der Staat 54 (2015), 35 (37 ff.).

<sup>213</sup> Volkmann, Der Staat 54 (2015), 35 (41 ff.): Verfassung als „*Entscheidung*“, als „*Rechtsnorm*“, als „*Integration*“, als „*Gerechtigkeitsordnung*“; zuvor aber schon Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie – Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht (1991), S. 53 ff.

<sup>214</sup> Volkmann, Der Staat 54 (2015), 35 (59).

<sup>215</sup> Böckenförde (Fn. 213) S. 83.

<sup>216</sup> Böckenförde (Fn. 213) S. 84.

<sup>217</sup> Böckenförde (Fn. 213) S. 84, F. Reimer (Fn. 171) Rn. 250.

<sup>218</sup> Böckenförde (Fn. 213) S. 85 f.

<sup>219</sup> Hierzu Böckenförde (Fn. 213) S. 160: „*Damit sind die Grundrechte meta-positiv verankert [...]*“ einerseits. Andererseits Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. (2008), S. 108 f.: „*Wenn Art. 79 III GG nicht nach Maßgabe seiner eigenen Bestimmungen geändert werden soll, so müssen wir uns diese Einschränkung als eine ungeschriebene Verfassungsbestimmung höherer Ordnung denken, die klarstellt, dass Art. 79 III GG selbst kein Element der Menge danach änderbarer Bestimmungen bildet. Diese Metanorm wäre dann logisch betrachtet die Grundnorm der Verfassung. [...] Wir verfangen uns damit in einem infiniten Regress. [...] In der Praxis wechseln wir auf der Stufe der zweiten, spätestens der dritten Metanorm von der logischen zur psychologischen Argumentation, indem wir diese Metanorm ohne Rücksicht auf logische Unabgeschlossenheit als Selbstverständlich akzeptieren.*“; a.A. Volkmann, Der Staat 54 (2015), 35 (59).

<sup>220</sup> A.A. für subkonstitutionelle Normen Kuntz, AcP 215 (2015), 387 (429).

<sup>221</sup> So reflektierend Böckenförde (Fn. 213) S. 84.

<sup>222</sup> F. Reimer (Fn. 174) 86 f.

<sup>223</sup> Schöbener, in: Berliner Kommentar zum GG, Band 3, 45. Erg.-Lfg. V/2015, Art. 79 Rn. 10.

scheidung zugrunde. Dies folgt aus ihm selbst – nämlich seiner Präambel („kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt dieses GG gegeben [...] Damit gilt dieses GG für das gesamte Deutsche Volk.“ – sic!)<sup>224</sup> und Art. 79, der in Abs. 1 S. 1 die Forderung nach Verfassungsklarheit und kodifikatorischer Geschlossenheit der Verfassungsurkunde anordnet, um die Bildung von „Nebenverfassungsrecht“ außerhalb ihres Textes gänzlich zu unterbinden (Urkundlichkeitsgebot),<sup>225</sup> in Abs. 2 Verfassungsänderungen einem mit qualifizierten Mehrheiten konstruierten Verfahren unterwirft<sup>226</sup> und dessen Ewigkeitsgarantie in Abs. 3 ohne Vorbild in der deutschen Verfassungsgeschichte bestimmte Kerninhalte des GG einer Totalrevision entzieht und deren Beseitigung mit dem „Makel der Illegalität“ versieht.<sup>227</sup>

Die historische, der Verfassung Geltung gebende Entscheidung des Verfassungsgebers ist das Ergebnis verfassungsgemäßer Verfassungstheorie und navigiert als methodischer Kompass ihre Interpretation zur subjektiv-historischen Auslegung.<sup>228</sup> Gerade die subjektiv-historische Auslegung ermöglicht es, die auf dem so ermittelten Willensakt des Verfassungsgebers beruhende Geltung der Verfassung zum Sprechen zu bringen.<sup>229</sup> Dass die Regelungsabsicht des historischen Normgebers verbindlich bleibt, ist keine „Versteinerung“ der Verfassung, sondern Konsequenz *respektierter*<sup>230</sup> Entscheidung des Verfassungsgebers: Es mag ja gerade Inhalt der Entscheidung gewesen sein, dynamische Verweisungen auf die jeweils aktuelle Anschauung der Gesellschaft (Sein) als Sollen anzuordnen.<sup>231</sup> Die Verfassung ist also nur insoweit rigide, als die Entscheidung des Verfassungsgebers sie nicht elastisch ausgestaltet<sup>232</sup> und erzwingt damit nur im Umfang ihrer – im Wege der Auslegung zu erforschenden – Rigidität für etwaige Reformen einen möglichst breiten Konsens (Art. 79),<sup>233</sup> weil kein Vorbehalt der subjektiv-historischen Auslegung besteht.<sup>234</sup> Im Ergebnis bewirkt die subjektiv-historische Auslegung objektivere, verlässlicher vorhersagbare und besser nachprüfbarere Ergebnisse als die objektive Auslegung, die den jeweiligen Interpreten umfänglich

ermächtigt und so besonders subjektiv geprägte Ergebnisse erlaubt.<sup>235</sup> Kurzum: Subjektiv-historisch auszulegen dient einer der Hauptfunktionen des Rechts, nämlich eine verlässliche Grundlage für das Handeln der privaten und staatlichen Akteure zu schaffen.<sup>236</sup>

Bei Anwendung dieses Auslegungsmaßstabs ergibt sich, dass dem GG ein nicht an der Wirklichkeit orientiertes Eheleitbild zugrunde liegt.<sup>237</sup> Dabei ist ganz besonders zu beachten, dass das Familienpotential vom historischen Verfassungsgeber der Ehe gerade absolut vom gesellschaftlichen Befund beigelegt und als Leitbild i.S.e. Hintergrundvorstellung des Normgebers für diesen Lebensbereich<sup>238</sup> „konstitutives, nicht-kontingentes Merkmal“<sup>239</sup> ist, der Verfassungsgeber mithin den Ehebegriff einer dynamischen Interpretation entzog: Art. 6 Abs. 1 bestimmt die familienpotentiale Ehe absolut als Maßstab des einfachen Rechts. Ist es nun aber die Aufgabe der verfassungsrechtlichen Methode, die Geltung der Verfassung zum Sprechen zu bringen,<sup>240</sup> so will unser GG durch Art. 6 Abs. 1 dieses familienpotentiale Eheleitbild stabilisieren.<sup>241</sup>

### c) Zwischenbefund

Betrachtet das BVerfG aber Privilegierungen kinderloser Ehen nun<sup>242</sup> getrennt vom Schutz der Familie,<sup>243</sup> weil Ehe und Lebenspartnerschaft jeweils durch gegenseitiges Einstehen in einer Verantwortungsgemeinschaft vergleichbar seien,<sup>244</sup> so leugnet es dieses Konzept des Art. 6 Abs. 1.<sup>245</sup> Da der Schutz der Ehe auf ihrem Familienpotential beruht, ist eine entkoppelte Betrachtung als Verfassungsinterpretation *contra legem* zu begreifen.

Darüber hinaus ist vom Standpunkt des BVerfG die Betonung gemeinsamer Aspekte von Ehe und Lebenspartnerschaft wie deren Dauerhaftigkeit, die gegenseitige Verantwortung und gegenseitige Fürsorge widersprüchlich mit Blick auf den Ansatz, der in BVerfGE 105, 313 für die Unterscheidung von Ehe und Lebenspartnerschaft herhielt: Der Unterschied, gemeinsame Kinder zeugen zu können,<sup>246</sup> wies die Lebenspartnerschaft im System des Art. 6 Abs. 1 als aliud aus.<sup>247</sup> Nun aber Art. 3 Abs. 1 als Äquivalenzpostulat zu lesen,<sup>248</sup> ist inkonsis-

<sup>224</sup> Hillgruber (Fn. 73) Präambel Rn. 22: „Die Präambel setzt mit ihren Zielvorgaben Maßstäbe für die Verfassungsinterpretation.“

<sup>225</sup> Schöbener (Fn. 223) Art. 79 Rn. 14; sehr bedenklich ist u.E. der Verzicht in Art. 23 Abs. 1 S. 3 auf Art. 79 Abs. 1, wird dieser doch bloß mit „Rücksicht auf die damit verbundenen rechtstechnischen Probleme“ eines Zitiergebots für europäische Rechtsakte zu begründen versucht und wäre eine ausnahmslose Erstreckung des Anwendungsbereichs von Art. 79 eine „zu hohe Hürde für weitere Integrationschritte“ (BT-Drs. 12/6000, 21). Denn Art. 79 muss in allen seinen Absätzen den verfassungsändernden Gesetzgeber binden, um nicht obsolet zu werden: Gerade „wo ein Volk sich wahrhaft auf den Dienst der Freiheit verstand, da hat es instinctiv auch den Werth der Form herausgeföhlt [...] Denn die Form hält der Verlockung der Freiheit zur Zügellosigkeit das Gegengewicht.“ (Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Teil 2 Abt. 1, 5. Aufl. (1894), 471).

<sup>226</sup> Schöbener (Fn. 223) Art. 79 Rn. 17.

<sup>227</sup> Schöbener (Fn. 223) Art. 79 Rn. 21, 23.

<sup>228</sup> So zur verfassungsgemäßen Grundrechtstheorie Böckenförde (Fn. 213) S. 140 ff.

<sup>229</sup> F. Reimer (Fn. 174) S. 126; so auch Böckenförde (Fn. 213) 84.

<sup>230</sup> Und zwar „respektiert“ im wörtlichen Sinne: Lat. respectare, respecto ≙ zurück blicken (Entscheidung des Verfassungsgebers, auf die zurück geblickt wird).

<sup>231</sup> F. Reimer (Fn. 174) S. 87.

<sup>232</sup> F. Reimer (Fn. 174) S. 83 f., 87: „erfordert Rigidität und nur zu deren Sicherung Elastizität“.

<sup>233</sup> Lang, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band XII, 3. Aufl. (2014), § 266 Rn. 27.

<sup>234</sup> F. Reimer (Fn. 171) Rn. 253.

<sup>235</sup> F. Reimer (Fn. 171) Rn. 258.

<sup>236</sup> F. Reimer (Fn. 171) Rn. 257 ff.

<sup>237</sup> Hillgruber, JZ 2011, 862 (865 f.).

<sup>238</sup> F. Reimer (Fn. 171), Rn. 266.

<sup>239</sup> Gröpl/Georg, AöR 139 (2014), 125 (144).

<sup>240</sup> F. Reimer (Fn. 174) 126.

<sup>241</sup> Kritisch hierzu Kulick, JZ 2016, 67 (71 Fn. 52) und jüngst Dethloff, FamRZ 2016, 351 (354): „[...] gebotene [...] dynamische [...] Auslegung der Verfassung.“; vgl. auch Auer, AcP 216 (2106), 239 (267): „[...] so sollte diese Regelungsabsicht doch für die heutige Auslegung [...] nicht maßgeblich sein [...]“.

<sup>242</sup> So die zuvor nicht gewürdigten Erwägungen des Lesben- und Schwulenverbands in BVerfGE 105, 313 (330).

<sup>243</sup> BVerfGE 124, 199 (225).

<sup>244</sup> BVerfGE 124, 199 (225).

<sup>245</sup> Robbers (Fn. 110) Art. 6 Rn. 17.

<sup>246</sup> Wellenhofer (Fn. 81) Vor § 1 LPartG Rn. 18; Rauscher (Fn. 135) Rn. 752.

<sup>247</sup> BVerfGE 105, 313 (351 f.): „Der Unterschied, dass aus einer auf Dauer verbundenen Zweierbeziehung von Mann und Frau gemeinsame Kinder erwachsen können, aus einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft dagegen nicht, rechtfertigt es, verschiedengeschlechtliche Paare auf die Ehe zu verweisen [...]“.

<sup>248</sup> BVerfGE 124, 199 (226): „Geht die Privilegierung der Ehe mit einer Benachteiligung anderer Lebensformen einher, obgleich diese nach dem geregelten Lebenssachverhalt und den mit der Normierung verfolgten Zielen der Ehe

tent:<sup>249</sup> Aus Sicht des BVerfG ist, solange der aliud-Charakter bejaht wird, das Eheinstitut nicht verletzt, sind Ehe und Lebenspartnerschaft aber nicht vergleichbar.<sup>250</sup> Sobald Vergleichbarkeit kraft Entkoppelung substantiell entsteht,<sup>251</sup> ist der aliud-Charakter durch eheäquivalente Ausgestaltung in der Sache aufgegeben und konsequent das Eheinstitut verletzt.<sup>252</sup>

Dies stellt ein selektives Heranziehen einzelner Facetten zur Überwindung konstitutionell vorgegebener Unterschiede dar: Worin sich die Lebenspartnerschaft 2002 noch von der Ehe unterschied, weicht seit 2009 den Gemeinsamkeiten, um die Gleichheitsprüfung zu eröffnen.<sup>253</sup> Die Wesensgleichheit wirkt künstlich, gewinnt das BVerfG sie doch allein aus der einfachgesetzlichen Verrechtlichung der Lebenspartnerschaft und schafft so Gleichheit nur durch „Abstraktion von gegebener Ungleichheit“.<sup>254</sup> Es ist nämlich fehlerhaft, die Gleichheit Art. 3 Abs. 1 zugrunde zu legen,<sup>255</sup> sie als Anknüpfungspunkt, nicht aber als dessen Ziel zu sehen,<sup>256</sup> weil Art. 3 Abs. 1 zu prüfen verlangt, ob tatsächliche Unterschiede eine Differenzierung rechtfertigen.<sup>257</sup>

## 2. Verhältnis von Art. 6 Abs. 1 zu Art. 3 Abs. 1

Liest das BVerfG Art. 6 Abs. 1 in den Koordinaten des Art. 3 Abs. 1 nicht mehr als speziellen Rechtfertigungsgrund für eine Ungleichbehandlung gegenüber Lebenspartnerschaften, und versteht es Art. 3 Abs. 1 als alleinigen<sup>258</sup> Prüfungsmaßstab, führt gerade dies zur Frage, ob „*der allgemeine Gleichheitssatz [...] die Einheit der Verfassungsordnung zu sprengen [drohe], würde er verfassungsrechtlich intendierte Differenzierungen nivellieren*“.<sup>259</sup> Dabei ist zu beachten, dass beide Normen nicht konkurrieren, sondern diejenige den Ausschlag gibt, die konkret prüfungsnäher ist.<sup>260</sup> Ausgangspunkt ist daher nicht die Spezialität,<sup>261</sup> sondern die Idee der Einheit der Verfassung:<sup>262</sup>

vergleichbar sind, rechtfertigt der bloße Verweis auf das Schutzgebot der Ehe eine solche Differenzierung nicht“.

<sup>249</sup> Canaris, JZ 1993, 377 (385).

<sup>250</sup> BVerfGE 105, 313 (351): „Sie kann mit der Ehe schon deshalb nicht in Konkurrenz treten, weil der Adressatenkreis, an den sich das Institut richtet, nicht den der Ehe berührt. Die eingetragene Lebenspartnerschaft ist wegen dieses Unterschieds auch keine Ehe mit falschem Etikett [...], sondern ein aliud. Nicht ihre Bezeichnung begründet ihre Andersartigkeit, sondern der Umstand, dass sich in der eingetragenen Lebenspartnerschaft nicht Mann und Frau, sondern zwei gleichgeschlechtliche Partner binden können“.

<sup>251</sup> BVerfGE 124, 199 (225 f.).

<sup>252</sup> Hillgruber, JZ 2010, 41 (42): „[...] von der Andersartigkeit der eingetragenen Lebenspartnerschaft keine Rede mehr, sondern wird im Gegenteil ihre Gleichartigkeit geltend gemacht“. So auch Dethloff, FamRZ 2016, 351 (353): „Angesichts dieser Funktionsidentität lassen sich Ehe und Lebenspartnerschaft nicht mehr als ein aliud ansehen [...]“.

<sup>253</sup> Hillgruber, JZ 2010, 41 (42): „taktisch-wechselhaft und damit objektiv willkürlich“.

<sup>254</sup> Radbruch, Rechtsphilosophie (Studienausgabe), 2. Aufl. (2003), 37: „Gleichheit ist nicht eine Gegebenheit; die Dinge und Menschen sind so ungleich, wie ein Ei dem anderen; Gleichheit ist immer nur Abstraktion von gegebener Ungleichheit“.

<sup>255</sup> Classen, JZ 2010, 411.

<sup>256</sup> Michael, Der allgemeine Gleichheitssatz als Methodennorm komparativer Systeme (1997), 235.

<sup>257</sup> Michael (Fn. 256) 228 f.

<sup>258</sup> BVerfGE 126, 400 (421): „Allein der Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) entscheidet [...]“.

<sup>259</sup> Michael, NJW 2010, 3537 (3539).

<sup>260</sup> Kingreen, JURA 1997, 401 (406).

<sup>261</sup> So aber Lipp (Fn. 81) Vor § 1353 Rn. 43.

<sup>262</sup> Stern, Festschrift für Herbert Schambeck (1994), 381 (392).

Zwischen Art. 3 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 ist ein schonender Ausgleich i.S. praktischer Konkordanz herzustellen.<sup>263</sup>

### a) Praktische Konkordanz

Entscheidend ist, ob Art. 6 Abs. 1 bei Kollision mit Art. 3 Abs. 1 eine Ungleichbehandlung ausgleicht. Dies macht das BVerfG davon abhängig, ob Art. 6 Abs. 1 ein Abstandsgebot zur Lebenspartnerschaft normiert, was es verneint.<sup>264</sup> Zunächst berechnete aber der verfassungsrechtliche Förderauftrag den Gesetzgeber, die Ehe zu begünstigen, weil das GG selbst mit Art. 6 Abs. 1 den sachlichen Differenzierungsgrund bildet.<sup>265</sup> In BVerfGE 124, 199 rechtfertigt hingegen der bloße Verfassungstext keine Ungleichbehandlung mehr.<sup>266</sup> Demgegenüber zeigt bereits der Wortlaut „*besonderer Schutz*“ als einmalige Exklusivitätsentscheidung<sup>267</sup> des GG den hohen Wert, den der Verfassungsgeber der Ehe beimaß;<sup>268</sup> er sei insoweit „*besonders*“, als „*ein Rest von Diskriminierung geradezu verfassungsrechtlich geboten und [...] eine vollständige Einebnung der naturgegebenen Unterschiede zur Ehe grundgesetzwidrig*“<sup>269</sup> sei, und beinhaltet also ein offenes Abstandsgebot.<sup>270</sup> Unterstützt wird dieses Ergebnis auch durch eine subjektiv-historische Auslegung: Der Ausschuss für Grundsatzfragen diskutierte am Beispiel von Lohnzuschlägen die soziale Privilegierung der Ehe<sup>271</sup> und begriff auf dieser Basis<sup>272</sup> die Ehe unter Ausschluss anderer gesellschaftlicher Lebensformen.<sup>273</sup> Der Vorsitzende dieses Ausschusses Hermann von Mangoldt führte hierzu aus: „*Der verheiratete Mann oder die verheiratete Frau, die einen Zuschlag bekommen, weil sie verheiratet sind, würden [im Vergleich zu unverheirateten Arbeitnehmern] nicht unter [Art. 3] Abs. 3 fallen. Die Zahlung eines Zuschlags würde möglich sein. [...] Es ist nur die Frage, ob das unter Abs. 1: ‚Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich‘ fallen würde, ob sie [= Arbeitnehmer in ihrer Gesamtheit] auf Grund dieser Bestimmung gleichen Lohn beanspruchen könnten. Das ist vielleicht zweifelhaft. Ich glaube aber, das würde keiner daraus herleiten. Auf Grund des von uns beigefügten Satzes: ‚... kann Verschiedenes nach seiner Eigenart behandeln‘, würde die verschiedene Entlohnung wieder möglich sein. Das ist sogar die beste Lösung.*“<sup>274</sup> D.h. der Verfassungsgeber hatte die Unterscheidung am Vergleichsmaßstab des Verheiratet-Seins vor Augen und wollte die Privilegierung um der Ehe selbst willen auch im Lichte des Art. 3 Abs. 1 erlauben. Eine verschiedene Entlohnung zwischen verheirateten und unverheirateten Arbeitnehmern soll am Maßstab des Art. 3 Abs. 1

<sup>263</sup> Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. (1999), Rn. 72; so auch BVerfG NJW 2008, 209 (210).

<sup>264</sup> BVerfGE 105, 313 (349 f.).

<sup>265</sup> BVerfG NJW 2008, 209 (211); so bereits auch BVerfGE 105, 313 (348).

<sup>266</sup> BVerfGE 124, 199 (226): „Geht die Privilegierung der Ehe mit einer Benachteiligung anderer Lebensformen einher [...] rechtfertigt der bloße Verweis auf das Schutzgebot der Ehe eine solche Differenzierung nicht.“

<sup>267</sup> Scholz/Uhle, NJW 2001, 393 (397).

<sup>268</sup> BVerfGE 105, 313 (361), Sondervotum Haas.

<sup>269</sup> Wacke (Fn. 128) Vorbemerkung LPartG, Rn. 6.

<sup>270</sup> Seiler (Fn. 81) Art. 6 Abs. 1 Rn. 97, 99; in der Sache ähnlich BVerfG NJW 2008, 209 (210).

<sup>271</sup> Sitzung am 30.11.1948 (Fn. 104) S. 712 (754).

<sup>272</sup> Sitzung am 4.12.1948 (Fn. 104) S. 712 (826).

<sup>273</sup> So Abg. Greve (SPD) (Fn. 104) 826: „[...] Ehe und Familie sind die Grundlagen der menschlichen Gesellschaft. Das sind aber auch noch andere als Ehe und Familie, so daß mir insbesondere dann, wenn man auf die Konkretisierung der möglicherweise hier festzuhaltenden Formulierung ablegt, es besser ist, was im Antrag der CDU/CSU gesagt ist“.

<sup>274</sup> So Abg. v. Mangoldt (CDU) (Fn. 104) 754.

möglich sein,<sup>275</sup> der „*Verschiedenes nach seiner Eigenart*“<sup>276</sup> zu behandeln erlaube. Damit ist es die Entscheidung des historischen Verfassungsgebers,<sup>277</sup> das absolute Eheleitbild in den Koordinaten des Art. 3 Abs. 1 eine Differenzierungskraft entfalten zu lassen, die zugunsten des Art. 6 Abs. 1 wirken soll. Dieser gewollte Ausgleich verblasst<sup>278</sup> infolge der bundesverfassungsgerichtlichen Aufladung<sup>279</sup> des Art. 3 Abs. 1 auf das Niveau von Art. 3 Abs. 3 S. 1 hingegen zu einem extensiven Diskriminierungsverbot wegen sexueller Identität.

## b) Europarechtliche Implikationen

Dieses Vorgehen wird als Wirkungs- und Durchsetzungsverstärkung nationaler Verfassungsbestimmungen auf Grund europarechtlicher Anreicherung im Wege einer „*Europäisierung der Grundrechtsinterpretation*“ durchdacht,<sup>280</sup> also als eine antizipierte Vermeidung von „*Regimekollisionen*“ und „*notwendige Verzahnung zwischen den Rechtsebenen*“.<sup>281</sup> Auf unionsrechtliche Vorgaben rekurrierte das BVerfG hierbei erst- und bislang einmalig in der Entscheidung BVerfGE 124, 199, auf die es in der Folge verwies, was bisweilen als „*Verfassungsrichterrecht*“<sup>282</sup> bezeichnet wird. Dieser Ansatz ist methodologisch angreifbar: Die Frage ist, ob in der Mehrebenenarchitektur aus GG, GR-Charta und EMRK nationales Verfassungsrecht modifiziert wird.

### aa) GG und GR-Charta

Die GR-Charta als Teil des Primärrechts verbietet in ihrem Art. 21 Abs. 1 Diskriminierungen wegen der sexuellen Ausrichtung, ist also gegenüber Art. 3 Abs. 3 als nationales Diskriminierungsverbot umfassender, welcher gerade nicht um dieses Diskriminierungsmerkmal erweitert wurde.<sup>283</sup> Eine Änderung nationalen Verfassungsrechts kann die GR-Charta (außerhalb ihres Anwendungsbereichs, Art. 51) gleichwohl nicht bewirken: Sie dient dem einheitlichen Grundrechtstandard des Unionsrechts<sup>284</sup> und hat innerhalb ihres Anwendungsbereichs Anwendungsvorrang<sup>285</sup> vor dem, entfaltet außerhalb ihres Anwendungsbereichs (ultra vires)<sup>286</sup> aber keinen modifizierenden Geltungsvorrang auf das GG.<sup>287</sup> So ist aus der Perspektive der GR-Charta in ihrem Art. 52 Abs. 4 für solche in ihr anerkannten Grundrechte, wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, vorgesehen, dass die GR-Charta im Einklang mit diesen – nationalen – Überlieferungen ausgelegt wird und nicht umgekehrt diese europäisiert.

<sup>275</sup> So Abg. v. Mangoldt (CDU) (Fn. 104) 754.

<sup>276</sup> Dieser Zusatz wurde ohne Bedeutung vom Fünferausschuss gestrichen, (Fn. 152) 297 f.: „Der Ausschuss glaubt, daß die zwischen den Parteien noch streitigen Fragen von grundsätzlicher politischer Bedeutung durch diese Vorschläge einer endgültigen Lösung zugeführt sind. [...] Der Ausschuss sieht im übrigen bewußt davon ab, die von ihm vorgeschlagenen Formulierungen zu begründen und zu kommentieren.“

<sup>277</sup> F. Reimer (Fn. 171) Rn. 252.

<sup>278</sup> Seiler (Fn. 81) Art. 6 Abs. 1 Rn. 243, 246.

<sup>279</sup> Krings (Fn. 101) S. 269 (273).

<sup>280</sup> Michael, NJW 2010, 3537 (3537, 3542).

<sup>281</sup> Sommermann, Festschrift für Udo Steiner (2009), 796 (805 f.); Michael, NJW 2010, 3537 (3541).

<sup>282</sup> Michael, NJW 2010, 3537 (3539).

<sup>283</sup> BT-Dr 12/6000, 54.

<sup>284</sup> Masing, JZ 2015, 477 (480 f.).

<sup>285</sup> Hobe, Europarecht, 8. Aufl. (2014), Rn. 463.

<sup>286</sup> Masing, JZ 2015, 477 (483).

<sup>287</sup> Hillgruber (Fn. 17) § 15 Rn. 48 (keine europarechtskonforme Auslegung nationalen Verfassungsrechts).

Dies muss auch gerade dann gelten, wenn die GR-Charta über nicht gemeinsame Verfassungsüberlieferungen eines Mitgliedstaats hinausgeht, weil sich das Europarecht eben nur den eigenen – europäischen – Grundrechten unterwerfen kann, denn nach Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV achtet die Union die nationale Identität der Mitgliedstaaten, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen zum Ausdruck kommt. Andernfalls oktroyierte sie einem Mitgliedstaat von seiner nationalen Verfassung nicht vorgesehene Grundrechte, dem aber gerade das GG die Homogenitätsklausel des Art. 23 Abs. 1 S. 1 entgegengesetzt: Die Europäische Union muss einen *unserem* GG im Wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleisten. Aus der Perspektive des GG ist die Schablone europäischer Grundrechte die Struktur *seines* Grundrechtsschutzes, zu deren Grundlage die historische Entscheidung des Verfassungsgebers zählt, das absolute Eheleitbild in den Koordinaten des Art. 3 Abs. 1 eine Differenzierungskraft entfalten zu lassen, die zugunsten des Art. 6 Abs. 1 wirken soll. Dies ist umso eindringlicher zu beachten, als der Schutz der Ehe durch die GR-Charta mit dem „*besonderen*“ des Art. 6 Abs. 1 im Wesentlichen *nicht* i.S.d. Art. 23 Abs. 1 S. 1 „*vergleichbar*“ ist: Zwar gewährleistet Art. 9 GR-Charta das Recht, eine Ehe einzugehen und das, eine Familie zu gründen – in Art. 33 GR-Charta ist aber nicht mehr die Ehe rechtlich, wirtschaftlich und sozial *geschützt*, sondern nur noch das Familienleben. Das, was das GG besonders tut, unterlässt die GR-Charta: die *Ehe zu schützen*.<sup>288</sup>

Wird in BVerfGE 124, 199 auf „*die Rechtsentwicklung im Europarecht*“ verwiesen,<sup>289</sup> so mag dem insofern zuzustimmen sein, als sich das BVerfG in Bezug auf die streitgegenständliche VBL-Hinterbliebenenversorgung zu diesem Zeitpunkt im Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/78/EG<sup>290</sup> bewegte, nachdem zuvor der EuGH eine solche Hinterbliebenenversorgung als Arbeitsentgelt iSd. Art. 3 Abs. 1 lit. c der Richtlinie eingeordnet hatte.<sup>291</sup> Zum Zeitpunkt der Entscheidung im Jahr 2009 war aber die GR-Charta noch nicht Teil des geltenden Primärrechts und die Richtlinie beließ nach ihrem 22. Erwägungsgrund die Zuständigkeit für Vorschriften über den Familienstand den nationalen Mitgliedstaaten.<sup>292</sup> Gleichwohl sei das Diskriminierungsverbot (ohne nähere Begründung des EuGH) zu wahren,<sup>293</sup> denn es stelle eine unmittelbare Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung dar, wenn Ehe und Lebenspartnerschaft ungleich behandelt werden, national aber in Bezug auf ein Kriterium (Hinterbliebenenversorgung) vergleichbar seien.<sup>294</sup>

Obwohl 2010 dem Erbschaftssteuer- und Schenkungssteuerrecht jedenfalls dieser unionsrechtliche Bezug fehlte, gebraucht das Gericht in BVerfGE 126, 400 diese „*europäische[n] Tenden-*

<sup>288</sup> So bereits Papier, NJW 2002, 2129 (2130).

<sup>289</sup> BVerfG NJW 2010, 1439 (1440).

<sup>290</sup> Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf.

<sup>291</sup> EuGH NJW 2008, 1649 ff. („Maruko“).

<sup>292</sup> Vgl. 22. Erwägungsgrund zur RiL 2000/78/EG: „Diese Richtlinie lässt die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften über den Familienstand und davon abhängige Leistungen unberührt.“

<sup>293</sup> EuGH NJW 2008, 1649 (1652) („Maruko“).

<sup>294</sup> EuGH NJW 2008, 1649 (1652).

zen und führt sie für das nationale Verfassungsrecht mit umso größerer Durchschlagskraft und Reichweite fort“.<sup>295</sup> Dieses Vorgehen ist verfassungsmethodisch nicht justiziabel, weil das hier zugrunde gelegte nationale Verhältnis von Art. 3 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 als verfassungsmäßige Identitätsstruktur unseres Grundrechtsschutzes einerseits europarechtlich zu achten ist (Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV) und andererseits national verlangt wird (Art. 23 Abs. 1 S. 1).

### bb) GG und EMRK

Der EMRK als völkerrechtlichem Vertrag kommt gem. Art. 59 Abs. 2 der Rang eines einfachen Bundesgesetzes zu.<sup>296</sup> In ihrem Art. 12 erkennt sie explizit das Recht von Männern und Frauen im heiratsfähigen Alter an, nach innerstaatlichen Gesetzen eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen und normiert in Art. 14 EMRK ein Diskriminierungsverbot, das explizit auf das Kriterium der sexuellen Ausrichtung verzichtet, darin Art. 3 Abs. 1 gleicht, aber zusätzlich das Kriterium eines „sonstigen Status“ nennt. Im Ausgangspunkt ist normenhierarchisch das GG (lex superior) nicht durch die einfachgesetzlich wirkende EMRK (lex inferior) von unten nach oben inhaltlich zu erforschen, sondern umgekehrt wird höherrangiges Recht zum Verständnis und als Maßstab zur Konformisierung des niederrangigen Rechts herangezogen.<sup>297</sup> Demgegenüber geht das BVerfG aber von einer konventionskonformen Auslegung des GG aus Gründen seiner Völkerrechtsfreundlichkeit<sup>298</sup> aus: Rechtstechnisch misst es Entscheidungen des EGMR „eine zumindest praktische Präzedenzwirkung“ bei.<sup>299</sup> Dies erklärt sich durch Art. 46 Abs. 1 EMRK, wonach eine Vertragspartei verpflichtet ist, in allen Rechtssachen, in denen sie Partei ist, endgültige Urteile des EGMR zu befolgen.

Besonders bedeutsam sind die beiden Entscheidungen, in welchen das Differenzierungskriterium der sexuellen Orientierung als sonstiger Status iSd. Art. 14 EMRK eingestuft wurde,<sup>300</sup> und der EGMR unter Berücksichtigung von Art. 9 GR-Charta nicht mehr annimmt, dass das in Art. 12 EMRK garantierte Recht, eine Ehe einzugehen, sich nur auf eine Ehe zwischen Mann und Frau beschränke, ohne dies auch von den Konventionsstaaten zu verlangen,<sup>301</sup> weil für den EGMR die Ehe tief verwur-

zelte soziale und kulturelle Bezüge habe, die von einer Gesellschaft zur anderen sehr unterschiedlich sein können.<sup>302</sup> D.h. zum einen, dass nach dem eigenen Standpunkt des EGMR die EMRK nicht zu einer Modifikation grundgesetzlicher Ehestrukturen nach der Schablone der EMRK nötig ist, weil der Gerichtshof seine eigene Beurteilung nicht an die Stelle der staatlichen Behörden und Gerichte setzt.<sup>303</sup> In ihrer Beziehung zum GG will die EMRK einerseits durch flexible Subsidiarität Raum für nationale Grundrechtsdogmatik geben und andererseits menschenrechtliche Mindestgarantien legen: Es geht ihr um Kohäsion, nicht aber um Homogenisierung.<sup>304</sup> Zu solchen national-kulturellen, dem vom EGMR neu zugrunde gelegten Verständnis entgegenstehenden Bezügen der Ehe, die bereits aus der Perspektive der EMRK nicht nivelliert werden, zählt ihr absolutes familiales Potential und ihr Vorrang im System des Art. 3 Abs. 1 als historische Entscheidungen des *pouvoir constituant*.<sup>305</sup> Zum anderen werden aus der Perspektive des GG im *multilevel constitutionalism* supranationale und völkerrechtliche Impulse nur unter autopoietischem Vorbehalt rezipiert, d.h. unsere Verfassung ermöglicht Integration nur innerhalb ihrer Strukturen, ohne letztere dabei preiszugeben.<sup>306</sup> Nationalkonstitutionelle Spezifika – hierzu zählt das absolute familienpotentiale Eheleitbild und sein Vorrang im System des Art. 3 Abs. 1 – behaupten sich ihrerseits gegenüber supranationalen und völkerrechtlichen Einflüssen und sind insofern einem Wandel nicht unterworfen.<sup>307</sup> Hieran ändert auch die vom BVerfG bemühte Völkerrechtsfreundlichkeit des GG nichts:<sup>308</sup> Nach der dualistischen Konzeption von Völkerrecht und nationalem Recht bedarf ersteres als fremde Rechtsschicht zu seiner Geltung im nationalen Rechtsraum eines Integrationsaktes.<sup>309</sup> Ohne geltungserzeugenden Einbezug stellen Normen außerhalb der nationalen Rechtsschicht aus deren Perspektive kein Recht, sondern ein Faktum dar,<sup>310</sup> das als solches nicht gelten kann. Weichen durch ein hier neu zugrunde gelegtes Verständnis des EGMR Konventionsstandards vom GG ab, so sind diese nicht synchronisierungsfähig.<sup>311</sup>

### c) Zwischenbefund

Diese auf Optimierung<sup>312</sup> zielende „doppelte praktische Konkordanz“<sup>313</sup> zwischen nationaler und europäischer Grundrechtsstruktur fußt auf dem Verständnis von Grundrechten als Re-

<sup>295</sup> Michael, NJW 2010, 3537 (3539).

<sup>296</sup> Pieper (Fn. 73) Art. 59 Rn. 43.

<sup>297</sup> F. Reimer (Fn. 171) Rn. 185, vgl. aber auch Rn. 31 („Gegenstromprinzip“).

<sup>298</sup> Diese ergibt sich aus der Präambel, Art. 1 II, 23, 24, 26 und 59.

<sup>299</sup> BVerfG NJW 2011, 1931 (1935).

<sup>300</sup> EGMR Urt. v. 24.7.2003 (40016/98) (Karner/Österreich).

<sup>301</sup> EGMR Urt. v. 24.6.2010 (30141/04) (Schalk u. Kopf/Österreich) – Was den EGMR dazu veranlasst, die EMRK im Lichte der GR-Charta auszulegen, obschon er einen europäischen Konsens über die Zulässigkeit der gleichgeschlechtlichen Ehe ablehnt, bleibt er zu erklären schuldig: Im Ausgangspunkt haben Rechte der GR-Charta, die den Rechten der EMRK entsprechen, diejenige Bedeutung und Tragweite, die ihnen in der EMRK verliehen wird (Art. 52 Abs. 3 S. 2 GR-Charta), soweit bei der Auslegung zu berücksichtigende Erläuterungen (Art. 52 Abs. 7 GR-Charta) nicht ein anderes ergeben, was mit Blick auf Art. 9 GR-Charta im Verhältnis zu Art. 12 EMRK ausweislich der auch dem EGMR bewussten Erläuterungen zu Art. 9 GR-Charta der Fall ist (EuGH NJW 2011, 1421 (1423)): „Die Erläuterungen zur Charta, die im Dezember 2009 rechtsverbindlich wurde, bekräftigen, dass Art. 9 in seinem Anwendungsbereich [sic!] weiter sein soll, als die entsprechenden Artikel in anderen Menschenrechtsinstrumenten.“ Zieht sodann Art. 52 Abs. 3 S. 2 GR-Charta die Konsequenz, dass die GR-Charta einen weitergehenden Schutz gewähren kann, so verdeutlicht dies uE., dass die GR-Charta von einem konstanten, aber uU. geringeren Schutzniveau der

EMRK ausgeht und aus der Perspektive der GR-Charta eine Schutzniveaueinpassung der EMRK an die Charta nicht stattfindet.

<sup>302</sup> EGMR NJW 2011, 1421 (1423).

<sup>303</sup> EGMR NJW 2011, 1421 (1423).

<sup>304</sup> Masing, JZ 2015, 477 (478 ff.).

<sup>305</sup> Hiervon musste das Gericht in BVerfGE 124, 199 und BVerfGE 126, 400 umso mehr ausgehen, als 1993 ein entsprechendes Vorhaben (BT-Dr 12/6000, 54) zur Erweiterung des Art. 3 Abs. 3 scheiterte.

<sup>306</sup> Jestaedt, in: Callies: Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund (2007), S. 93 (114).

<sup>307</sup> Streinz, in: Hönnige/Kneip/Lorenz, Verfassungswandel im Mehrebenensystem (2011), S. 155.

<sup>308</sup> Payandeh, in: Jahrbuch des Öffentlichen Rechts, Bd. 57 (2009), 465 (497 f.).

<sup>309</sup> Jestaedt (Fn. 306) 93 (113 f.).

<sup>310</sup> Jestaedt (Fn. 306) 93 (113 f.).

<sup>311</sup> Herdegen (Fn. 141) Art. 1 Abs. 3 Rn. 68.

<sup>312</sup> Alexy, Theorie der Grundrechte, 2. Aufl. (1994), 75 f., 122 ff., 504 (Optimierungsgebot der Grundrechte als Prinzipien).

<sup>313</sup> Michael, NJW 2010, 3537 (3540).

geln und Prinzipien:<sup>344</sup> Wird als europäisches Prinzip die Ehe geöffnet, so stehe sie im Umfang ihrer Öffnung auch national unter *überstaatlichem* Schutz.<sup>345</sup> Zielen aber Prinzipien als Optimierungsgebote darauf, dass etwas „in einem relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohen Maße realisiert wird“, so können sie ihrerseits „in unterschiedlichen Graden erfüllt werden“ und das Maß ihrer Erfüllung wird von den tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten, also gegenläufigen Prinzipien und Regeln bestimmt.<sup>346</sup> Ist bereits von europäischer Perspektive aus die Anwendbarkeit jener Werte beschränkt und wird eine Modifizierungswirkung vom EGMR verneint, so zählt auch vom umgekehrten Standpunkt der nationalen Grundrechtsstruktur aus die historische Entscheidung des Verfassungsgebers für das absolute familienpotentielle Eheleitbild und sein Vorrang im System des Art. 3 Abs. 1 zu eben jenen gegenläufigen Regeln, die europäische Prinzipien umso mehr begrenzen (Art. 23 Abs. 1 S. 1), als der europäische Grundrechtsschutz hinsichtlich der Ehe (Art. 9, 33 GR-Charta) im Wesentlichen *nicht* mit dem des GG vergleichbar ist, weil Regeln Festsetzungen des tatsächlich und rechtlich Möglichen sind, die erfüllt oder nicht erfüllt werden können und gebieten, genau das zu tun, was sie verlangen, „*nicht mehr und nicht weniger*“.<sup>347</sup> Grundrechtstheoretisch öffnen europäische Prinzipien das absolute familienpotentielle Eheleitbild nicht.

### 3. Strenger Rechtfertigungsmaßstab

Dass das BVerfG umso strengere Anforderungen an die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung von Personengruppen stellt, je mehr sich die zur Unterscheidung führenden personenbezogenen Merkmale den in Art. 3 Abs. 3 genannten Merkmalen annähern, um eine drohende Diskriminierung von Minderheiten zu verhindern, je intensiver Freiheitsrechte betroffen sind und je weniger die Betroffenen die Umstände beeinflussen können, an welche die Ungleichbehandlung anknüpft,<sup>348</sup> widerspricht zum einen der eigenen Rechtsprechung und ist zum anderen methodisch nicht justiziabel.

In BVerfGE 105, 313 war am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 der Ausschluss von verschiedengeschlechtlichen Paaren von der Lebenspartnerschaft dadurch gerechtfertigt, dass ihnen die Ehe offen stehe, da „aus einer auf Dauer verbundenen Zweierbeziehung von Mann und Frau gemeinsame Kinder erwachsen können, aus einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft dagegen nicht“<sup>349</sup> – differenziert wird mit Blick auf den Zugang zur Lebenspartnerschaft zwar nicht nach dem Geschlecht (Art. 3 Abs. 3 S. 1 Var. 1), aber die Entscheidung des Einzelnen für Ehe oder Lebenspartnerschaft sei „kaum trennbar mit seiner sexuellen Orientierung verbunden“:<sup>350</sup> Ehepaare werden mit Blick auf den Zugang zur Lebenspartnerschaft *ihre*seits wegen ihrer sexuellen Identität diskriminiert.<sup>351</sup> Dies hob in der Lebenspartnerschaftsentscheidung die Rechtfertigung einer Diskrimi-

nierung nach der sexuellen Identität *nicht* auf das Niveau des Art. 3 Abs. 3. Wieso dies nun umgekehrt der Fall ist, erschließt sich nicht. Vielmehr war in BVerfGE 105, 313, was von BVerfG NJW 2008, 209 bestätigt wird, der Gesetzgeber in Erfüllung des verfassungsrechtlichen Förderauftrags des Art. 6 Abs. 1 explizit dazu berechtigt, die Ehe verhältnismäßig zu begünstigen.<sup>322</sup>

Methodologisch hätte die als Analogie<sup>323</sup> etikettierte, aber dennoch vollzogene Anhebung der Rechtfertigungsprüfung auf das strenge Niveau von Art. 3 Abs. 3 S. 1 wegen der bewussten Verfassungsentscheidung zu einem *argumentum e contrario*<sup>324</sup> führen müssen, da sie der zuvor vom BVerfG erkannten<sup>325</sup> abgelehnten Erweiterung des Art. 6 Abs. 1 um andere auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaften<sup>326</sup> und der Aufnahme der sexuellen Identität in Art. 3 Abs. 3 S. 1<sup>327</sup> widerspricht (*enumeratio ergo limitatio*):<sup>328</sup> Der Verfassungsgeber sah bewusst davon ab, das GG allein aus Zeitströmungen heraus ohne zwingenden Grund zu ändern.<sup>329</sup> Wird betont, dass die Annahme gesteigerter Rechtfertigungsanforderungen diese Entscheidung des verfassungsändernden Gesetzgebers nicht ignoriere,<sup>330</sup> so kann im Gegenteil die strenge Anwendung des Art. 3 Abs. 1 gerade nicht durch Auslegung, sondern allenfalls durch *Aufladung* des Gleichheitssatzes mit richtereigener Weltanschauung erklärt werden.<sup>331</sup>

### III. Zwischenbefund

Mit der dogmatischen Verkennung des Wesens der Ehe als Institutsgarantie, dem Methodenfehler der Entkoppelung von Ehe und Familie entgegen der Entscheidung des historischen Verfassungsgebers und einer insgesamt inkonsistenten Argumentation verschafft das BVerfG der Lebenspartnerschaft über Art. 3 Abs. 1 *contra legem* den verfassungsrechtlichen „*Bevorzugungstitel*“<sup>332</sup> des Art. 6 Abs. 1, der 2002 gegenüber Einwänden aus Art. 3 Abs. 1 noch abschirmen konnte,<sup>333</sup> und rutscht insgesamt, bedingt durch eine prozessual geänderte Prüfungsperspektive, in eine schiefe Ebene ab. Es verschließt sich entscheidungserheblichen Fragen,<sup>334</sup> setzt sich über verfassungsimmanente Strukturen hinweg<sup>335</sup> und betreibt Rechtspolitik:<sup>336</sup> Das BVerfG überwindet das Änderungsverfahren nach Art. 79 und instabilisiert so das konstitutionelle Gleichgewicht.

### D) Zur Zukunft der Ehe

Die vorstehende Untersuchung zeigt, dass der Ehebegriff des GG nicht zwei Personen gleichen Geschlechts offen steht und diesem Eheleitbild auch das BGB entspricht, das die Ehe zwar

<sup>344</sup> Alexy (Fn. 312) S. 504, 122 ff.; zur Parallele in Obergefell v. Hodges s. Kulick, JZ 2016, 67 (72 ff.).

<sup>345</sup> Michael, NJW 2010, 3537, *passim*.

<sup>346</sup> Alexy (Fn. 312) 75 f.

<sup>347</sup> Alexy (Fn. 312) 75 f.

<sup>348</sup> Umfassend Britz, NJW 2014, 346 (349).

<sup>349</sup> BVerfGE 105, 313 (352).

<sup>350</sup> BVerfGE 124, 199 (221).

<sup>351</sup> BVerfGE 105, 313 (351 f.).

<sup>322</sup> BVerfGE 105, 313 (348); BVerfG NJW 2008, 209 (211).

<sup>323</sup> Baer, NJW 2013, 3145 (3149 f.).

<sup>324</sup> Würdinger, AcP 206 (2006), 946 (951, 977).

<sup>325</sup> BVerfG, NJW 2008, 209 (210).

<sup>326</sup> BT-Drs. 12/6000, 55 f.

<sup>327</sup> BT-Drs. 12/6000, 54.

<sup>328</sup> F. Reimer (Fn. 171) Rn. 308.

<sup>329</sup> BT-Drs. 12/6000, 54.

<sup>330</sup> Britz, NJW 2014, 346 (349).

<sup>331</sup> Rüthers (Fn. 105) 123, 126.

<sup>332</sup> Steiner (Fn. 16) 433 (440).

<sup>333</sup> Krings (Fn. 101) 269 (274) („Differenzierungsermächtigung“).

<sup>334</sup> BVerfGE 105, 313 (358), Sondervotum Haas; Lipp (Fn. 81) Vor § 1353 Rn. 43.

<sup>335</sup> Geis, DRiZ 2012, 303 (303): „Das Verfassungsgericht nimmt die ratio des Artikels 6 GG überhaupt nicht wahr.“

<sup>336</sup> Lipp (Fn. 32) Rn. 15.

nicht definiert,<sup>337</sup> aber das Ehepaar als Verbindung von Mann und Frau vereinzelt voraussetzt.<sup>338</sup> Der aktuelle Gesetzesentwurf des Bundesrats beabsichtigt dies zu ändern<sup>339</sup> und verweist auf „hinreichende Anhaltspunkte für einen grundlegenden Wandel des traditionellen Eheverständnisses“.<sup>340</sup> Fehlten bisher Anhaltspunkte für einen Wandel dieses Ehebegriffs in dem Sinne, dass „der Geschlechtsverschiedenheit keine prägende Bedeutung mehr zukäme“<sup>341</sup> und scheiterte eine explizite Erweiterung des Art. 6 Abs. 1 um „andere auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaften“<sup>342</sup> wie auch des Art. 3 Abs. 3 um die Aufnahme des Diskriminierungsverbots der sexuellen Identität,<sup>343</sup> so verweist der Bundesrat gegenwärtig darauf, dass die Eingehung einer Ehe und die Begründung einer Lebenspartnerschaft unterschiedslos als „heiraten“ bezeichnet würden und nach aktuellen Meinungsumfragen die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare ganz überwiegend befürwortet werde.<sup>344</sup>

## I. Verfassungswandel

Die Frage ist, ob ein solcher vom Bundesrat proklamierter „Wandel des traditionellen Eheverständnisses“<sup>345</sup> einen Wandel im Verfassungsbegriff der Ehe induzieren kann. Als Verfassungswandel versteht man die „Wandlungen des Inhalts von Verfassungsnormen bei gleichbleibendem Text“.<sup>346</sup> Ein solcher trete ein, wenn im Normbereich „neue, nicht vorausgesehene Tatbestände auftauchen oder bekannte Tatbestände durch ihre Einordnung in den Gesamtablauf einer Entwicklung in neuer Beziehung oder Bedeutung erscheinen“.<sup>347</sup> Aus der Perspektive des Bundesrats hätten (a) veränderte gesellschaftliche Anschauungen (normexogen)<sup>348</sup> und (b) die einfachgesetzliche Einführung der Lebenspartnerschaft (subkonstitutionell)<sup>349</sup> einen solchen Verfassungswandel ausgelöst.

### 1. Normexogener Verfassungswandel

Zum einen könnte sich ein Wandel im Verfassungsbegriff der Ehe durch normexogene Prozesse – der Bundesrat verweist auf ein unterschiedslos empfundenes Sprachempfinden beim Begriff *Heirat*<sup>350</sup> – vollzogen haben. Denn wenn die schutzgegen-

ständlichen Strukturmerkmale solche seien, „die im Verlauf der geschichtlichen Entwicklung als charakteristische Bestandteile [...] allgemeine Anerkennung gefunden haben und von deren Bestand das Gemeinschaftsleben ausgeht“,<sup>351</sup> dann sei nicht auszuschließen, dass jene auch gesellschaftlichen Veränderungen unterlägen. Tatsächliche Entwicklungen wirkten sich normativ aus, wenn man diese als strukturellen Normbestandteil begreife. Norm und Wirklichkeitsausschnitt stünden sich dann nicht diametral gegenüber, vielmehr sei letzterer als dynamischer, an sich außerrechtlicher Bereich struktureller Bestandteil der Norm selbst. Die textuelle Fassung ergebe erst in Zusammenschau mit dem Normbereich den eigentlichen Normativtatbestand; hieraus folge, dass die Norm als solche einer Wandlung auch bei gleichbleibendem Normtext unterliegen könne, letzterem aber eine stabilisierende Funktion zukomme.<sup>352</sup> Wegen Art. 79 Abs. 1 „erweist sich [...] der Verfassungstext als unübersteigbare Grenze einer Verfassungswandlung“, die insbesondere dazu dient, einen „Zwang zur Verfassungsänderung auszuüben.“<sup>353</sup> Ist das Familienpotential der Ehe als „konstitutives, nicht-kontingentes Merkmal“<sup>354</sup> der Heterosexualität vom historischen Verfassungsgeber gerade absolut vom gesellschaftlichen Befund beigelegt, ist mithin das Sein kein Bestandteil des Sollens, so hat er dieses Eheleitbild *entzeitet*, den politischen Diskurs *entlastet* und einem Verfassungswandel *entzogen*. Entgegen der Auffassung des Bundesrats lässt Art. 6 Abs. 1 bei den Ehestrukturen keinen „erheblichen Wertewandel“<sup>355</sup> zu,<sup>356</sup> weil ein solch „sozialer Wandel“<sup>357</sup> für das absolut konzipierte Leitbild der familienpotentialen Ehe unbeachtlich ist.

### 2. Subkonstitutionelle Rechtsänderung

Zum anderen könnte ein gewandelter Norminhalt das Resultat einer einfachgesetzlichen Verrechtlichung gesellschaftlicher Veränderung sein, auf die der Gesetzgeber reagiert hat und die dem Wirklichkeitsausschnitt des jeweiligen Schutzbereichs zuzuordnen ist.<sup>358</sup> Betont wird, dass eine subkonstitutionelle Entwicklung die aussagearmen, formelhaften normativen Prinzipien der Verfassung erst praktikabel mache.<sup>359</sup> Gegen eine solche Grundrechtsinterpretation von unten nach oben sprechen normhierarchische Dissonanzen:<sup>360</sup> Methodisch bestimmt Art. 6 Abs. 1 die familienpotentialen Ehe absolut als Maßstab des einfachen Rechts, das nach der Regel *lex superior derogat legi inferiori*<sup>361</sup> nicht „von unten her die Verfassung mitergreift und

<sup>337</sup> Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, IV. Band, 1. Hälfte, 4. Aufl. (1928), Vorbemerkung, 5: „Grundlegende Einrichtungen wie die Ehe kann und soll der Gesetzgeber nicht definieren“.

<sup>338</sup> S. etwa §§ 1355 Abs. 2, 1362 Abs. 1 S. 1, 1363 Abs. 1 S. 1, 1366 Abs. 2 S. 2, 1416 Abs. 1 S. 1, 1459 Abs. 1 BGB.

<sup>339</sup> So explizit die vorgeschlagene Änderung von § 1353 Abs. 1 Satz 1 BGB: „Die Ehe wird von zwei Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts auf Lebenszeit geschlossen.“ – hierzu BR-Drs. 273/15 (Anlage), S. 10: „Es wird durch die Worte ‚von zwei Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts‘ in § 1353 Abs. 1 S. 1 BGB klargestellt, dass auch gleichgeschlechtliche Personen eine Ehe eingehen können.“

<sup>340</sup> BR-Drs. 273/15 (Beschluss), 1; BR-Drs. 273/15 (Anlage), 6.

<sup>341</sup> So ablehnend BVerfG, NJW 1993, 3058.

<sup>342</sup> BT-Drs. 12/6000, S. 54 f.

<sup>343</sup> BT-Drs. 17/4775, S. 5.

<sup>344</sup> BR-Drs. 273/15 (Anlage), S. 6; beispielhaft auch die jüngste Studie der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, vgl. etwa:

▶ <https://www.tagesschau.de/inland/homosexualitaet-toleranz-101.html> (abgerufen am 13. Januar 2017, 14:00 Uhr).

<sup>345</sup> BR-Drs. 273/15 (Anlage), S. 6.

<sup>346</sup> Hesse, Festschrift für Ulrich Scheuner (1973), S. 123 (128).

<sup>347</sup> BVerfG NJW 1953, 1137.

<sup>348</sup> BR-Drs. 273/15 (Anlage), S. 6 „In der Bevölkerung wird heute nicht mehr zwischen Ehe und Lebenspartnerschaft unterschieden.“

<sup>349</sup> BR-Drs. 273/15 (Anlage), S. 6: „Erstens erfolgte der grundlegende Wandel des Eheverständnisses in Folge der Einführung des Rechtsinstituts der Lebenspartnerschaft.“

<sup>350</sup> BR-Drs. 273/15 (Anlage), S. 6.

<sup>351</sup> Pirson, in: Bonner Kommentar 1976/1978, Art. 6, Rn. 11.

<sup>352</sup> Hierzu insgesamt F. Müller, Normstruktur und Normativität: Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation (1966), 114 ff., 147 ff., 155; (Fn. 192) 209 (216).

<sup>353</sup> Hesse (Fn. 346) S. 123 (139 f.); Looschelders/Roth (Fn. 136) S. 207 f.

<sup>354</sup> Gröpl/Georg, AöR 139 (2014), 125 (144).

<sup>355</sup> BR-Drs. 273/15 (Anlage), S. 6.

<sup>356</sup> So bereits BVerfGE 105, 313 (345): „Zum Gehalt der Ehe, wie er sich ungeachtet des gesellschaftlichen Wandels und der damit einhergehenden Änderungen ihrer rechtlichen Gestaltung bewahrt und durch das GG seine Prägung bekommen hat, gehört, dass sie die Vereinigung eines Mannes mit einer Frau zu einer auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft ist [...]“.

<sup>357</sup> BR-Drs. 273/15 (Anlage), 8.

<sup>358</sup> Lerche, Festgabe für Theodor Maunz (1971), 285 (286 f., 290 ff.).

<sup>359</sup> Leisner, Der Staat 8 (1969), 273 (284 ff.).

<sup>360</sup> Gröpl/Georg, AöR 139 (2014), 125 (146 f.).

<sup>361</sup> Gröpl/Georg, AöR 139 (2014), 125 (146 f.), s. aber auch F. Reimer (Fn. 174) Rn. 31.

ungeschrieben umbildet“<sup>362</sup> sodass „alle ehebegünstigenden Regelungen – Art. 6 Abs. 1 ebenso wie die des einfachen Rechts – eine Würdigung und Unterstützung der Ehe gerade wegen ihrer Potentialität für die Generationsfolge sind“.<sup>363</sup> Da der Lebenspartnerschaft diese fehlt, relativierte<sup>364</sup> eine Differenzierung danach, ob einfache Normen je nach legislativer Motivation nur die Paarbeziehung oder auch die hieraus hervorgegangene eheliche Familie in den Blick nehmen,<sup>365</sup> diesen absoluten Ehebegriff von unten nach oben. Es ist also methodenfehlerhaft, wenn der Bundesrat davon ausgeht, eine einfachgesetzliche Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts taste die in Art. 6 Abs. 1 verankerte Institutsgarantie nicht an, weil es keine Dimension dieses Grundrechts gebe, die damit verletzt würde und vielmehr umgekehrt die objektive Funktion des Art. 6 Abs. 1 nicht gegen subjektive Rechte anderer Grundrechtsträger instrumentalisiert und missbraucht werden dürfe.<sup>366</sup> Nimmt man aber unsere Verfassung als *lex superior* ernst, so bestimmt sich die Geltung des einfachen Rechts nach *ihrem* Maßstab, nicht aber ihre Geltung, gar ihr Inhalt „in Folge der Einführung des Rechtsinstituts der Lebenspartnerschaft.“<sup>367</sup>

### 3. Zwischenbefund

Scheidet bereits nach den beiden vom Bundesrat bemühten Indikatoren ein Verfassungswandel des Ehebegriffs aus, so wäre ein solcher auch erst unter der Bedingung möglich, dass die Integration faktischer Änderungen als ein in das Normprogramm des Art. 6 Abs. 1 aufgenommenen Gehalt bestimmt werden kann.<sup>368</sup> Ein Wandel iSe. Änderung eines *status quo* liegt dann freilich nicht vor, weil bei Integration gegenwärtigen Seins in das Sollen die Verfassung keine erst durch Wandel variablen Vorgegebenheiten hat: Hier wäre als Inhalt der Entscheidung des Verfassungsgebers vorausgesetzt, dass auf die jeweils aktuelle Anschauung in der Gesellschaft verwiesen wurde. Weil Art. 6 Abs. 1 keine dynamische Verweisung beinhaltet, sondern ein absolut familienpotentiales Eheleitbild zugrunde legt, kann sich ein entsprechender Wandel nicht vollziehen und ist der Verfassungsgeber auf die Änderung nach Art. 79 verwiesen. Mithin blockiert Art. 6 Abs. 1 eine Angleichung von Ehe und Lebenspartnerschaft durch den einfachen Gesetzgeber.<sup>369</sup> Dies gilt umso mehr, als der Bundesrat insbesondere eine Benachteiligung im Adoptionsrecht anspricht.<sup>370</sup>

<sup>362</sup> Lerche (Fn. 358) S. 285 (287).

<sup>363</sup> Krings (Fn. 101) S. 269 (275).

<sup>364</sup> So aber Seiler (Fn. 81) Art. 6 Abs. 1 Rn. 89, 92, 238, 245; „relative Entkoppelung“.

<sup>365</sup> So andeutungsweise BVerfGE 126, 400 (427 f.); kritisch Lipp (Fn. 81) Vor § 1353 Rn. 43, der die potentielle Familiengerichtetheit der Ehe als Differenzierungsgrund zur Lebenspartnerschaft ansieht.

<sup>366</sup> BR-Drs. 273/15, S. 9.

<sup>367</sup> BR-Drs. 273/15 (Anlage), S. 6.

<sup>368</sup> Böckenförde, Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, München 1993, 3 (13); Hesse (Fn. 346) 123 (138).

<sup>369</sup> Robbers (Fn. 110) Art. 6 Rn. 45.

<sup>370</sup> BR-Drs. 273/15 (Anhang), S. 1 – Würde etwa der Gesetzgeber die gemeinschaftliche Adoption mit der Wirkung des § 1754 BGB, dass das Kind die rechtliche Stellung eines gemeinschaftlichen Kindes der Ehegatten erlangt, Lebenspartnern eröffnen, käme es zu einer Fiktion der Familienpotentialität einer Lebenspartnerschaft – und damit zur Aufhebung des in BVerfGE 105, 313 (351 f.) noch festgestellten aliud-Charakters: „Der Unterschied, dass aus einer auf Dauer verbundenen Zweierbeziehung gemeinsame Kinder erwachsen können, aus einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft dagegen

## II. Die Rolle des BVerfG

Bezieht man die Rechtsprechung des BVerfG mit ein, so eröffnet sich mit Blick auf die in Art. 6 Abs. 1 niedergelegten Ehestrukturen das institutionelle Spannungsfeld zwischen den Kompetenzen des BVerfG und des verfassungsändernden Gesetzgebers, also zugleich das methodische Problem, Verfassungsauslegung von verfassungsrevidierender Inhaltsänderung abzugrenzen: Darf und soll das BVerfG, „wenn es seiner freien und gewissenhaften Überzeugung nach, nicht wahrscheinlich ist, daß die zur Zeit der Entscheidung bestehende Staatsgewalt die Entscheidung so getroffen haben würde, wie es das [Grund]Gesetz verlangt“, diejenige „Entscheidung treffen, die seiner Überzeugung nach, die gegenwärtige Staatsgewalt, falls der einzelne Fall ihr vorgeschwebt hätte, getroffen haben würde“ oder, wenn es sich eine solche Überzeugung nicht herzustellen vermag, „nach freiem Recht entscheiden“?<sup>371</sup> Dies fordert Kantorowicz, Begründer der Freirechtslehre,<sup>372</sup> und bekennt sich so zur objektiven Methode,<sup>373</sup> dazu also, dass der Gesetzesinterpret klüger sein könne als der historische Gesetzgeber,<sup>374</sup> er nach seinem subjektivem Vorverständnis interpretieren dürfe,<sup>375</sup> kurzum: das Verfassungsrecht zum Prozess seiner Anwendung durch das Verfassungsgericht werde.<sup>376</sup> Will die Verfassung der Gesellschaft aber Berechenbarkeit und Stabilität geben,<sup>377</sup> so ist sie vom *pouvoir constituant rigide*<sup>378</sup> kreierte und ist dessen Entscheidung mit dem von ihm gewollten Inhalt zu respektieren, die umgekehrt eine Selbstermächtigung des Verfassungsinterpreten zu objektiver Auslegung verbietet.<sup>379</sup>

Dies folgt aus dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip:<sup>380</sup> Der Souverän setzt Verfassungsrecht (Art. 20 Abs. 3), an welches das BVerfG gebunden ist (Art. 97 Abs. 1), für dessen Änderung Art. 79 qualifizierte Mehrheiten voraussetzt, es so gegenüber vergänglichen Strömungen nur erschwert änderbar macht<sup>381</sup> und bis zur verfassungsändernden Mehrheit Dauer verheißt.<sup>382</sup> Daher darf das BVerfG, ist der Wille des *pouvoir constituant* erkennbar, mit den konstitutiven Inhalten des Normtexts nicht brechen.<sup>383</sup> Der Verfassungsgeber wollte mit 11:10 Stimmen ein absolutes familienpotentiales Eheleitbild.<sup>384</sup> Gerade dies ist aber die Crux des Art. 6 Abs. 1: Will eine Verfassungsnorm normative Kraft bewahren, muss sie die Wirklichkeit bestimmend selbst von dieser abgewogen bestimmt sein.<sup>385</sup> Wo der so ermittelte, von gesellschaftlicher Änderung *absolute* Sinn von Art. 6 Abs. 1 in einer veränderten Wirklichkeit nicht

nicht, rechtfertigt es, verschiedengeschlechtliche Paare auf die Ehe zu verweisen [...].“

<sup>371</sup> Kantorowicz, Der Kampf um die Rechtswissenschaft (1906), 41.

<sup>372</sup> Pawlowski, Einführung in die Juristische Methodenlehre Ein Studienbuch zu den Grundlagenfächern Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie, Heidelberg 2000, Rn. 170.

<sup>373</sup> Wienbracke, Juristische Methodenlehre (2013), Rn. 128.

<sup>374</sup> Gröpl/Georg, AöR 139 (2014), 125 (134).

<sup>375</sup> Auer, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit – Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens (2005), S. 71.

<sup>376</sup> Walter, AöR 125 (2005), 517 (531).

<sup>377</sup> F. Reimer (Fn. 174) 76.

<sup>378</sup> F. Reimer (Fn. 174) 84.

<sup>379</sup> F. Reimer (Fn. 174) 90.

<sup>380</sup> Gröpl/Georg, AöR 139 (2014), 125 (135f., 144).

<sup>381</sup> Maurer, Staatsrecht I, 6. Aufl. (2010), § 1 Rn. 37.

<sup>382</sup> Hillgruber (Fn. 17) § 15 Rn. 17.

<sup>383</sup> Gröpl/Georg, AöR 139 (2014), 125 (136).

<sup>384</sup> (Fn. 147) 1346.

<sup>385</sup> Hesse (Fn. 180) 14, 8.

mehr realisiert werden kann, bleibt nur die Möglichkeit einer Verfassungsrevision.<sup>386</sup> Die Grenze zur unzulässigen Rechtsfortbildung<sup>387</sup> „liegt in der Bindung jeder Verfassungaueslegung an den Sinn der normativen Regelung“.<sup>388</sup> Gerade dem unpassend empfundenen Recht gegenüber ist es „heilige Amtspflicht des Richters“,<sup>389</sup> das eigene Rechtsgefühl unterzuordnen: „Alles andere hieße, die unvermeidliche Spannung von Norm und Wirklichkeit und damit das Recht selbst aufheben“.<sup>390</sup> Selbst nach Kantorowicz könnte das BVerfG nicht nach „freiem Recht“ urteilen, da es angesichts der gescheiterten Verfassungsänderung sich vom entgegenstehenden Willen des *pouvoir constituant* zu überzeugen vermochte. Korrigiert es Art. 6 Abs. 1 dennoch durch die strenge Handhabung des Art. 3 Abs. 1,<sup>391</sup> so *usurpiert* es die Kompetenzen des Verfassungsgebers.<sup>392</sup>

Ein verfassungstheoretisches Problem eröffnet sich in der Folgeentwicklung: Jüngst scheiterte eine neuerliche Erweiterung des Art. 3 Abs. 3 S. 1 um das Merkmal der sexuellen Identität mit folgender Begründung: „In seiner verfassungsrichterlichen Ausgestaltung decke sich der Schutzbereich des Art. 3 Abs. 1 GG mittlerweile mit dem des Abs. 3. Die angestrebte Verfassungsänderung sei daher nur Symbolpolitik“.<sup>393</sup> Retrospektiv wurde das BVerfG zum Erfüllungsgehilfen des *pouvoir constituant*, das nun seine Gleichstellungsrechtsprechung bestätigt sieht.<sup>394</sup> War die Hinterbliebenenversorgungsentscheidung also der „Krönungsakt“<sup>395</sup> des BVerfG zum „Herren der Verfassung“<sup>396</sup>, zum „Richterkönig“<sup>397</sup>, wenn seine Entscheidungen nicht nur Gesetzeskraft entfalten (§ 31 Abs. 2 S. 1 BVerfGG), sondern nach bedeutungsändernder Auslegung durch „rechtschöpferische Kraft“<sup>398</sup> über einen längeren Zeitraum<sup>399</sup> selbst Verfassungsrecht würden, das GG in seiner verfassungsrichterlichen Anwendung<sup>400</sup> gälte? Ist umgekehrt die ihm so zuerkannte „Befugnis zur Verfassungsrechtsgestaltung“<sup>401</sup> nicht „Selbstentmachtung“<sup>402</sup> des *pouvoir constituant*?

Dass nunmehr auf eine Art nachträgliche Billigung seitens des Gesetzgebers verwiesen wird,<sup>403</sup> zeugt von Dreierlei: Erstens rechtfertigt und gesteht das Gericht, jedenfalls zum Zeitpunkt der jeweiligen Entscheidung, nicht in Übereinstimmung mit der verfassungsgebenden Gewalt gehandelt zu haben, wie schon die Erste Kammer des Zweiten Senats kurz zuvor er-

kannte.<sup>404</sup> Zweitens „*intronisiert*“ sich das Gericht zugleich selbst als Akteur verfassungsändernder Gewalt.<sup>405</sup> Weitaus bedenklicher aber ist – drittens –, dass der eigentliche *pouvoir constituant* mittlerweile vor dem Aktionismus des BVerfG insoweit kapituliert zu haben scheint, als ein Senat des BVerfG die Zweidrittelmehrheit in Bundestag und Bundesrat (Art. 79 Abs. 2) zu überwinden im Stande zu sein scheint.<sup>406</sup> Die bloße Billigung contra-legaler Rechtsprechung im Zuge einer *gescheiterten* Änderung zeigt, dass die Verfassung diesem politischen Symbol noch nicht offensteht. Daher ist die Entwicklung, der Lebenspartnerschaft die Rechtsverfassung der Ehe zuzuweisen, ohne Art. 6 Abs. 1 ändern<sup>407</sup> oder eine Fortbildungskompetenz des BVerfG im GG normieren zu müssen,<sup>408</sup> insgesamt nicht methodenehrlich.<sup>409</sup>

Eine vom Bundesrat zugrunde gelegte Neudeutung des Art. 6 Abs. 1, die nicht methodisch geleistet werden kann, ist eine Verfassungsänderung vorbei an Art. 79 und somit Verfassungsbruch,<sup>410</sup> weil durch Interpretation die Entscheidung des Verfassungsgebers nachgezeichnet, d.h. zum Sprechen gebracht werden soll.<sup>411</sup> Zugleich kann sich hieraus die Notwendigkeit einer förmlichen Verfassungsänderung ergeben, sollte sich die Verfassungswirklichkeit nicht mehr interpretatorisch einfangen lassen. Dies ist aber keinesfalls bei jeder soziokulturellen Entwicklung angezeigt, ginge doch sonst die Normativität der Verfassung, ihr Anspruch also, unabhängig von schwieriger Realisierbarkeit den Geltungsanspruch als solchen zu erhalten, verloren.<sup>412</sup> Eine Ermächtigung, den Willen des historischen Verfassungsgebers angesichts faktischer Änderungen durch das BVerfG fortschreiben zu lassen, wird zwar als möglich anerkannt,<sup>413</sup> ist aber u.E. nicht zu empfehlen. Dies würde nämlich die Verfassungsbindung der Verfassungsrechtsprechung aufheben, „*denn was ein zeitangemessenes Verfassungsverständnis bedeutet, bestimmt dann nicht etwa der aktuelle verfassungsändernde Gesetzgeber [...], sondern das Verfassungsgericht nach eigener Einschätzung*“.<sup>414</sup> Ein solcher Zustand tritt in Konflikt mit der freiheitssichernden Funktion des Art. 79, implizite Verfassungsänderungen durch eine strenge Form zu verhindern:<sup>415</sup> „[Wo] ein Volk sich wahrhaft auf den Dienst der Freiheit verstand, da hat es instinctiv auch den Werth der Form

<sup>386</sup> Hesse (Fn. 180) 16.

<sup>387</sup> BVerfG NJW 2011, 836.

<sup>388</sup> Hesse (Fn. 180) S. 15 f.

<sup>389</sup> Bülow, Ueber das Verhältnis der Rechtsprechung zum Gesetzesrecht, Das Recht 1906, 769 (Sp. 779).

<sup>390</sup> Hesse (Fn. 180) 16.

<sup>391</sup> Lipp (Fn. 80) Vor § 1353 Rn. 43.

<sup>392</sup> Hillgruber (Fn. 17) § 15 Rn. 60.

<sup>393</sup> BT-Drs. 17/4775, S. 5.

<sup>394</sup> BVerfG FamRZ 2012, 1472 (1473).

<sup>395</sup> Walter, AöR 125 (2000), 517 (539).

<sup>396</sup> Forsthoff (Fn. 203) 33.

<sup>397</sup> Ogorek, Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert (1986), S. 1.

<sup>398</sup> Bülow, Gesetz und Richteramt (1885), S. 2.

<sup>399</sup> Roßnagel, Der Staat 22 (1983), 551 (569).

<sup>400</sup> Lepsius, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger: Das entgrenzte Gericht Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht (2011), S. 159 (163).

<sup>401</sup> Walter, AöR 125 (2000), 517 (539).

<sup>402</sup> Hillgruber (Fn. 17) § 15 Rn. 25.

<sup>403</sup> BVerfGE 131, 239 (257); Kischel (Fn. 73) Art. 3 Rn. 130.

<sup>404</sup> BVerfG NJW 2008, 209 (210), wo explizit auf den Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission, BT-Drs. 12/6000, S. 54, verwiesen wird.

<sup>405</sup> Gärditz (Fn. 93) S. 85 (109).

<sup>406</sup> Jestaedt, Hommage an Josef Isensee (2002), S. 183 (188 f., 223 ff.); Loo-schelders/Roth (Fn. 136) 63.

<sup>407</sup> Steiner (Fn. 16) 433 (439).

<sup>408</sup> Hillgruber (Fn. 17) § 15 Rn. 24.

<sup>409</sup> Kaiser, JZ 2001, 617 (625).

<sup>410</sup> Böckenförde (Fn. 368) 3 (10): „Inhaltsänderung im Gewand der Interpretation“; Lerche (Fn. 358) S. 285 (292): „Man kann sich hier nicht hinter dem Argument verschanzen, daß es sich bloß um eine Neuinterpretation handle, die ohne formellen Akt erfolgen dürfe“.

<sup>411</sup> Böckenförde (Fn. 368) 3 (12).

<sup>412</sup> Hesse (Fn. 180) 8; Robbers (Fn. 192) 209 (217); Walter, AöR 125 (2000), 517 (533 f.).

<sup>413</sup> Hillgruber (Fn. 17) § 15 Rn. 24. Eine solche Fortentwicklungskompetenz mag man etwa in Art. 33 Abs. 5 erblicken.

<sup>414</sup> Hillgruber (Fn. 17) § 15 Rn. 24.

<sup>415</sup> Gröpl/Georg, AöR 139 (2014), 125 (144 Fn. 90): „Daraus wird deutlich, wie sehr dem Parlamentarischen Rat an der Verhinderung impliziter Verfassungsänderungen lag“.

herausgeföhlt“.<sup>416</sup> Kurzum: Durch Artikel 79 qualifizierte Mehrheiten zu verlangen, bedeutet, qualifizierte Minderheiten zu schützen, und zwar solche Minderheiten, die sich dadurch qualifizieren, den status quo beibehalten zu wollen; nicht der Bestand, sondern die Änderung muss die Mehrheit finden, um die Freiheit zu behalten.

### E) **Schlussthesen**

1. Verfassungstheoretisch gilt das GG als Entscheidung des Verfassungsgebers.
2. Um die Entscheidung des Verfassungsgebers zum Sprechen zu bringen, ist das GG subjektiv-historisch auszulegen.
3. Die subjektiv-historische Auslegung des Art. 6 Abs. 1 ergibt das absolute familienpotentielle Eheleitbild.
4. Das absolute familienpotentielle Eheleitbild hat Vorrang in den Koordinaten des Art. 3.
5. Art. 3 ist einer Modifizierung durch europäische Grundrechte nicht zugänglich.
6. Das GG und sein Ehebegriff erlauben keinen Verfassungswandel.
7. Gewandelt hat sich durch die Rechtsprechung des BVerfG nicht der Begriff, sondern der Sinn der Ehe weg von ihrem Familienpotential hin zu einer Solidargemeinschaft.
8. Diese Rechtsprechung ist contra-legal, nicht methodenehrlich und darum Usurpation des pouvoir constituant, weil sie nicht die verfassungsgemäße Verfassungstheorie zugrunde legt und somit Art. 79 unterwandert.

### ► **Inhaltsverzeichnis**

---

<sup>416</sup> Jhering (Fn. 225) S. 471 f.: „Die Form ist die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingsschwester der Freiheit. Denn die Form hält der Verlockung der Freiheit zur Zügellosigkeit das Gegengewicht, sie lenkt die Freiheitssubstanz in feste Bahnen, daß sie sich nicht zerstreue, verlaufe, sie kräftigt sie nach innen, schützt sie nach außen“.



---

## BEITRAG

---

Prof. Dr. Torsten Noak, LL.M.\*

# Rechtliche Aspekte der Integration von Migranten in den Arbeitsmarkt\*\*

### Gliederung

#### Abstract

#### A) Maßnahmen des Gesetzgebers

#### B) Zugang zum Arbeitsmarkt

- I. Einzelheiten
- II. Änderungen durch das Integrationsgesetz und Bewertung

#### C) Förderungsmaßnahmen aller Art

- I. Erweiterung der Ausbildungsbeihilfen
  1. Einzelheiten
  2. Bewertung
- II. Ausbildungsduldung („3 + 2 Regelung“)
  1. Einzelheiten
  2. Bewertung
- III. Arbeitsgelegenheiten gemäß § 5a AsylbLG
  1. Einzelheiten
  2. Bewertung
- IV. Erweiterung der Integrationskurse
  1. Einzelheiten
  2. Bewertung
- V. Wohnsitzregelung des § 12a AufenthG
  1. Einzelheiten
  2. Bewertung

#### D) Anerkennung ausländischer Abschlüsse

#### E) Finanzierung eines Hochschulstudiums

- I. Hochschulzugang und Leistungen nach dem AsylbLG
- II. Einfluss der Dauer des Asylverfahrens bei Menschen mit Aufenthaltsgestattung

#### F) Kurzer Blick ins Landesrecht Baden-Württembergs

#### G) Fazit

### Abstract

Auf den Literaturnobelpreisträger 2016, *Bob Dylan*, gehen die Zeilen zurück:

*„I pity the poor immigrant / Who wishes he would have stayed home [...] / Whose strength is spent in vain / Whose heaven is like ironsides / Whose tears are like rain [...]"*

Getragen von vergleichbarer Empathie, entwickelte der größere Teil der Bevölkerung im Jahre 2015 mit Blick auf Flüchtlinge eine Willkommenskultur, die ein bis dahin nicht gekanntes Ausmaß bundesdeutscher Hilfsbereitschaft aktiviert hat. Gleichzeitig standen und stehen Verwaltung und Justiz vor gewaltigen Herausforderungen, weil schlagartig ganze Massen von Einwanderern verteilt und asylrechtlich „abgearbeitet“ werden müssen. Mögen – auch wegen sinkender Asylbewerberzahlen – Fragen der Logistik derzeit etwas in den Hintergrund gerückt sein, stellen sich nun neue: Wie geht es weiter? Wie können Flüchtlinge, die voraussichtlich dauerhaft im Land bleiben, schnell und effektiv in die Gesellschaft eingegliedert werden? Eminent wichtig ist dabei sicher der Faktor Arbeit. Treffend dazu der Europarat<sup>2</sup>:

*„Finden Asylsuchende und Flüchtlinge erfolgreich Arbeit, dann nützt das den Aufnahmegesellschaften. Der Staat muss weniger für soziale Unterstützung ausgeben. Der soziale Zusammenhalt wird gestärkt, denn Arbeit hängt eng mit anderen Integrationsbereichen zusammen. Für jeden Einzelnen ist Zugang zum Arbeitsmarkt wichtig. Arbeit hilft, das Selbstwertgefühl wieder herzustellen. Arbeit ist entscheidend für menschliche Würde, sie erleichtert die Gesundung nach traumatischen Erlebnissen, sie ermöglicht finanzielle Unabhängigkeit.“*

Die folgenden Ausführungen nähern sich einzelnen Aspekten des Themas „Flüchtlinge und Arbeitsmarkt“ aus der Sicht des Rechts. Dabei liegt der Schwerpunkt auf den jüngsten Maßnahmen des Gesetzgebers, die er im Zuge des sog. Integrationsgesetzes etabliert hat. Die feingliedrige und komplexe Verästelung der relevanten Normen machen eine Vergrößerung und Verkürzung zugunsten der Anschaulichkeit zuweilen unumgänglich.

---

\* Der Autor ist Professor für Öffentliches Recht mit Schwerpunkt Sozialrecht an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen in Ludwigsburg.

\*\* Der Beitrag beruht auf einem Vortrag im Rahmen der Tagung „Flüchtlinge in den Arbeitsmarkt“ am 20.1.2017 an der HVF Ludwigsburg.

<sup>1</sup> Aus „I pity the poor immigrant“ vom 1967 erschienenen Album „John Wesley Harding“.

<sup>2</sup> Ausschuss für Migration, Flüchtlinge und Displaced Persons der parlamentarischen Versammlung des Europarats, Dokument 13462 v. 24.3.2014, S. 1.

## A) Maßnahmen des Gesetzgebers

Die derzeitige Rechtslage der Integration von Flüchtlingen in den Arbeitsmarkt basiert überwiegend auf zwei Maßnahmen: dem Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz (mitsamt Verordnung)<sup>3</sup> und – schon erwähnt – dem Integrationsgesetz (mitsamt Verordnung)<sup>4</sup>. Beide sind sog. Artikelgesetze, also keine eigenständigen Einzelgesetze, die unter ihrer Bezeichnung in Gesetzessammlungen aufzufinden wären, sondern solche, bei denen sich die Artikel auf eine Neuschaffung oder Änderung separater Gesetze beziehen.<sup>5</sup> Den Arbeitsmarkt betreffende wichtige Aspekte sind bei Erstem die Verlängerung bzw. Statuierung der Pflicht, in Erstaufnahmeeinrichtungen zu wohnen, die Definition neuer sicherer Herkunftsstaaten (Albanien, Kosovo, Montenegro)<sup>6</sup> und die erstmalige Öffnung der sog. Integrationskurse und der Leiharbeit für Menschen mit Aufenthaltsgestattung und Duldung. Bei Zweitem sind besonders relevant die Aussetzung der sog. Vorrangprüfung, die Erweiterung der Ausbildungsförderung, die Etablierung einer sog. Ausbildungsduldung, die Erweiterung der Integrationskurse, die Schaffung von Arbeitsgelegenheiten im Rahmen des Arbeitsmarktprogramms „Flüchtlingsintegrationsmaßnahmen“ und die Schaffung einer Wohnsitzauflage bei anerkannten Flüchtlingen.<sup>7</sup> Auf alle genannten Gesichtspunkte wird im Folgenden zurückzukommen sein.

## B) Zugang zum Arbeitsmarkt

### I. Einzelheiten<sup>8</sup>

Anerkannte Asylberechtigte, Flüchtlinge und subsidiär Schutzberechtigte<sup>9</sup> haben unbegrenzten Zugang zum Arbeitsmarkt. Sie haben eine Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen gemäß § 25 Abs. 1 S. 1 und 4, Abs. 2 AufenthG, die gemäß § 4 Abs. 1 AufenthG ohne Weiteres zur Erwerbstätigkeit berechtigt.

Asylbewerber, die sich seit drei Monaten gestattet in der BRD aufhalten (§ 55 AsylG), kann die Erwerbstätigkeit erlaubt werden, es sei denn, sie haben weiterhin die Pflicht, in der Aufnahmeeinrichtung zu wohnen (§ 47 Abs. 1 AsylG). Dann kann jedenfalls nach sechs Monaten die Erwerbstätigkeit erlaubt werden. Ausgenommen sind Ausländer aus sicheren Herkunftsstaaten, die ihren Asylantrag nach dem 31.8.2015 gestellt haben, diese haben ein Arbeitsverbot (§ 61 Abs. 2 S. 4 AsylG).

Geduldeten Personen (§ 60a AufenthG) darf die Erwerbstätigkeit von vornherein seitens der Ausländerbehörde erlaubt werden, allerdings ist hierfür zumeist die interne Zustimmung der

Bundesagentur für Arbeit (im Folgenden: BA) notwendig, die wiederum erst nach drei Monaten erteilt werden darf (§ 32 Abs. 1 S. 1 BeschV<sup>10</sup>). Bestimmte Arbeitsverbote regelt § 60a Abs. 6 S. 1 Nr. 1–3 AufenthG: Einem Ausländer, der eine Duldung besitzt, darf die Ausübung einer Erwerbstätigkeit nicht erlaubt werden, wenn er sich in die BRD begeben hat, um Leistungen nach dem AsylbLG zu erlangen, seine Abschiebung sabotiert hat oder Staatsangehöriger eines sicheren Herkunftsstaates ist und sein nach dem 31.8.2015 gestellter Asylantrag abgelehnt wurde.

Bei gestattet oder geduldet sich im Inland aufhaltenden Personen muss die Erwerbstätigkeit von der Ausländerbehörde stets erlaubt werden. Die Zustimmung der BA, sagt § 39 Abs. 1 S. 1 AufenthG, ist einzuholen, wenn „durch Rechtsverordnung nicht etwas anderes bestimmt ist“. Bezug genommen wird damit auf die BeschV. Unter anderem statuiert § 32 Abs. 2 BeschV Ausnahmen vom Zustimmungserfordernis bei Praktika im Sinne des § 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 1–4 MiLoG (Nr. 1), Berufsausbildungen (Nr. 2) oder einem ununterbrochenen vierjährigen erlaubten, geduldeten oder gestatteten Aufenthalt im Bundesgebiet (Nr. 5). Greift keine Ausnahme, bezieht die Prüfungspflicht der BA sich gemäß § 39 Abs. 2 AufenthG grundsätzlich auf Wirkungen der beabsichtigten Beschäftigungen auf den Arbeitsmarkt (Arbeitsmarktprüfung), die Frage, ob bevorrechtigte Arbeitnehmer<sup>11</sup> für die Beschäftigung zur Verfügung stehen (Vorrangprüfung) und ob die Arbeitsbedingungen denen inländischer Beschäftigter vergleichbar sind (Gleichwertigkeitsprüfung).<sup>12</sup>

### II. Änderungen durch das Integrationsgesetz und Bewertung

Durch die Verordnung zum Integrationsgesetz ist die Vorrangprüfung für Gestattete und Geduldete in 133 Bezirken der BA für einen Zeitraum von drei Jahren ausgesetzt worden; in diesen Bezirken haben sie nun auch Zugang zur Leiharbeit (§ 32 Abs. 3, Abs. 4, Abs. 5 Nr. 3 BeschV i. V. m. Anlage 2).<sup>13</sup> Beide Maßnahmen sind grundsätzlich zu begrüßen: Die Suspendierung der Vorrangprüfung vereinfacht das Prozedere und räumt ein bedeutendes Hindernis aus dem Weg, Leiharbeit bietet – bei aller Kritikwürdigkeit im Detail – gerade gering- oder nichtqualifizierten Kräften Gelegenheit, Verbindungen zum ersten Arbeitsmarkt<sup>14</sup> herzustellen und Kontakte zu knüpfen. Allerdings hätte der Gesetzgeber den Mut aufbringen sollen, lokal und zeitlich unbegrenzte Regelungen zu etablieren. Gerade bei der örtlichen Begrenzung der Aussetzung der Vorrangprüfung drängt sich der Verdacht auf, dass dies nur Regionen betrifft, in denen schon bislang eher mit einem positiven Ausgang der Prüfung zu rechnen war, während sie weiterhin

<sup>3</sup> Sog. Asylpaket I, in Kraft seit dem 24. bzw. 28.10.2015 (BGBl. I, S. 1722 und 1789). Weniger relevant war das Asylpaket II, das u. a. Verkürzung der Asylverfahren, partielle Aussetzung des Familiennachzugs und Verminderung des persönlichen Bedarfs bei Berechtigten des AsylbLG vorsah, s. dazu die Bundesregierung ([www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2016/02/2016-02-03-asylpaket2.html](http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2016/02/2016-02-03-asylpaket2.html)) und PRO Asyl e.V. ([www.pro-asyl.de/wp-content/uploads/2016/02/PRO\\_ASYL\\_Stellungnahme\\_Gesetzentwurf\\_Beschleunigte\\_Asylverfahren\\_16.2.2016.pdf](http://www.pro-asyl.de/wp-content/uploads/2016/02/PRO_ASYL_Stellungnahme_Gesetzentwurf_Beschleunigte_Asylverfahren_16.2.2016.pdf)).

<sup>4</sup> Vom 31.7.2016, überwiegend in Kraft seit dem 6.8.2016 (BGBl. I, S. 1939).

<sup>5</sup> Siehe Kluth, in: Kluth/Krings, Gesetzgebung, Rechtsetzung durch Parlament und Verwaltungen sowie ihre gerichtliche Kontrolle (2014), § 1 Rn. 114.

<sup>6</sup> Neben den Staaten der EU, Bosnien und Herzegowina, Ghana, Mazedonien, Senegal und Serbien, siehe § 29a II AsylG mitsamt Anlage II.

<sup>7</sup> Einen Gesamtüberblick über die Auswirkungen des Integrationsgesetzes bietet v. Harbou, NJW 2016, 2700; ders., NVwZ 2016, 1193.

<sup>8</sup> Siehe auch Grobys/v. Steinau-Steinrück, NJW-Spezial 2016, 626.

<sup>9</sup> Näheres zu den „Schutzgraden“ bei Ellerbrok/Hartmann, ZJS 2016, 157 ff.

<sup>10</sup> „Verordnung über die Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern“ vom 6.6.2013, BGBl. I, S. 1499.

<sup>11</sup> Dies sind, neben deutschen Staatsbürgern, Angehörige von Staaten der EU, des EWR und der Schweiz sowie bestimmte im Inland lebende Drittstaatsangehörige mit verfestigtem Aufenthalt, s. BeckOK AuslR/Breidenbach, 12. Ed. (1.11.2016), AufenthG § 39 Rn. 6.

<sup>12</sup> Siehe etwa v. Harbou, NVwZ 2016, 421 (422).

<sup>13</sup> Davon ausgeschlossen sind Mecklenburg-Vorpommern und manche Bezirke in Bayern und Nordrhein-Westfalen.

<sup>14</sup> Der Begriff bezeichnet – grob – den „regulären“ Arbeitsmarkt, auf dem Arbeits- und Beschäftigungsverhältnisse ohne Zuschüsse oder sonstige staatliche Maßnahmen der aktiven Arbeitsmarktpolitik im Rahmen der freien Wirtschaft bestehen.

dort stattfindet, wo eine nicht geringe Wahrscheinlichkeit besteht, dass sie eine Versagung der Beschäftigungserlaubnis zur Folge hat.<sup>15</sup>

## C) Förderungsmaßnahmen aller Art

### I. Erweiterung der Ausbildungsbeihilfen

#### 1. Einzelheiten

Das Integrationsgesetz hat die Berufsausbildungsbeihilfen des SGB III weiter geöffnet, insbesondere § 132 SGB III modifiziert.<sup>16</sup> Im Überblick:<sup>17</sup>

**Personen mit einer Aufenthaltsgestattung** haben von Anfang an Anspruch auf Beratung (§§ 29 ff. SGB III) und Vermittlung (§ 131 SGB III). Nach drei Monaten haben sie Zugang zu berufsvorbereitenden Bildungsmaßnahmen nach § 51 SGB III (etwa Qualifizierungslehrgängen nach § 68 Berufsbildungsgesetz), zu ausbildungsbegleitenden Hilfen nach § 75 SGB III (Sprachunterricht, Nachhilfe, Unterstützung bei sozialen Problemen etc.) und assistierter Ausbildung nach § 130 SGB III (besondere Begleitung bei der Suche nach einem Ausbildungsplatz, während der Ausbildung und in der Phase des Übergangs in den Beruf). Nach 15 Monaten können sie zusätzlich Berufsausbildungsbeihilfe nach § 56 SGB III (Leistung zum Lebensunterhalt für Personen, die außerhalb von Aufnahmeeinrichtungen wohnen) und Ausbildungsgeld nach § 122 SGB III (Leistung zum Lebensunterhalt für behinderte Menschen) beanspruchen. Voraussetzung für die Hilfen ist gemäß § 132 Abs. 1 S. 1 SGB III jeweils, dass ein „rechtmäßiger und dauerhafter Aufenthalt zu erwarten ist.“ Dies ist laut Rechtsansicht des Bundesinnenministeriums der Fall bei Flüchtlingen aus Ländern mit einer Schutzquote über 50 %, derzeit Eritrea, Irak, Iran, Somalia und Syrien.<sup>18</sup> Bei Menschen aus sicheren Herkunftsländern wird das Gegenteil vermutet, also dass ein rechtmäßiger und dauerhafter Aufenthalt nicht zu erwarten ist.

Personen, die geduldet sind, haben nach zwölfmonatigem rechtmäßigem Aufenthalt Zugang zu begleitenden Hilfen nach § 75 SGB III und assistierter Ausbildung, allerdings wegen der Bezugnahme auf § 130 Abs. 1 S. 1 SGB III in § 132 Abs. 2 Nr. 1 SGB III nur **während** der Ausbildung.<sup>20</sup> Nach sechs Jahren Aufenthalt kommen vorbereitende Maßnahmen nach § 51 SGB III, Berufsausbildungsbeihilfe nach § 56 SGB III und Ausbildungsgeld nach § 122 SGB III in Betracht. Voraussetzung ist, dass kein Beschäftigungsverbot nach § 60a Abs. 6 AufenthG besteht.<sup>21</sup>

#### 2. Bewertung

Dass die Möglichkeiten der Ausbildungsförderung des SGB III sich nach der Erweiterung nun so wie beschrieben darstellen, ist grundsätzlich positiv, denn von Seiten des Gesetzgebers ist alles zu unternehmen, Menschen, die – gewollt oder ungewollt

– längerfristig im Land bleiben, in Ausbildung und damit in qualifizierte Arbeit zu bringen. Was zu bemängeln ist, ist die Komplexität – man könnte auch sagen: Unübersichtlichkeit – der Rechtslage, die sich besonders im § 132 SGB III durch anwenderunfreundliche Sprache und Verweistechnik „auszeichnet“. Zudem sind manche Regelungen ohne Sinn: Warum Berufsausbildungsbeihilfe und Ausbildungsgeld bei Gestatteten erst nach 15 Monaten, bei Geduldeten die Maßnahmen nach § 51 SGB III, Berufsausbildungsbeihilfe und Ausbildungsgeld sogar erst nach sechs Jahren zur Verfügung stehen, ist nicht verständlich; da kann die Integration des Einzelnen in den Arbeitsmarkt längst endgültig gescheitert sein. Hier müssten kurze und einheitliche Wartezeiten gelten, eher sollten alle Beihilfeleistungen zum frühestmöglichen Zeitpunkt, also bei Abschluss des Ausbildungsvertrages, zur Verfügung stehen.<sup>22</sup>

Auf einen weiteren Gesichtspunkt, der bei der Ausbildungsförderung eine tragende Rolle spielt, hat *Knuth*<sup>23</sup> in einer neueren Studie der Friedrich-Ebert-Stiftung hingewiesen: die Rechtskreiszuordnung. De lege lata ist es so, dass Personen, die nach dem SGB II leistungsberechtigt sind, vom Jobcenter betreut werden, alle anderen von der BA. Wer sich gestattet in der BRD aufhält, gehört (wie Geduldete) in den Einzugsbereich des AsylbLG (dort § 1 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 4), erhält also Leistungen von der BA. Endet das Asylverfahren mit Anerkennung des Betroffenen als asylberechtigt, Flüchtling oder subsidiär schutzberechtigt, erhält er eine Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen gemäß § 25 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 AufenthG und „wechselt“, sofern die weiteren Voraussetzungen vorliegen, vom AsylbLG ins SGB II (§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB II i. V. m. § 1 Abs. 1 Nr. 3 AsylbLG). Damit verbunden ist jedoch eine Reihe von Defiziten:<sup>24</sup> Erstens gehen Informationen verloren, denn mag ein Datenaustausch von BA und Jobcenter innerhalb bestimmter Grenzen möglich sein, kennt das Gespräch zwischen Betroffenen und Vermittler natürlich auch persönliche Sequenzen, die sich nicht in den Akten wiederfinden, die für die Vermittlungsarbeit jedoch ungemein wertvoll sind. Zweitens haben es die Betroffenen, die wohl ohnehin häufig wegen der Widrigkeiten in der deutschen Bürokratie „Bauklötze staunen“, mit einer neuen Behörde, neuen Sachbearbeitern etc. zu tun, was zu weiterer Verunsicherung beiträgt, zumal beim Jobcenter eine andere Maxime vorherrscht, nämlich „Fördern und Fordern“. Drittens bedarf es des Aufbaus zweier Verwaltungen für die Betreuung des letztlich selben Personenkreises – sowohl personell als auch sachlich eine Verschwendung von Ressourcen. Alles in allem ist dies ineffizient. Deshalb regt *Knuth* bedenkenswert an, Personen, die nach dem AsylbLG leistungsberechtigt sind, ebenfalls vom Jobcenter betreuen zu lassen, womit den aufgezeigten Schwächen jedenfalls partiell wirksam entgegengetreten werden könnte. „Dieses würde keinen systematischen Bruch der Rechtskreislogiken darstellen, da es sich

<sup>15</sup> Zutreffend v. *Harbou*, NVwZ 2016, 1193 (1194).

<sup>16</sup> Laut § 132 Abs. 4 SGB III beschränkt auf Maßnahmen, die bis zum 31.12.2018 beginnen bzw. beantragt werden.

<sup>17</sup> Näheres zu den einzelnen Ausbildungsbeihilfen des SGB III bei *Körtek/Reidel*, Arbeitsmarktzugang für Ausländer (2016), S. 164 ff.

<sup>18</sup> Siehe BT-Drs. 18/6403, S. 18 (Frage 40).

<sup>19</sup> ► [www.bamf.de/DE/Infotehk/FragenAntworten/Integrationskurse-Asylbewerber/integrationskurse-asylbewerber-node.html](http://www.bamf.de/DE/Infotehk/FragenAntworten/Integrationskurse-Asylbewerber/integrationskurse-asylbewerber-node.html).

<sup>20</sup> Zutreffend *Körtek/Reidel*, Arbeitsmarktzugang für Ausländer (2016), S. 171.

<sup>21</sup> Siehe dazu bereits Punkt B) I.

<sup>22</sup> Siehe Stellungnahme des BDA vom 8.7.2016, ► [www.arbeitgeber.de/www/arbeitgeber.nsf/res/Stn-Integration-verbessern.pdf/sfile/Stn-Integration-verbessern.pdf](http://www.arbeitgeber.de/www/arbeitgeber.nsf/res/Stn-Integration-verbessern.pdf/sfile/Stn-Integration-verbessern.pdf).

<sup>23</sup> Arbeitsmarktintegration von Flüchtlingen, WISO Diskurs 21/2016, S. 23 ff.

<sup>24</sup> S. *Knuth* a.a.O., S. 24.

bei Asylbewerberleistungen ebenfalls um eine Form von Grundsicherung handelt<sup>25</sup>.

## II. Ausbildungsduldung („3 + 2 Regelung“)

### 1. Einzelheiten

Des Weiteren ist der Anwendungsbereich der sog. Ausbildungsduldung erweitert worden. § 60a Abs. 2 S. 4 ff. AufenthG statuiert einen Bleibanspruch aus persönlichen Gründen für die Dauer einer Berufsausbildung. Voraussetzungen: Es muss sich um eine qualifizierte Ausbildung in einem staatlich anerkannten oder vergleichbar geregelten Ausbildungsberuf handeln, die Ausbildungszeit also mindestens zwei Jahre betragen (§ 6 Abs. 1 S. 2 BeschV), es dürfen die Voraussetzungen des § 60a Abs. 6 AufenthG nicht vorliegen und konkrete Abschiebemaßnahmen nicht bevorstehen. Wird das Ausbildungsverhältnis vorzeitig beendet oder abgebrochen, wird dem Ausländer einmalig eine Duldung für sechs Monate zum Zweck der Suche nach einer weiteren Ausbildungsstelle erteilt. Beendet der Ausländer die Ausbildung erfolgreich und wird er im Ausbildungsbetrieb nicht übernommen, wird die Duldung für sechs Monate zum Zweck der Suche nach einer entsprechenden Beschäftigung verlängert. Findet der Betroffene nach der Ausbildung eine Beschäftigung, ist ihm aufgrund des ebenfalls neu eingeführten § 18 Abs. 1a AufenthG in der Regel eine Aufenthaltserlaubnis für zwei weitere Jahre zu erteilen, wenn die Stelle der erworbenen beruflichen Qualifikation entspricht.<sup>26</sup>

### 2. Bewertung

Tendenziell handelt es sich bei der Ausbildungsduldung um ein begrüßenswertes Instrument. Positiv hervorzuheben ist besonders, dass der Gesetzgeber im Vergleich zur überkommenen Rechtslage die Altersgrenzen abgeschafft und bei Vorliegen der Voraussetzungen einen Anspruch des Ausländers statt der bis zum 5.8.2016 bestehenden Ermessensentscheidung etabliert hat. Die Regelungen können eine gewisse Planungssicherheit sowohl bei dem Betroffenen als auch dem Ausbildungsbetrieb generieren.

Negativ ist zu verbuchen, dass für den Bleibanspruch überhaupt das Instrument der „Duldung“ gewählt wurde. Zur Erinnerung: § 60a AufenthG definiert diese als „vorübergehende Aussetzung der Abschiebung“. Systematisch und symbolisch treffender wäre die Etablierung einer entsprechenden Aufenthaltserlaubnis gewesen.<sup>27</sup> Zudem hätte man die Aufnahme eines Hochschulstudiums als „duldungsfähig“ anerkennen sollen.<sup>28</sup> Schließlich ist die Regelung des § 60a Abs. 2 S. 8 AufenthG verfehlt, die dem Ausbildungsbetrieb aufgibt, die Ausländerbehörde über den Nichtantritt oder Abbruch der Ausbildung zu unterrichten: zum einen hätte man dies der Sozialversicherung übertragen sollen, die ohnehin von der Beendigung der Ausbildung Kenntnis erlangt (§ 28a Abs. 1 Nr. 14 SGB IV); zum anderen wird die (vorsätzliche oder leichtfertige) Nichterfüllung der Meldepflicht als Ordnungswidrigkeit mit Bußgeld in Höhe von 30.000 EUR bedroht, was unter Berücksichtigung des potentiellen Unrechts nicht nur unverhältnismäßig ist,

sondern bei potentiellen Arbeitgebern auch abschreckende Wirkung entfaltet.<sup>29</sup>

## III. Arbeitsgelegenheiten gemäß § 5a AsylbLG

### 1. Einzelheiten

Im Rahmen des von der Bundesregierung beschlossenen und der BA per Verwaltungsvereinbarung übertragenen<sup>30</sup> Arbeitsmarktprogramms „Integrationsmaßnahmen“ wurden 100.000 sog. Arbeitsgelegenheiten geschaffen. Das Programm lief bereits vor Inkrafttreten des Integrationsgesetzes, nämlich am 1.8.2016, an und ist bis August 2020 befristet. Sinn und Zweck soll laut Begründung der Bundesregierung die „niedrigschwellige Heranführung an den deutschen Arbeitsmarkt sowie eine sinnvolle und gemeinnützige Betätigung während des Asylverfahrens“ sein;<sup>31</sup> beispielhaft nennt sie das „Pflügen von Grünanlagen“.<sup>32</sup> Ausgeschlossen von dem Programm sind Menschen aus sicheren Herkunftsländern, Geduldete und vollziehbar Ausreisepflichtige. Arbeitsgelegenheiten nach § 5a AsylbLG sind abzugrenzen von solchen nach § 5 AsylbLG, die in erster Linie der Aufrechterhaltung und Betreuung der Aufnahmeeinrichtungen dienen, z. B. in der Essensausgabe oder im Reinigungsdienst. Arbeitsfähigen Personen, die das 18. Lebensjahr vollendet haben und nicht schulpflichtig sind, können gemäß § 5a Abs. 1 S. 1 AsylbLG derlei Arbeitsgelegenheiten verpflichtend zugewiesen werden, sofern sie zumutbar sind.<sup>33</sup>

### 2. Bewertung

Dass Adressaten der Maßnahme gemeinnützige Tätigkeiten verrichten statt in Aufnahmeeinrichtungen in den Tag hinein zu leben, ist sicher kein Nachteil, weder für die Asylbewerber selber noch ihre Akzeptanz in der deutschen Bevölkerung. Dass die Arbeitsgelegenheiten für eine veritable Integration der Asylbewerber in den ersten Arbeitsmarkt sorgen werden, ist jedoch schon deshalb zu bezweifeln, weil ein intensiverer Kontakt zu Arbeitgebern aus der freien Wirtschaft im Rahmen solcher Tätigkeiten, die zuvörderst in kommunalen Einrichtungen erfolgen, nicht zu erwarten ist. Ohnehin zeigt der Umstand, dass ein halbes Jahr nach Etablierung des Programms gerade einmal 5.000 solcher Jobs genehmigt sind,<sup>34</sup> dass es sich nicht um die durchschlagendste Maßnahme auf dem Gebiet der Arbeitsförderung handelt.

Beinahe betroffen macht die Höhe der Entschädigung, die für die Tätigkeiten gewährt wird. § 5a Abs. 1 S. 1 AsylbLG spricht zwar unbestimmt nur von „Arbeitsgelegenheiten [...] gegen Mehraufwandsentschädigung“. Jedoch existiert eine „Richtlinie für das Arbeitsmarktprogramm Flüchtlingsintegrationsmaßnahmen“ vom 20.7.2016,<sup>35</sup> die unter Punkt 3.5. auf die Regelung des § 5 Abs. 2 AsylbLG verweist, wo ein Stundensatz von 80 Cent festgelegt ist, flankiert von der Möglichkeit, höhere notwendige Ausgaben nachzuweisen. Demgegenüber erhalten

<sup>25</sup> A.a.O., S. 24.

<sup>26</sup> Siehe dazu auch *Lehrian/Mantel*, Asylmagazin 2016, 290.

<sup>27</sup> Siehe auch *v. Harbou*, NVwZ 2016, 1193 (1198).

<sup>28</sup> Siehe Stellungnahme des Bundesrats zum Entwurf des Integrationsgesetzes, BT-Drs. 18/8829, S. 22.

<sup>29</sup> Siehe die Stellungnahme des BDA zum Integrationsgesetz vom 8.7.2016, 3 f.

<sup>30</sup> Siehe § 368 Abs. 3 S. 2 SGB III.

<sup>31</sup> Siehe BT-Drs. 18/8829, S. 2.

<sup>32</sup> Siehe unter [www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2016/05/2015-05-25-arbeitsgelegenheiten.html](http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2016/05/2015-05-25-arbeitsgelegenheiten.html).

<sup>33</sup> Siehe auch *Welte*, ZAR 2016, 272 f.

<sup>34</sup> Siehe [www.zeit.de/gesellschaft/2016-12/wenige-fluechtlinge-arbeitsmarkt-jobs-andrea-nahles](http://www.zeit.de/gesellschaft/2016-12/wenige-fluechtlinge-arbeitsmarkt-jobs-andrea-nahles).

<sup>35</sup> Veröffentlicht im Bundesanzeiger am 27.7.2016, BAnz AT 27.7.2016 B2.

Personen, die einer Arbeitsgelegenheit gemäß § 16d SGB II nachgehen, eine Entlohnung, die über der auch symbolischen Ein-Euro-Grenze liegt,<sup>36</sup> weshalb diese Stellen auch gemeinhin „Ein-Euro-Jobs“ heißen. Hier werden zwei Klassen von Arbeitsgelegenheiten geschaffen und für vergleichbare Tätigkeiten verschiedene Entschädigungen geleistet. Den vom Bundesrat angemahnten Verstoß gegen den Gleichheitssatz außen vorlassend, ist jedenfalls zu konstatieren, dass die Regelung das Potenzial hat, Asylbewerber zu erniedrigen, weil ihnen per Lohnzettel bescheinigt wird, dass ihre Arbeit weniger wert ist als die von Personen, die dem Regime des SGB II unterstehen.

Was erschwerend hinzukommt: Gemäß § 5a Abs. 3 AsylbLG haben Asylbewerber, die sich trotz Belehrung über die Folgen weigern, eine ihnen zumutbare Arbeitsgelegenheit aufzunehmen oder fortzuführen oder die Anbahnung der Integrationsmaßnahme durch ihr Verhalten sabotieren, keinen Anspruch auf Leistungen nach §§ 2, 3 und 6 AsylbLG; § 1a Abs. 2 S. 2–4 AsylbLG ist entsprechend anzuwenden.<sup>37</sup> Das bedeutet konkret, dass einem alleinstehenden Asylbewerber, der außerhalb einer Aufnahmeeinrichtung lebt, der gesamte persönliche Bedarf gestrichen wird und er – neben Leistungen für Unterkunft und Heizung – nur noch Anspruch hat auf die zum 1.1.2016 fortgeschriebenen Bedarfe für Ernährung in Höhe von 143,82 EUR, Körperpflege in Höhe von 25,02 EUR und Gesundheitspflege in Höhe von 7,29 EUR.<sup>38</sup> Macht summa summarum 176,13 EUR, womit die ursprünglich ihm zustehenden 354,00 EUR um über 50 % gekürzt werden. Hier steht – auch unter Berücksichtigung, dass die Kürzung eine Sanktionierung ungehörigen Verhaltens darstellt – eine Verletzung des Grundrechts auf Sicherung eines menschenwürdigen Existenzminimums zu Buche. Zur Erinnerung: Das BVerfG<sup>39</sup> hat in seinem Urteil zum AsylbLG vom 18.7.2012 betont, dass

- ▶ der Anspruch auf Sicherung des Existenzminimums als Ausprägung von Art. 1 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 1 GG ein unverfügbares Grundrecht darstellt und deutschen wie ausländischen Staatsangehörigen gleichermaßen zusteht,
- ▶ eine menschenwürdige Existenz durch einen gesetzlichen Anspruch ab Beginn des Aufenthalts in der BRD realisiert werden können muss, der stets den gesamten Existenzbedarf abdeckt,
- ▶ und die in Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Menschenwürde migrationspolitisch nicht zu relativieren ist.

Diesen Anforderungen wird eine Regelung, die einem in der BRD sich aufhaltenden Menschen Leistungen in Höhe von 176,13 EUR monatlich zuerkennt, nicht gerecht. Die Tragweite des Urteils mitsamt der darin ausgesprochenen Unverfügbarkeit des Existenzminimums hat auch das BSG verkannt, als es im März 2016 entschied, eine Kürzung der SGB II-Leistungen um 30 % sei mit der Menschenwürde vereinbar, weil das rele-

vante Verhalten von den Betroffenen im Wege der Eigenverantwortung beeinflusst werden könne.<sup>40</sup> Das BVerfG selber hat eine Richtervorlage des SG Gotha zur Parallelproblematik des § 31a SGB II aus formalen Gründen für unzulässig erklärt, jedoch bereits darauf hingewiesen, dass der Vorlagebeschluss „durchaus gewichtige verfassungsrechtliche Fragen“ aufwerfe.<sup>41</sup>

## IV. Erweiterung der Integrationskurse

### 1. Einzelheiten

Die sog. Integrationskurse wurden bereits im Zuge des Asylpakets I durch Änderung des § 44 Abs. 4 AufenthG für Asylbewerber und Geduldete geöffnet. Laut „VO über die Durchführung von Integrationskursen für Ausländer und Spätaussiedler“ (IntV) besteht dieser aus Sprach- und Orientierungskurs, letzterer zur Vermittlung von Alltagswissen und Kenntnissen der Rechtsordnung, Kultur, Geschichte, Werte des demokratischen Staatswesens und Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit, Gleichberechtigung, Toleranz und Religionsfreiheit (s. § 3 Abs. 1 Nr. 2 IntV).<sup>42</sup> Personen mit Aufenthaltsgestattung und guter Bleibeperspektive sowie bestimmte geduldet oder erlaubt sich aufhaltende Menschen können, sofern sie arbeitsfähig, nicht erwerbstätig, mindestens 18 Jahre alt und nicht schulpflichtig sind, zur Teilnahme an zumutbaren Integrationskursen verpflichtet werden (§ 5b Abs. 1 AsylbLG). Kommen sie dem trotz schriftlicher Belehrung über die Folgen nicht nach, besteht für die Behörde die Möglichkeit, Leistungen nach dem AsylbLG im unter Punkt 3b geschilderten Umfang zu kürzen.<sup>43</sup>

### 2. Bewertung

Integrationskurse sind elementar zur Eingliederung von Personen, bei denen zu erwarten steht, dass sie dauerhaft in der BRD bleiben. Ohne ausreichende Kenntnisse der deutschen Sprache und Verinnerlichung unserer Kultur, Werte und Lebensweise ist keine Integration denkbar, weder in den Arbeitsmarkt noch in die Gesellschaft. Zu beklagen ist dagegen auch hier, dass den Behörden die Möglichkeit gegeben wird, bei Verweigerung eines zumutbaren Integrationskurses die Asylbewerberleistungen auf ein verfassungswidriges, weil unter dem Existenzminimum liegendes Niveau zu kürzen. Das ist eines Sozialstaats nicht würdig.

Nicht recht verständlich ist indes eine aus der Wirtschaft zu vernehmende Kritik, wegen der umfassenden Präsenzpflicht behindere die Teilnahme an Integrationskursen mögliche Ausbildungen und Erwerbstätigkeiten. Denn laut § 5b Abs. 2 S. 4 AsylbLG kann die leistungsberechtigte Person sich auf Unzumutbarkeit berufen, wenn sie eine Beschäftigung auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt, eine Berufsausbildung oder ein Studium aufnimmt oder aufgenommen hat. Hier bedarf es wohl einfach nur besserer Absprachen und Strukturen.

<sup>36</sup> Auch wenn in § 16d SGB II kein genauer Betrag genannt ist, hat sich in der Praxis ein Betrag in Höhe von ein bis zwei Euro eingependelt, s. Eicher/Spellbrink/Stölting, 3. Aufl. (2013), SGB II § 16d Rn. 61.

<sup>37</sup> Zu Sanktionen und Kürzungen im AsylbLG *Classen*, Leitfadens zum Asylbewerberleistungsgesetz, Stand: 5.9.2016, S. 14 ff.

<sup>38</sup> Näheres zu Einzelbeträgen aus den Regelbedarfsstufen ab dem 1.1.2016 bei Schwabe, ZfF 2016, 25.

<sup>39</sup> BVerfG NVwZ 2012, 1024.

<sup>40</sup> Siehe BSG, Urteil v. 9.3.2016 – B 14 AS 20/15 R.

<sup>41</sup> Siehe BVerfG NVwZ 2016, 1318; nachgehend dazu wiederum das SG Gotha, Beschluss v. 2.8.2016 – S 15 AS 5157/14.

<sup>42</sup> Der Umfang des Orientierungskurses wurde – wohl als Reaktion auf die Silvesternacht 2016 in Köln – geradezu drastisch auf 100 Stunden ausgeweitet, s. § 12 Abs. 1 S. 1 IntV.

<sup>43</sup> Näheres noch bei Lehrian/Mantel, Asylmagazin 2016, 290 (291).

## V. Wohnsitzregelung des § 12a AufenthG

### 1. Einzelheiten

Ebenfalls zum Thema gehört die Einführung der Wohnsitzauflage gemäß § 12a AufenthG,<sup>44</sup> denn in der einschlägigen Begründung rekurriert der Gesetzgeber mehrfach auf die Integration in den Arbeitsmarkt.<sup>45</sup> Adressaten der Regelung sind Ausländer, die als asylberechtigt, Flüchtling oder subsidiär Schutzberechtigter anerkannt oder denen nach §§ 22, 23 oder 25 Abs. 3 AufenthG erstmalig Aufenthaltserlaubnisse erteilt worden sind. Diese werden von § 12a Abs. 1 AufenthG unmittelbar kraft Gesetzes verpflichtet, in dem Bundesland ihren gewöhnlichen Aufenthalt zu nehmen, dem sie zur Durchführung des Asyl- bzw. Aufnahmeverfahrens zugewiesen wurden. Die Verpflichtung gilt für drei Jahre.<sup>46</sup> Daneben bestehen in § 12 Abs. 2–4 AufenthG weitere Rechtsgrundlagen, aufgrund deren Betroffene dazu verpflichtet werden können, an einem bestimmten Ort innerhalb des Bundeslandes ihren Wohnsitz zu nehmen, insbesondere „wenn unter Berücksichtigung der örtlichen Lage am Ausbildungs- und Arbeitsmarkt die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit erleichtert werden kann“ (§ 12a Abs. 3 Nr. 3 AufenthG). Sämtliche Wohnsitzpflichten entfallen, wenn die Betroffenen, ihre Ehegatten, Lebenspartner oder minderjährigen Kinder einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung von wenigstens 15 Wochenstunden mit zumindest teilweiser Lebensunterhaltssicherung nachgehen oder eine Ausbildung oder ein Studium aufnehmen.<sup>47</sup> Flankiert wird § 12a AufenthG von einer neuen Zuständigkeitsregel in § 36 Abs. 2 SGB II und der Einschränkung der Sozialhilfe in § 23 Abs. 5 SGB XII.

### 2. Bewertung

Zunächst zur unionsrechtlichen Dimension: Sowohl der EuGH<sup>48</sup> als auch das BVerwG<sup>49</sup> haben entschieden, dass anerkannte Flüchtlinge bzw. subsidiär Schutzberechtigte aufgrund der Genfer Flüchtlingskonvention und der sog. Qualifikationsrichtlinie 2011/95 EU in den Aufnahmestaaten grundsätzlich Freizügigkeit genießen. Damit unvereinbar sind Wohnsitzauflagen, die nicht integrationspolitisch, sondern fiskalisch motiviert sind. Ob dem hier so ist, bedarf intensiverer Betrachtung, denn die Zuweisungen in die jeweiligen Bundesländer erfolgt in der BRD nach dem Königsteiner Schlüssel, dessen Hauptaugenmerk weniger auf Integration als Bevölkerungszahl und Steueraufkommen liegt. Überdies verlangt der EuGH, dass die Betroffenen sich hinsichtlich ihrer Integrationsbedürftigkeit gegenüber anderen Drittstaatsangehörigen in einer objektiv nicht vergleichbaren Situation befinden. Zu beiden Punkten finden sich in den Materialien engagierte Plädoyers des Gesetzgebers,<sup>50</sup> deren Argumente jedenfalls auf den ersten Blick

nicht von der Hand zu weisen sind.<sup>51</sup> Von daher mag man diese Punkte der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers überlassen.<sup>52</sup>

Auf keinen Fall ohne Kritik bleiben darf aber die Regelung des § 12 Abs. 7 AufenthG, die anerkannte Flüchtlinge, die nach dem 1.1.2016 aus dem Aufnahmebundesland verzogen sind, dazu zwingt, in dieses wieder zurückzuziehen. Damit bewirkt man nicht Integration, sondern Re-Integration.<sup>53</sup> Zudem läuft die korrespondierende Vorschrift des § 36 Abs. 2 SGB II – jedenfalls teilweise – leer: Für Personen, die nach dem 1.1.2016 anerkannt wurden, vor dem 6.8.2016 ihren Wohnsitz verlegt und vor dem 6.8.2016 einen Antrag auf Leistungen nach SGB II gestellt haben, war bis zum 5.8.2016 der Träger nach § 36 Abs. 1 SGB II, also des gewöhnlichen Aufenthalts, zuständig. Mit dem 6.8.2016 ist kraft Gesetzes eine Wohnsitzbeschränkung entstanden. Die örtliche Zuständigkeit regelt nun § 36 Abs. 2 S. 1 SGB II und weist sie dem Träger, in dessen Gebiet „der Wohnsitz zu nehmen ist“ zu. Dieses Gebiet ist ein Bundesland; ein für ein Bundesland zuständiger Träger existiert jedoch nicht. Es könnte sich um jeden Träger des entsprechenden Bundeslandes handeln, das Gesetz ermöglicht also keine Bestimmung eines konkret zuständigen Trägers. Es bleibt daher bei der Auffangregelung in § 36 Abs. 1 a. E. SGB II: im Übrigen gelten die Regelungen des Abs. 1“. Die Zuständigkeit liegt somit weiterhin, wie bis zum 5.8.2016, bei dem ersatzweise zuständigen Träger des gewöhnlichen Aufenthalts. Diese Konsequenz gilt für alle Personen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem 6.8.2016 in ein anderes Bundesland umziehen.<sup>54</sup>

### D) Anerkennung ausländischer Abschlüsse

Ein wichtiges Thema im Zusammenhang mit der Integration von Flüchtlingen in den Arbeitsmarkt ist auch die Anerkennung ausländischer Abschlüsse. Dazu so viel: Es gibt auf Bundes- und Landesebene nahezu gleichlautende Gesetze „über die Feststellung der Gleichwertigkeit von Berufsqualifikationen“ (BQFG), je nach dem, ob der entsprechende Beruf vom Bund oder von den Ländern zu regeln ist. Beispiele: Die Angelegenheiten der Rechtsanwälte regelt das Bundesrecht in der Bundesrechtsanwaltsordnung<sup>55</sup>, die der Architekten das Landesrecht, z. B. das Architektengesetz Baden-Württemberg<sup>56</sup>. Weiterer Anknüpfungspunkt innerhalb der Feststellungsgesetze ist, ob der Beruf reglementiert, d. h. seine Ausübung an eine staatliche Zulassung gebunden ist, oder nicht (§§ 4 ff., §§ 9 ff. BQFG).

Voraussetzung für die Feststellung der Gleichwertigkeit der Qualifikationen ist grundsätzlich, dass beweiskräftige Unterlagen wie tabellarische Auflistungen ausgeübter Ausbildungsgänge und Erwerbstätigkeiten, Zeugnisse über bestandene Prüfungen und praktische Zeiten etc. vorgelegt werden, um

<sup>44</sup> Umfassend *Frings/Steffen*, Die neuen Wohnsitzauflagen und die sozialrechtlichen Auswirkungen, s. [http://ggua.de/fileadmin/downloads/tabellen\\_und\\_uebersichten/Wohnsitzauflage\\_Gemeinsamer\\_Artikel\\_0509016.pdf](http://ggua.de/fileadmin/downloads/tabellen_und_uebersichten/Wohnsitzauflage_Gemeinsamer_Artikel_0509016.pdf).

<sup>45</sup> Siehe BT-Drs. 18/8615, S. 43 f.

<sup>46</sup> Siehe auch *Lehrian/Mantel*, Asylmagazin 2016, 290 (292).

<sup>47</sup> Siehe v. *Harbou*, NJW 2016, 2700 (2703).

<sup>48</sup> Siehe EuGH, Urt. v. 1.3.2016 – C 443/14 und C 444/14.

<sup>49</sup> Siehe. BVerwG NVwZ 2008, 796.

<sup>50</sup> Siehe BT-Drs. 18/8615, S. 43 f.

<sup>51</sup> Siehe auch *Thym*, Stellungnahme zum Integrationsgesetz vom 16.6.2016, S. 13; „intuitive Plausibilität“; unter [http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/Thym\\_AsyLG\\_2015.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/Thym_AsyLG_2015.pdf).

<sup>52</sup> Siehe auch *Zabel*, NJW 2016, 1057 (1058).

<sup>53</sup> Zur gesamten Dimension des § 12 Abs. 7 AufenthG *Frings/Steffen*, Die neuen Wohnsitzauflagen und die sozialrechtlichen Auswirkungen, S. 4 f.

<sup>54</sup> Umfassend *Frings/Steffen*, Die neuen Wohnsitzauflagen und die sozialrechtlichen Auswirkungen, S. 6 ff.

<sup>55</sup> Vom 1.8.1959, BGBl. I, S. 565.

<sup>56</sup> Vom 28.3.2011; GBl. 2011, S. 152.

den zuständigen Stellen Substanz für die Entscheidung an die Hand zu geben. Derlei Schriftstücke beizubringen, kann für geflüchtete Menschen indes schwierig sein, weil Fluchtumstände es womöglich nicht zugelassen haben, diese mit zum Gepäck zu nehmen. Das haben die Gesetzgeber in Bund und Ländern bedacht und § 14 BQFG geschaffen. Dieser erlaubt der zuständigen Stelle in Fällen, in denen der Geflüchtete die erforderlichen Nachweise aus nicht zu vertretenden Gründen nicht oder nur teilweise vorlegen oder dies nur unter unangemessenem Aufwand geschehen kann, den Vergleich der beruflichen Fertigkeiten, Kenntnisse und Fähigkeiten durch „sonstige geeignete Verfahren“ festzustellen. Dabei sind die Gründe, die der Vorlage der Unterlagen entgegenstehen, mit eidesstattlicher Versicherung glaubhaft zu machen. Zu „sonstigen geeigneten Verfahren“ äußert sich § 14 Abs. 2 BQFG: dies können sein Arbeitsproben, Fachgespräche, praktische und theoretische Prüfungen sowie Gutachten von Sachverständigen.

## E) Finanzierung eines Hochschulstudiums

### I. Hochschulzugang und Leistungen nach dem AsylbLG

Auch einen Bezug zur Integration von Migranten in den Arbeitsmarkt, nämlich von gut qualifizierten, hat der Komplex Hochschulstudium. Grundsätzlich darf jeder, der sich legal in der BRD aufhält, ein Hochschulstudium beginnen, so er denn die jeweiligen persönlichen Voraussetzungen für die Aufnahme des Studiums erfüllt.<sup>57</sup> Vorschriften wie § 61 AsylG, der die Erwerbstätigkeit von einem gestatteten Aufenthalt von drei Monaten abhängig macht, gibt es im Zusammenhang mit Hochschulstudien nicht. Auch werden bei geduldet und erlaubt sich aufhaltenden Personen Auflagen des Inhalts „Studium nicht erlaubt“ – obgleich rechtlich möglich – seit Anfang 2016 bundesweit nicht mehr gemacht.<sup>58</sup> Die Frage ist allerdings, wie Migranten, die regelmäßig nicht über finanzielle Mittel verfügen, ein Studium finanzieren sollen:

Wer als asylberechtigt, Flüchtling oder subsidiär schutzberechtigt anerkannt ist, kann Leistungen nach dem BAföG beantragen (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 BAföG). Personen mit Aufenthaltsgestattung und Geduldete in den ersten 15 Monaten ihres Aufenthalts haben einen solchen Anspruch indes nicht. Für sie bleibt das AsylbLG, das sie gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 4 als anspruchsberechtigt anerkennt. Freilich ist die Höhe der Leistungen begrenzt und erfasst nur notwendige und notwendige persönliche Bedarfe (§ 3 Abs. 1 S. 1 und 4 AsylbLG). Mehraufwendungen für ein Studium (Literatur, Fahrtkosten, Laptop etc.) sind darin nicht erhalten und damit auch nicht zu finanzieren. Erwägt man, genannte Posten den Bedarfen für Bildung und Teilhabe gemäß § 3 Abs. 3 AsylbLG zuzuordnen, merkt man spätestens nach Lektüre der §§ 34 ff. SGB XII, auf die verwiesen wird, dass dieser Weg nicht gangbar ist, weil Aufwendungen für ein Hochschulstudium dort gerade nicht genannt sind. Es bleibt nur § 6 Abs. 1 AsylbLG, der als Anspruchsgrundlage jedenfalls geeignet ist, weil er die möglichen Ermessensleistungen nicht abschließend benennt („insbesondere“). Allerdings nennt die Vorschrift Regelbeispiele - Sicherung des Lebensunterhalts und der Gesundheit, Deckung besonderer Bedürfnisse von Kindern,

Erfüllung verwaltungsrechtlicher Mitwirkungspflichten - die verdeutlichen, dass der Gesetzgeber bei ihrer Schaffung andere Vorstellungen hatte als die Finanzierung eines Hochschulstudiums. Deshalb ist die Gewährung solcher Leistungen auf der Grundlage von § 6 Abs. 1 AsylbLG gewiss mit einem nicht unerheblichen Begründungsaufwand für die Behörden verbunden.

## II. Einfluss der Dauer des Asylverfahrens bei Menschen mit Aufenthaltsgestattung

Ein weiteres kurioses Problem schafft die Dauer der Asylverfahren, die für Menschen mit Aufenthaltsgestattung eine entscheidende Rolle spielt. Wie erwähnt, haben Gestattete keinen Anspruch auf Leistungen nach dem BAföG, wohl aber auf Leistungen nach dem AsylbLG, und zwar im von §§ 3, 4 und 6 AsylbLG bestimmten Umfang. Wer sich nun ohne wesentliche Unterbrechung seit 15 Monaten in der BRD aufhält und die Dauer des Aufenthalts nicht rechtsmissbräuchlich beeinflusst hat, erhält gemäß § 2 Abs. 1 AsylbLG höhere Leistungen analog den Vorschriften des SGB XII. Bezweckt wird damit eine Besserstellung der Asylbewerber, bei denen wegen des längeren Zeitraums bereits Bedürfnisse anzuerkennen sind, „die auf stärkere Angleichung an die hiesigen Lebensverhältnisse und auf bessere soziale Integration gerichtet sind“<sup>59</sup>. Jedoch hat der Gesetzgeber bei seinem gut gemeinten Vorgehen offensichtlich § 22 Abs. 1 SGB XII übersehen, der Personen, die einer „dem Grunde nach“ förderungsfähigen Ausbildung nachgehen, von Hilfe zum Lebensunterhalt (§§ 27 ff. SGB XII) und Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung (§§ 41 ff. SGB XII) ausschließt. Dies betrifft auch Menschen mit Aufenthaltsgestattung, die ein „dem Grunde nach“ förderungsfähiges Hochschulstudium betreiben. Folge: Ist über den Asylantrag nach 15 Monaten noch nicht entschieden, besteht weder Anspruch auf Leistungen nach §§ 3, 4 und 6 AsylbLG noch BAföG noch SGB XII. Die Betroffenen sind faktisch gezwungen, das Studium wegen des andauernden Asylverfahrens und mangels anderweitiger Finanzierungsmöglichkeiten zu unterbrechen.<sup>60</sup>

Wie ist das Problem zu lösen? In Betracht kommt, die Konstellation als Härtefall des § 22 Abs. 1 S. 2 SGB XII anzusehen und den Betroffenen dauerhaft Hilfe zum Lebensunterhalt zu gewähren. Dazu passt zwar ein Urteil des BSG nicht ganz, das derartige Härtefälle nur sieht, wenn eine förderungsfähige, tatsächlich aber nicht mehr geförderte Ausbildung unmittelbar vor dem Abschluss steht,<sup>61</sup> was Personen, die sich gerade einmal 15 Monate oder etwas länger in der BRD aufhalten, kaum betrifft. Auch ist zu konstatieren, dass die vom Bundesrat aufgezeigte Versorgungslücke gesehen und dennoch bewusst nicht geschlossen wurde,<sup>62</sup> weshalb die präferierte „Härtefalllösung“ auch mit dem Willen des Gesetzgebers nicht in Einklang steht. Entscheidend ist nach der hiesigen Auffassung aber, dass der Transfer der Leistungen des SGB XII – wie dargelegt – eine

<sup>59</sup> BT-Drs. 12/5008, S. 15.

<sup>60</sup> Siehe auch die Stellungnahme des Bundesrats zum Integrationsgesetz, BT-Drs. 18/8829, S. 17; Weizsäcker, Asylmagazin 2016, 65 (67 f.).

<sup>61</sup> Siehe BSGE 99, 67.

<sup>62</sup> Siehe dazu die grotesk formelle Begründung der Bundesregierung, die darauf abstellt, der Aspekt sei nicht Bestandteil des „Gemeinsamen Konzept von Bund und Ländern für die erfolgreiche Integration von Flüchtlingen“ und deshalb nicht Gegenstand des Gesetzgebungsverfahrens; BT-Drs 18/8883, S. 3 f.

<sup>57</sup> Zur Hochschulzugangsberechtigung und den Problemen der Flüchtlinge, diese nachzuweisen, Weizsäcker, Asylmagazin 2016, 65 (69 f.).

<sup>58</sup> Siehe v. Harbou, NVwZ 2016, 421.

Besserstellung der Asylbewerber bezwecken sollte, womit der Ausschluss gemäß § 22 Abs. 1 S. 1 SGB XII nicht kompatibel ist. Perspektivisch sollte der Gesetzgeber diesen unrühmlichen Zustand beenden, um auch die Unausgewogenheit im Verhältnis zu Geduldeten, die lückenlos versorgt sind, zu beseitigen. Das in der Vergangenheit für die Andersbehandlung der Gestatteten genannte Argument,<sup>63</sup> deren Verbleib und Zukunft in der BRD sei ungewiss, gilt jedenfalls im Ansatz auch für geduldete Menschen.

#### F) Kurzer Blick ins Landesrecht Baden-Württembergs

Als Bestandteil des Artikelgesetzes „zur Verbesserung von Chancengerechtigkeit und Teilhabe in Baden-Württemberg“ ist in Baden-Württemberg seit dem 5.12.2015 ein „Partizipations- und Integrationsgesetz“ (PartIntG) in Kraft. Sein Ziel ist laut § 2 PartIntG die „Verwirklichung gleichberechtigter Teilhabe von Menschen mit und ohne Migrationshintergrund in allen gesellschaftlichen Bereichen“, mithin auch in dem Segment des Arbeitslebens.

Ausprägung dieses hehren Vorhabens ist § 8 PartIntG, der Beschäftigten islamischen Glaubens gestattet, an jeweils einem Tag des „Opferfestes“, „Festes des Fastenbrechens“ und „Aschura“ zwecks Besuchs des Gottesdienstes vom Dienst oder von der Arbeit fernzubleiben, sofern keine überwiegenden dienstlichen Belange entgegenstehen und der Freistellungswunsch dem Dienstherrn oder Arbeitgeber rechtzeitig mitgeteilt wird. Für Beschäftigte alevitischen Glaubens gilt die Regelung an jeweils einem Tag der Feiertage „Aschura“, „Hizir-Lokmasi“ und „Nevruz“ entsprechend (§ 8 Abs. 2 PartIntG BW). Die Vorschriften stellen Muslime und Aleviten also Christen und Juden in diesem Punkt gleich<sup>64</sup> und leisten auf diese Weise einen Beitrag zur Gleichbehandlung islamischer und alevitischer Religionsgemeinschaften auf dem Sektor der Arbeit – ein kleines Detail, das die Integration der Beschäftigten in den Arbeitsmarkt der BRD womöglich vertieft.

#### G) Fazit

Matthias Knuth kommt in der erwähnten Studie bezogen auf das hiesige Thema zu folgendem Ergebnis<sup>65</sup>:

*„Der Rechtsrahmen für den Arbeitsmarktzugang für Flüchtlinge kann je nach Perspektive entweder als Baustelle oder Ruine bezeichnet werden.“*

Das mag drastisch und dramatisch formuliert sein, Verbesserungspotenzial besteht aber auf jeden Fall.

#### ► Inhaltsverzeichnis

<sup>63</sup> Siehe BT-Drs. 18/6284, S. 54.

<sup>64</sup> Siehe § 4 Abs. 2 Feiertagsgesetz BW; Art. 2 Abs. 1 S. 3 des „Vertrag[es] des Landes Baden-Württemberg mit der Israelitischen Religionsgemeinschaft Baden und der Israelitischen Wohngemeinschaft Württembergs vom 18. Januar 2010“ iVm. § 4 Abs. 2 Feiertagsgesetz BW.

<sup>65</sup> Arbeitsmarktintegration von Flüchtlingen, WISO Diskurs 21/2016, S. 10.





## MIT DEN BESTEN. FÜR DIE BESTEN.

---

Rechtsanwälte (m/w)

Referendare (m/w)

Praktikanten (m/w)

---

Qualität und Klasse zeichnen nicht nur unsere Juristinnen und Juristen aus. Auch unsere Mandanten gehören zu den Besten ihrer Bereiche. Ihre Ansprüche sind ebenso hoch wie individuell. Darum schaffen wir ein vielfältiges Angebot an Fachbereichen und Persönlichkeiten und bieten Ihnen exzellente Mandate, internationale Projekte und ein kollegiales Miteinander.

Wenn Sie für Ihr Talent das ganz besondere Umfeld suchen, sollten wir uns unterhalten.

**Robert Krywalski**, T +49 30 20360 1204, E [robert.krywalski@cms-hs.com](mailto:robert.krywalski@cms-hs.com)

---

Berlin | Brüssel | Dresden | Düsseldorf | Frankfurt/Main | Hamburg | Köln | Leipzig | Moskau | München | Shanghai | Stuttgart

# KLAUSUR – ZIVILRECHT

Prof. Dr. Christian F. Majer\*/cand. jur. Julia Zaiser\*\*

## „Softwareprobleme“ Übungsklausur

### Sachverhalt

A ist Angestellter der X-OHG. Am 16.12.2016 erwirbt A von B eine neue Software für sämtliche Mitarbeiter zu einem Kaufpreis von 640 Euro. Zu diesem Kauf wurde er von der X-OHG ermächtigt. Als die Software geliefert wird, stellt A fest, dass sie nicht funktioniert. Gleich am nächsten Tag reklamiert er bei B und fordert die Beseitigung der Störung. Der Mitarbeiter M wird von B umgehend gesendet, um die Störung zu beheben. Nach Untersuchung der Software stellt M fest, dass die Störung an einer Inkompatibilität der Software mit der von der X-OHG verwendeten Hardware liegt. Die Hardwareanforderungen waren bei der Softwarewerbung in einer Fachzeitschrift und auf dem Produkt selbst stets bekanntgemacht worden. Die X-OHG möchte nun ihr Geld zurück, B weigert sich jedoch das Geld zurückzuzahlen. Er betont es sei schließlich nicht seine Schuld, dass die Hardware der X-OHG mit seiner Software inkompatibel sei. Zudem möchte er Ersatz der Kosten der Untersuchung des Problems durch seinen Mitarbeiter (Anfahrtskosten und Arbeitsstunden in Höhe von 160 Euro). Die X-OHG verteidigt sich mit dem Hinweis, sie habe den A nicht mit der Reklamation beauftragt. Allerdings hatte A in der Vergangenheit derartige Reklamationen stets selbständig erledigt. Ob die X-OHG das wusste, kann nicht abschließend geklärt werden.

**Welche Ansprüche bestehen zwischen der X-OHG und dem B?**

**Es ist auf alle Rechtsprobleme des Falles, gegebenenfalls in einem Hilfsgutachten einzugehen!**

### Gliederung

**A) Anspruch der X-OHG gegen B auf Rückzahlung des Kaufpreises gem. §§ 437 Nr. 2, 326 V, 323 I, 346 I BGB**

I. Kaufvertrag, § 433 BGB

1. Angebot
2. Annahme

II. Sachmangel, § 434 I BGB

1. Beschaffenheitsvereinbarung, § 434 I S. 2 BGB
2. Fehlende vertraglich vorausgesetzte Verwendung, § 434 I S. 2 Nr. 1 BGB
3. Fehlende gewöhnliche Verwendung § 434 I S. 2 Nr. 2 BGB
4. Zwischenergebnis

III. Ergebnis

**B) Anspruch des B gegen die X-OHG auf Ersatz der Untersuchungskosten gem. § 280 I, 241 II BGB**

I. Schuldverhältnis

II. Pflichtverletzung

1. Pflichtverletzung durch unberechtigtes Nacherfüllungsverlangen
2. Zurechnung der Geltendmachung durch A
  - a) Eigene Willenserklärung
  - b) Offenkundigkeitsprinzip
  - c) Vertretungsmacht
    - aa) Erteilung rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht
    - bb) Vertretungsmacht kraft Rechtsschein
      - (1) Duldungsvollmacht
      - (2) Anscheinsvollmacht
        - (a) Rechtscheintatbestand
        - (b) Zurechenbarkeit des Rechtsscheins
        - (c) Gutgläubigkeit des Vertragspartners
        - (d) Kausalität
        - (e) Zwischenergebnis

d) Zwischenergebnis

III. Vertretenmüssen

IV. Schaden

V. Ergebnis

\* Der Autor ist Inhaber einer Professur für Zivilrecht, Zivilprozessrecht, Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht an der Hochschule für Verwaltung und Finanzen in Ludwigsburg.

\*\* Die Autorin ist studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, Freiwillige Gerichtsbarkeit und Insolvenzrecht (Prof. Dr. Wolfgang Marotzke)

## Gutachten

### A) Anspruch der X-OHG gegen B auf Rückzahlung des Kaufpreises gem. §§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5, 323 Abs. 1, 346 Abs. 1 BGB

Die X-OHG könnte gegen B einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 640 Euro gem. §§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5, 323 Abs. 1, 346 Abs. 1 BGB haben.

#### I. Kaufvertrag, § 433 BGB

Zunächst müsste ein wirksamer Kaufvertrag gem. § 433 BGB zwischen der X-OHG und B entstanden sein. Lieferverträge über Computersoftware, bei denen dem Kunden Standardsoftware gegen ein einmaliges Entgelt auf Dauer überlassen wird, sind rechtlich als Kaufverträge zu qualifizieren.<sup>1</sup> Vorliegend steht ein Vertrag über Standardsoftware in Frage, sodass Kaufrecht zur Anwendung kommt.

##### 1. Angebot

Die X-OHG ist nach § 124 HGB teilrechtsfähig und kann selbst Trägerin von Rechten und Pflichten sein. Sie hat zwar selbst kein Angebot abgegeben, allerdings könnte sie wirksam durch ihren Angestellten A vertreten worden sein, §§ 164 ff. BGB. A hat eine eigene Willenserklärung im Namen der X-OHG (Offenkundigkeitsprinzip) abgegeben.<sup>2</sup> Ferner wurde A auch von der X-OHG bevollmächtigt. Damit liegt ein wirksames Angebot (§ 145 Abs. 1 BGB) der X-OHG vor.

##### 2. Annahme

B hat das Angebot der X-OHG angenommen (§ 146 BGB), ein wirksamer Kaufvertrag ist mithin zustande gekommen.

## II. Sachmangel, § 434 I BGB

Des Weiteren müsste die Software einen Sachmangel iSd. § 434 Abs. 1 BGB, zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs (§ 446 S. 1 BGB), aufweisen. Die Kaufsache ist sachmängelbehaftet, sofern die Ist-Beschaffenheit nachteilig von der Soll-Beschaffenheit abweicht.<sup>3</sup>

### 1. Beschaffenheitsvereinbarung, § 434 Abs. 1 S. 2 BGB

Zunächst ist fraglich, ob die Parteien vorliegend eine bestimmte Beschaffenheit der Kaufsache vereinbart haben. Grundsätzlich kann ein Mangel der gekauften Software hierbei in ihrer Unverträglichkeit mit der vom Käufer benutzten Hardware liegen, sofern die Lauffähigkeit der Software auf dieser Hardware vereinbart war.<sup>4</sup> Im vorliegenden Fall haben die X-OHG und die B jedoch gerade nicht ausdrücklich vereinbart, dass die gekaufte Software mit einer bestimmten Hardware kompatibel sein soll. Auch für eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung<sup>5</sup> sind keine Anhaltspunkte gegeben.

### 2. Fehlende vertraglich vorausgesetzte Verwendung, § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB

In Betracht kommt ferner ein Sachmangel gem. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB, sofern sich die Software nicht für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung eignet. Zweifelhaft ist in diesem Zusammenhang, welche Anforderungen an die „Verwendbarkeit“ als Anknüpfungspunkt für einen Sachmangel zu stellen sind. Hierbei ist zu fragen, ob mangelnde Verwendbarkeit nur dann einen Sachmangel begründet, wenn sie auf der Beschaffenheit der Kaufsache beruht, oder ob der Grund für die mangelnde Verwendbarkeit unerheblich ist.<sup>6</sup> Würde man fordern, dass die mangelnde Gebrauchstauglichkeit ihre Ursache in der Beschaffenheit der Sache haben muss, stellt sich die Frage, ob der Begriff der Beschaffenheit nur Eigenschaften umfasst, die der Kaufsache unmittelbar physisch und auf Dauer anhaften, oder ob auch Umweltbeziehungen für die Erfassung der Beschaffenheit ausreichen.<sup>7</sup> Vorliegend ist die Software nicht generell, sondern nur im speziellen Fall unbrauchbar, da sie nicht mit der Hardware der X-OHG kompatibel ist. Es handelt sich folglich lediglich um Umweltbeziehungen, also um Umstände, die außerhalb der Sache selbst liegen. Es erscheint daher bereits zweifelhaft, ob die fehlende Kompatibilität im vorliegenden Fall unter den Beschaffenheitsbegriff subsumiert werden kann. Die besseren Argumente sprechen jedoch ohnehin dafür, die „Verwendbarkeit“ von der „Beschaffenheit“ zu lösen.<sup>8</sup> Eine separate Nennung wäre schließlich überflüssig, sofern eine Beeinträchtigung der Verwendbarkeit iSd. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB nur aus der Beschaffenheit resultieren könnte.<sup>9</sup> Allerdings kann die fehlende Verwendbarkeit selbstverständlich nicht aus jedem beliebigen Grund einen Mangel der Kaufsache darstellen, sondern muss mit der Kaufsache zusammenhängen, darf also nicht lediglich daran scheitern, dass der Käufer mit der Kaufsache nicht umgehen kann.<sup>10</sup> Ähnlich ist die Sachlage in vorliegendem Fall zu bewerten. Die Software selbst ist nicht mangelhaft, sondern lediglich mit der Hardware der X-OHG inkompatibel. Der Grund, dass die X-OHG die Software nicht nutzen kann liegt nicht etwa an Software selbst, sondern lediglich an dem Zusammenspiel von Software und der von der X-OHG genutzten Hardware. Würde man die Software in einer anderen Hardwareumgebung nutzen, wäre eine vom Vertrag vorausgesetzte Nutzung unproblematisch möglich. Aus diesem Grund besteht hier kein Mangel der mit der Kaufsache selbst zusammenhängt; ein Sachmangel gem. § 434 Abs. 1 S. 2 BGB liegt nicht vor.

<sup>1</sup> BGHZ 102, 135 (139 ff.); OLG Düsseldorf NJW 1989, 2627 (2627); OLG Stuttgart 1989, 692 (693); Wurmnest, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2016), § 307 Rn. 84.

<sup>2</sup> Zu den Voraussetzungen der Stellvertretung vgl.: Stoffels, in: Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack BGB, 3. Aufl. (2016), § 164 Rn. 47 ff; Schubert, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2015), § 164 Rn. 106 ff.

<sup>3</sup> Berger, in: Jauernig BGB, 16. Aufl. (2015), § 434 Rn. 8; Sänger, in: Schulze/Grziwotz/Lauda BGB, 9. Aufl. (2017), § 434 Rn. 8.

<sup>4</sup> LG Bonn ZGS 2004, 199 (199); Westermann, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2016), § 434 Rn. 12.

<sup>5</sup> Eine Beschaffenheitsvereinbarung ist auch konkludent möglich, vgl. Westermann, in: Münchner Kommentar BGB, 7. Aufl. (2016), § 434 Rn. 16.

<sup>6</sup> Faust, in: Bamberger/Roth, BGB, 41. Edition (2016), § 434 Rn. 28.

<sup>7</sup> Westermann, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2016), § 434 Rn. 9; Faust, in: Bamberger/Roth, BGB, 41. Edition (2016), § 434 Rn. 19; die Gesetzesbegründung hat dies ausdrücklich offengelassen, vgl. BT-Drs. 14/6040, 132.

<sup>8</sup> Leible, in: Gebauer/Wiedmann, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2. Aufl. (2010), Kap. 10 Rn. 44; Faust, in: Bamberger/Roth, BGB, 41. Edition (2016), § 434 Rn. 29; Wolf/Kaiser, DB 2002, 411 (412); a.A. Grunewald, in: Erman, BGB, 14. Aufl. (2014), § 434 Rn. 17; Büdenbender, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, 3. Aufl. (2016), § 434 Rn. 20.

<sup>9</sup> Faust, in: Bamberger/Roth BGB, 41. Edition (2016), § 434 Rn. 29.

<sup>10</sup> Westermann, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2016), § 434 Rn. 9; Faust, in: Bamberger/Roth, BGB, 41. Edition (2016), § 434 Rn. 30; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 8. Aufl. (2009), Rn. 320.

### 3. Fehlende gewöhnliche Verwendung,

#### § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB

Ein Sachmangel ließe sich ferner auf eine fehlende gewöhnliche Verwendung stützen. Zu der Beschaffenheit nach S. 2 Nr. 2 BGB gehören gem. § 434 Abs. 1 S. 3 BGB auch Eigenschaften, die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers, insbesondere in der Werbung, erwarten darf. Was die Eigenschaften einer Software betrifft, steht es dem Softwarehersteller grundsätzlich frei seine Software nur für eine bestimmte Hardwareumgebung oder ein bestimmtes Betriebssystem zu konzipieren.<sup>11</sup> Die Software war nicht für das Betriebssystem der X-OHG vorgesehen. B hat jedoch bei der Softwarewerbung, in einer Fachzeitschrift und auf dem Produkt selbst stets die Anforderungen bezüglich der Verwendbarkeit bekanntgemacht. Der X-OHG hätte es somit von Anfang an klar sein müssen, dass sie die gekaufte Software nicht verwenden kann. Ein Sachmangel gem. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB scheidet ebenfalls aus.

### 4. Zwischenergebnis

Die Software weist keinen Sachmangel iSd. § 434 Abs. 1 BGB auf.

#### Hinweis

Unmöglichkeit des Nacherfüllungsanspruchs, § 326 V BGB: Gem. § 326 V BGB ist die Fristsetzung entbehrlich, wenn der Schuldner nach § 275 I-III BGB nicht zu leisten braucht. Die Nachbesserung ist gem. § 275 I BGB unmöglich, da es sich vorliegend um Standardsoftware handelt, die nicht in der Art umgestaltet werden kann, dass sie den Anforderungen der Hardware der X-OHG entspricht. Die Fristsetzung wäre somit im vorliegenden Fall entbehrlich.

### III. Ergebnis

Da kein Sachmangel iSd. § 434 Abs. 1 BGB vorliegt, scheidet ein Anspruch der X-OHG gem. §§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5, 323 Abs. 1, 346 Abs. 1 BGB aus.

#### B) Anspruch des B gegen die X-OHG auf Ersatz der Untersuchungskosten gem. § 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB

B könnte gegen die X-OHG einen Anspruch auf Ersatz der Untersuchungskosten (Anfahrtskosten und Arbeitsstunden in Höhe von 160 Euro) gem. § 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB haben.

#### I. Schuldverhältnis

Zunächst müsste ein Schuldverhältnis zwischen den Parteien bestanden haben (§ 311 Abs. 1 BGB). Vorliegend stellt der Kaufvertrag über die Software gem. § 433 BGB das Schuldverhältnis dar (siehe oben I.1.).

#### II. Pflichtverletzung

Ferner könnte die X-OHG eine Schutzpflicht i.S.d. § 241 II BGB verletzt haben, indem A den B im Namen der X-OHG zur Nacherfüllung aufforderte, obwohl die Software nicht mangelhaft war und damit objektiv kein Nacherfüllungsanspruch bestand (siehe oben A) II.).

### 1. Pflichtverletzung durch unberechtigtes Nacherfüllungsverlangen

Fraglich ist, ob die Geltendmachung eines Nacherfüllungsverlangens, obwohl objektiv kein Nacherfüllungsanspruch bestand, überhaupt eine Pflichtverletzung darstellen kann. Gegen die Pflichtwidrigkeit der Geltendmachung von Ansprüchen, die nicht bestehen scheint zunächst das sog. **Recht auf Irrtum** zu sprechen.<sup>12</sup> Hierbei ist anerkannt, dass allein die Erhebung einer Klage oder die sonstige Inanspruchnahme eines staatlichen, gesetzlich eingerichteten und geregelten Verfahren zur Durchsetzung **vermeintlicher Rechte** keine Schadensersatzpflicht, außerhalb der bereits im Verfahrensrecht vorgesehenen Sanktionen, begründet.<sup>13</sup> Allerdings wird nicht einheitlich beantwortet, ob und unter welchen Voraussetzungen sich dieser Gedanke auf die außerprozessuale Geltendmachung vermeintlicher Rechte übertragen lässt.<sup>14</sup> Vereinzelt wird die Auffassung vertreten, die außergerichtliche Geltendmachung einer nicht bestehenden Forderung könne nicht anders behandelt werden als die gerichtliche.<sup>15</sup> Somit bestünde die Möglichkeit in Schuldverhältnissen vermeintliche Rechte geltend zu machen ohne eine Schadensersatzpflicht zu begründen, sofern dies in redlicher Weise, wenn auch unter fahrlässiger Verkennung der Rechtslage geschehe.<sup>16</sup> Der BGH ist hingegen der Ansicht, ein unberechtigtes Nacherfüllungsverlangen nach § 439 Abs. 1 BGB stelle jedenfalls dann eine zum Schadensersatz verpflichtende schuldhaftige Vertragsverletzung dar, wenn der Käufer erkannt oder fahrlässig verkannt hat, dass objektiv kein Mangel vorliegt, sondern die Ursache für die von ihm beanstandete Erscheinung in seinem Verantwortungsbereich liegt.<sup>17</sup> Hierbei müsse der Käufer lediglich im Rahmen seiner Möglichkeiten sorgfältig überprüfen, ob die von ihm beanstandete Erscheinung auf eine Ursache zurückzuführen ist, die nicht dem Verantwortungsbereich des Verkäufers zuzuordnen ist, sodass durch die Prüfungspflicht die Mängelrechte auch nicht entwertet würden.<sup>18</sup> Im vorliegenden Fall war die Software nicht mangelhaft iSd. § 434 BGB (siehe oben A) II.), sondern lediglich mit der Hardware der X-OHG inkompatibel; das Nacherfüllungsverlangen des A war somit objektiv unberechtigt. Dieses unberechtigte Nacherfüllungsverlangen stellt mithin eine Schutzpflichtverletzung iSd. § 241 Abs. 2 BGB dar.

### 2. Zurechnung der Geltendmachung durch A

Ferner ist problematisch, dass die X-OHG selbst keine Nacherfüllung von B verlangt hat. Das Nacherfüllungsverlangen des A könnte der X-OHG jedoch zurechenbar sein. Eine solche Zurechnung könnte gem. § 278 BGB (analog) erfolgen. Allerdings handelt es sich bei dem Nacherfüllungsverlangen um eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung. Auf rechtsgeschäftsähnliche Handlungen findet jedoch das Stellvertretungsrecht gem. §§ 164 ff. BGB entsprechende Anwendung.<sup>19</sup> Das Nacherfüll-

<sup>12</sup> BGH NJW 2008, 1147 (1147); *Looschelders/Makowsky*, JuS 2016, 441 (445).

<sup>13</sup> BGH NJW 2008, 1147 (1147); BGHZ 74, 9 (16), 20, 169 (172)

<sup>14</sup> BGH NJW 2008, 1147 (1147).

<sup>15</sup> KG Berlin, Urt. v. 18.8.2005 – 8 U 251/04, Tz. 142 f.; *Majer*, ZGS 2008, 209 (211).

<sup>16</sup> BGH NJW 2008, 1147 (1148); KG Berlin, Urt. v. 18.8.2005 – 8 U 251/04, Tz. 142 f.

<sup>17</sup> BGH NJW 2008, 1147 (1148).

<sup>18</sup> BGH NJW 2008, 1147 (1148).

<sup>19</sup> BGH NJW 2006, 687 (687); *Schubert*, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2016), § 164 Rn 89; *Schilken*, in: Staudinger (2014), Vor § 164 Rn. 38.

<sup>11</sup> *Bussche/Schelinski*, Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, 3. Auflage (2013), Teil 1. Rn. 196.

lungsverlangen des A wirkt für und gegen die X-OHG gem. § 164 Abs. 1 S. 1 BGB analog, wenn K eine eigene Willenserklärung im Namen der X-OHG abgegeben hat und hierbei innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht gehandelt hat.

#### a) Eigene Willenserklärung

A hat B zur dazu aufgefordert die Software nachzubessern. Dadurch hat er nicht lediglich eine fremde Willenserklärung überbracht, sondern eine eigene abgegeben.

#### b) Offenkundigkeitsprinzip

Das Nacherfüllungsverlangen hat A auch im Namen der X-OHG – also im Namen des Vertretenen – abgeben, somit ist auch das Offenkundigkeitsprinzip gewahrt.

#### c) Vertretungsmacht

Die rechtsgeschäftsähnliche Handlung wirkt aber nur für und gegen die X-OHG, wenn A mit Vertretungsmacht gehandelt hat (vgl. §§ 164, 177 Abs. 1 BGB analog).

##### aa) Erteilung rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht

In Betracht kommt hier nur eine rechtsgeschäftlich erteilte Vertretungsmacht. Allerdings hat die X-OHG dem A für den konkreten Fall keine Vollmacht erteilt (§ 167 Abs. 1 BGB). A handelte damit ohne Vertretungsmacht.

##### bb) Vertretungsmacht kraft Rechtsschein

Der A könnte jedoch durch sein Auftreten für die X-OHG einen Rechtsschein gesetzt haben, welcher der X-OHG zurechenbar ist.

##### (1) Duldungsvollmacht

In Betracht kommt zunächst eine Duldungsvollmacht.<sup>20</sup> Der A hat vorliegend im Namen der X-OHG die Nacherfüllung verlangt und somit einen Rechtscheintatbestand gesetzt. Fraglich ist jedoch, ob der X-OHG dieser Rechtscheintatbestand auch zugerechnet werden kann. Bei der Duldungsvollmacht kann der Rechtscheintatbestand dann zugerechnet werden, wenn der Vertretene positive Kenntnis davon hat, dass jemand wiederholt als sein Vertreter auftritt, aber nichts dagegen unternimmt, dies also duldet.<sup>21</sup> Im vorliegenden Fall hat die X-OHG den A nicht beauftragt die Nacherfüllung von B zu verlangen. Zudem kann nicht abschließend geklärt werden, ob die X-OHG von dem Vorgehen des A wusste und dies duldete. Somit muss eine Duldungsvollmacht ausscheiden.

##### (2) Anscheinsvollmacht

Die Zurechnung des Verhaltens des A könnte sich jedoch über die Grundsätze der Anscheinsvollmacht ergeben. Die Rspr. und das überwiegende Schrifttum verlangen für das Vorliegen einer Anscheinsvollmacht, dass jemand wiederholt und über einen längeren Zeitraum als Vertreter aufgetreten ist, der Vertretene das Verhalten nicht kannte, aber bei der Anwendung pflicht-

gemäßer Sorgfalt hätte erkennen müssen und verhindern können.<sup>22</sup>

#### (a) Rechtscheintatbestand

A hat vorliegend die Nacherfüllung im Namen der X-OHG verlangt. Dieses Verhalten erweckte den Anschein einer Bevollmächtigung durch die X-OHG. Zudem hatte A in der Vergangenheit derartige Reklamationen stets selbständig erledigt. Somit ist dieses Verhalten auch von einer gewissen Dauer und Häufigkeit und wurde von der X-OHG auch bereits mehrfach beobachtet.

#### (b) Zurechenbarkeit des Rechtsscheins

Fraglich ist im Rahmen der Zurechenbarkeit des Rechtsscheins, ob die X-OHG das Handeln des A in ihrem Namen bei sorgfaltsgemäßigem Verhalten hätte erkennen und verhindern können. Der A hat bereits mehrfach die Nacherfüllung im Namen der X-OHG begehrt. Die X-OHG hätte also bei sorgfaltsgemäßigem Verhalten damit rechnen müssen, dass A auch in diesem Fall das Nacherfüllungsverlangen für die X-OHG geltend macht. Somit ist der X-OHG der von A gesetzte Rechtschein auch zurechenbar.

#### (c) Gutgläubigkeit des Vertragspartners

B war ebenfalls gutgläubig, da er den Mangel der Vertretungsmacht nicht kannte und auf dessen bestehen vertraut hat.

#### (d) Kausalität

Ferner war der von A gesetzte Rechtschein auch kausal dafür, dass B einen Mitarbeiter geschickt hat um das Problem zu beheben. Kausalität liegt ebenfalls vor.

#### (e) Zwischenergebnis

Somit liegen die Voraussetzungen für eine Anscheinsvollmacht vor. A handelte mit und innerhalb der Vertretungsmacht kraft Rechtsschein.

#### d) Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen der §§ 164 ff BGB analog liegen vor. Das objektiv unberechtigte Nacherfüllungsverlangen des A ist der X-OHG zurechenbar. Somit hat die X-OHG eine Schutzpflicht i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB verletzt.

### III. Vertretenmüssen

Das Weiterm müsste die X-OHG das unberechtigte Nacherfüllungsverlangen auch zu vertreten haben, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB. Der Schuldner hat nach § 276 Abs. 1 S. 1 BGB grundsätzlich Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Gesellschaften sind selbst nicht handlungsfähig<sup>23</sup>; möglicherweise muss sich die X-OHG aber ein Verschulden des A nach § 278 S. 1 BGB zurechnen lassen. Hierzu müsste A Erfüllungsgehilfe der X-OHG gewesen sein. Erfüllungsgehilfe ist, wer mit Wissen und Wollen des Schuldners bei Erfüllung einer ihm obliegenden Verbindlichkeit als seine Hilfsperson tätig wird.<sup>24</sup> A ist Angestellter bei der X-OHG und wird somit in deren Pflichtenkreis tätig; A ist somit Erfüllungsgehilfe der X-OHG. Fraglich ist jedoch, ob A

<sup>20</sup> Bei der Duldungsvollmacht ist die Einordnung als Rechtsscheinvollmacht umstritten, vgl. Köhler, BGB AT, 40. Aufl. (2016), § 11 Rn 43; Ellenberger, in: Palandt, 75. Aufl. (2016), § 172 BGB Rn 8.

<sup>21</sup> Merkle, in: Gsell/Krüger/Lorenz, Grosskommentar BGB, § 631 Rn 363; Schubert, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2016), § 167 Rn 102.

<sup>22</sup> BGH NZG 2012, 916 (917); NJW 2011, 2421 (2422); Schubert, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2016), § 167 Rn 107.

<sup>23</sup> Ulmer/Schäfer, MüKo-BGB, 6. Aufl. (2013), § 705 Rn. 255; Ellenberger, in: Palandt BGB, 75. Aufl. (2016), Überbl. V. § 1 Rn. 3.

<sup>24</sup> BGHZ 13, 111 (113); Unberath, in: Bamberger/Roth, BGB, 41. Edition (2016), § 278 Rn. 11.

fahrlässig gehandelt hat, also das Nichtvorliegen eines Mangels bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen können (§ 276 II BGB). Dies hängt von dem anzuwendenden Fahrlässigkeitsmaßstab ab. Der Sorgfaltsmaßstab darf im Falle des Nacherfüllungsverlangens nicht zu hoch angesetzt werden, um die Gewährleistungsrechte des Käufers nicht durch ein drohendes Haftungsrisiko zu entwerten.<sup>25</sup> Aus diesem Grund verlangt der BGH und die hL., dass der Käufer lediglich im Rahmen seiner Möglichkeiten sorgfältig überprüfen muss, ob die gerügte Erscheinung auf eine Ursache zurückzuführen ist, die nicht dem Verantwortungsbereich des Verkäufers zuzuordnen ist.<sup>26</sup> Vorliegend hat A die Hardwareanforderungen der Software nicht mit der Hardware der X-OHG abgeglichen, bevor er Nacherfüllung von B verlangt hat. Es muss aber sogar Laien bekannt sein, dass Software nur mit bestimmter Hardware kompatibel ist. Aus diesem Grund hat A zumindest fahrlässig verkannt, dass die Software nicht mangelhaft ist, sondern die Ursache für deren Funktionsuntüchtigkeit dem Verantwortungsbereich der X-OHG zuzurechnen ist. A handelte somit fahrlässig (§ 276 II BGB), dies muss sich die X-OHG auch gem. § 278 BGB zurechnen lassen.

#### IV. Schaden

Ferner müsste B ein kausaler Schaden entstanden sein; dieser berechnet sich nach der Differenzhypothese (§ 249 Abs. 1 BGB). Der Schaden könnte vorliegend in den Anfahrtkosten und den Arbeitsstunden in Höhe von 160 Euro zu erblicken sein. Diese Aufwendungen wären dann als kausaler Schaden zu qualifizieren, wenn B sich durch das unberechtigte Nacherfüllungsverlangen des A veranlasst und oder herausgefordert sehen musste.<sup>27</sup> Vorliegend wurde B von der X-OHG (vertreten durch A) zur Nacherfüllung aufgefordert. Hierbei musste B auch davon ausgehen, dass dieses Nacherfüllungsverlangen berechtigt ist. Aufgrund dieser potentiellen Verpflichtung zur Nacherfüllung durfte er sich daher herausgefordert fühlen, einen Mitarbeiter zu entsenden um die Kaufsache auf mögliche Mängel zu untersuchen. Folglich stellen die Anfahrtkosten und Arbeitsstunden, die zur Untersuchung des Mangels aufgewendet wurden, in Höhe von 160 Euro einen kausalen und somit ersatzfähigen Schaden dar.

#### V. Ergebnis

Der B hat gegen die X-OHG einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 160 Euro gem. § 280 I BGB. (a.A. vertretbar)

### ► Inhaltsverzeichnis

<sup>25</sup> BGH NJW 2008, 1147 (1148); *Looschelders/Makowsky*, JuS 2016, 441 (445); *Thole*, AcP 209 (2009), 498 (501).

<sup>26</sup> BGH NJW 2008, 1147 (1148); BGH NJW 2009, 1262; *Medicus/Lorrenz*, SchuldR II, 17. Aufl. (2014), Rn. 145; *Looschelders*, SchuldR BT, 11. Aufl. (2016), Rn. 98a.

<sup>27</sup> *Grüneberg*, in: Palandt BGB, 75. Aufl. (2016), Vorb. § 249 Rn. 44; *Looschelders/Makowsky*, JuS 2016, 441 (445)





# KÖPFE

# GESUCHT

Referendare und Praktikanten  
[www.tsp-law.com/karriere](http://www.tsp-law.com/karriere)

Thümmel, Schütze & Partner  
RECHTSANWÄLTE

Stuttgart | Berlin | Dresden | Frankfurt | Brüssel | Singapur

## RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Bundesarbeitsgericht/Bundesgerichtshof

### Rechtsweg bei Streit um Geschäftsführeranstellung und Vertretung einer GmbH im Prozess gegen ihren ehemaligen Geschäftsführer

Beschluss vom 26. Oktober 2012 – 10 AZB 55/12, und

Beschluss vom 22. März 2016 – II ZR 253/15,

**1. Wird ein Arbeitnehmer zum Geschäftsführer bestellt, ohne dass das bisherige Arbeitsverhältnis aufgehoben oder geändert wird, sind für einen Rechtsstreit über das Bestehen des Beschäftigungsverhältnisses die ordentlichen Gerichte zuständig.**

(Leitsatz des Bearbeiters)

**2. Solange die Gesellschafterversammlung keinen besonderen Vertreter bestellt, wird die GmbH vorbehaltlich einer anders lautenden Satzungsbestimmung im Prozess mit ihren gegenwärtigen oder ausgeschiedenen Geschäftsführern durch einen oder mehrere bereits zuvor oder neu bestellte (weitere) Geschäftsführer vertreten.**

(Leitsatz des Bearbeiters)

#### A) Sachverhalt<sup>1</sup>

K wurde von der Firma D GmbH mit Sitz in Zweibrücken aufgrund Anstellungsvertrags vom 6./28. Februar 2001 zum 1. März 2001 eingestellt und übernahm zum 1. April 2001 die Leitung „Personal“ für den Geschäftszweig „Fahrzeugkrane“.

Mit Gesellschafterbeschluss vom 29. Februar 2008 wurde K zum Geschäftsführer der D GmbH bestellt, was am 6. Mai 2008 im Handelsregister eingetragen wurde. Zuletzt erhielt K ein Brutto-Monatsgehalt in Höhe von EUR 13.360.

Mit Schreiben vom 14. Dezember 2011, das K am 19. Dezember 2011 zugegangen war, wurde das „Geschäftsführeranstellungsverhältnis sowie sämtliche etwaigen weiteren Vertragsverhältnisse außerordentlich fristlos und hilfsweise ordentlich unter Einhaltung der geltenden Kündigungsfrist zum nächstmöglichen Termin“ gekündigt. Zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung war K einzelvertretungsberechtigter und vom Verbot des Selbstkontrahierens befreiter (Mit-)Geschäftsführer der D GmbH. Durch Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 16. Januar 2012 wurde K als Geschäftsführer abberufen. Seine Eintragung als Geschäftsführer der D GmbH im Handelsregister wurde am 26. Januar 2012 gelöscht.

Mit seiner durch einen Rechtsanwalt ordnungsgemäß eingereichten und beim Arbeitsgericht am 30. Dezember 2011 eingegangenen Kündigungsschutzklage, die der D GmbH, vertreten durch ihren Geschäftsführer B, am 11. Januar 2012 zugestellt worden ist, wendet sich K gegen die außerordentliche, hilfsweise ordentliche Kündigung seines Beschäftigungsverhältnisses.

<sup>1</sup> Vereinfacht übernommen aus OLG Zweibrücken, Urt. v. 29. Juli 2015 – 1 U 194/13 = BeckRS 2015, 16531.

Ist das Arbeitsgericht für diesen Rechtsstreit zuständig? Welche Entscheidung muss das Arbeitsgericht treffen, falls es nicht zuständig ist? Ist die Klage im Übrigen zulässig und kann hierüber eine gerichtliche Entscheidung getroffen werden?

#### B) Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten

Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. a) und b) ArbGG sind die Gerichte für Arbeitssachen ausschließlich zuständig für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern aus dem Arbeitsverhältnis und über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Arbeitsverhältnisses.

#### I. Arbeitnehmereigenschaft von K

Da K zuletzt als Geschäftsführer der D GmbH beschäftigt war, aber auch ein Anstellungsvertrag zwischen K und der D GmbH bestand, ist fraglich ob K als Arbeitnehmer gilt.

Gemäß § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG gilt nicht als Arbeitnehmer, wer kraft Gesetzes, Satzung oder Gesellschaftsvertrags allein oder als Mitglied des Vertretungsorgans zur Vertretung einer juristischen Person oder Personengesamtheit berufen ist.

Als Geschäftsführer war K gemäß § 35 Abs. 1 Satz 1 GmbHG zur Vertretung der D GmbH berufen. Stellt man auf die Geschäftsführereigenschaft des K ab, würde K zum Zeitpunkt seiner Kündigung und Abberufung nicht als Arbeitnehmer gelten und der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten wäre nicht eröffnet.

Da der Anstellungsvertrag vom 6./28. Februar 2001 zwischen K und der D GmbH im Rahmen der Bestellung von K zum Geschäftsführer nicht aufgehoben oder abgeändert wurde, bestand dieser bei formaler Betrachtung unverändert weiter. Angesichts dessen könnte K zum Zeitpunkt seiner Kündigung und Abberufung zumindest auch als Arbeitnehmer zu qualifizieren sein.

Dass neben der Bestellung einer Person zum Geschäftsführer ein Vertrag über die Tätigkeit für die betreffende Gesellschaft besteht, ist indes völlig üblich.

Die Bestellung zum Geschäftsführer begründet ein organschaftliches Verhältnis zwischen dem Geschäftsführer und der juristischen Person, für die er handelt. Inhalt des organschaftlichen Verhältnisses ist, dass der Geschäftsführer die juristische Person vertreten kann sowie den gesetzlichen und satzungsmäßigen Pflichten eines Geschäftsführers unterliegt. Die Bedingungen, zu denen der Geschäftsführer beschäftigt wird, insbesondere das Gehalt, werden in der Regel in einem gesonderten Geschäftsführerdienstvertrag zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsführer vereinbart.

Die Organfunktion und das Dienstverhältnis des Geschäftsführers sind streng voneinander zu trennen.<sup>2</sup> Dabei berührt der Widerruf der Bestellung das Anstellungsverhältnis ebenso wenig wie umgekehrt die Kündigung des Anstellungsvertrags die Bestellung.<sup>3</sup>

Die Organstellung des Geschäftsführers kann gemäß § 38 Abs. 1 GmbHG grundsätzlich jederzeit ohne besonderen Grund widerrufen werden. Für Geschäftsführerdienstverträge gelten grundsätzlich die §§ 611 ff. BGB, die üblicherweise für eine bestimmte Zeit abgeschlossen werden. Während die Organstellung des Geschäftsführers einerseits jederzeit widerrufen werden kann, kann der befristete Geschäftsführerdienstvertrag andererseits gemäß §§ 620 Abs. 2, 626 BGB nur aus wichtigem Grund vor Ablauf der Vertragslaufzeit gekündigt werden.

K und die D GmbH haben hier allerdings keinen gesonderten Geschäftsführerdienstvertrag geschlossen. Der ursprüngliche Anstellungsvertrag blieb infolge der Geschäftsführerbestellung des K unverändert. Hierbei handelte es sich aber um einen Arbeitsvertrag, der parallel zum organschaftlichen Verhältnis zwischen K und der D GmbH bestand. Da sich die Klage des K somit auch gegen die Beendigung seines ursprünglichen Arbeitsvertrags richtet, spricht dies für eine Eröffnung des Rechtswegs zu den Arbeitsgerichten.

Anderer Ansicht das BAG:

„[12] a) Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 ArbGG sind Arbeitnehmer Arbeiter und Angestellte sowie die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten. Nach § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG gelten jedoch in Betrieben einer juristischen Person oder einer Personengesamtheit Personen nicht als Arbeitnehmer, die kraft Gesetzes, Satzung oder Gesellschaftsvertrag allein oder als Mitglieder des Vertretungsorgans zur Vertretung der juristischen Person oder der Personengesamtheit berufen sind. Für einen Rechtsstreit zwischen dem Vertretungsorgan und der juristischen Person sind nach dieser gesetzlichen Fiktion die Gerichte für Arbeitssachen nicht berufen. Die Fiktion der Norm gilt auch für das der Organstellung zugrunde liegende Rechtsverhältnis. Sie greift unabhängig davon ein, ob das der Organstellung zugrunde liegende Rechtsverhältnis materiellrechtlich als freies Dienstverhältnis oder als Arbeitsverhältnis ausgestaltet ist. Auch wenn ein Anstellungsverhältnis zwischen der juristischen Person und dem Mitglied des Vertretungsorgans wegen dessen starker interner Weisungsabhängigkeit als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist und deshalb materielles Arbeitsrecht zur Anwendung kommt, sind zur Entscheidung eines Rechtsstreits aus dieser Rechtsbeziehung die ordentlichen Gerichte berufen (BAG 15. März 2011 - 10 AZB 32/10 - Rn. 11, = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 44; 3. Februar 2009 - 5 AZB 100/08 - Rn. 8, = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 43; 20. August 2003 - 5 AZB 79/02 - zu B 12 bis 4 der Gründe, BAGE 107, 165). An der Unzuständigkeit der Arbeitsgerichte ändert es nichts, wenn zwischen den Prozessparteien streitig ist, wie das Anstellungsverhältnis zu qualifizieren ist (BAG 6. Mai 1999 - 5 AZB 22/98 - zu II 3 b der Gründe, = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 33). § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG greift sogar ein, wenn objektiv feststeht, dass das

Anstellungsverhältnis ein Arbeitsverhältnis ist. Die Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG soll sicherstellen, dass die Mitglieder der Vertretungsorgane mit der juristischen Person selbst dann keinen Rechtsstreit im „Arbeitgeberlager“ vor dem Arbeitsgericht führen, wenn die der Organstellung zugrunde liegende Beziehung als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist (BAG 20. August 2003 - 5 AZB 79/02 - zu B 13 der Gründe, a. a. O.). Für Ansprüche der Klagepartei aus dem der Geschäftsführertätigkeit zugrunde liegenden Vertrag sind deshalb die ordentlichen Gerichte ohne Weiteres zuständig (vgl. BAG 20. Mai 1998 - 5 AZB 3/98 - zu II 1 der Gründe, NZA 1998, 1247).“

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der Anstellungsvertrag zwischen K und der D GmbH bereits vor der Bestellung des K zum Geschäftsführer bestand. Dies spricht dafür, dass er entsprechend den Ausführungen des BAG der Geschäftsführertätigkeit des K gerade nicht zugrunde lag.

Hierzu das BAG:

„[13] b) Anders kann es jedoch dann liegen, wenn und soweit der Rechtsstreit nicht das der Organstellung zugrunde liegende Rechtsverhältnis betrifft, sondern eine weitere Rechtsbeziehung besteht. Insoweit greift die Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG nicht ein (BAG 23. August 2011 - 10 AZB 51/10 - Rn. 13, = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 46; 15. März 2011 - 10 AZB 32/10 - Rn. 11, = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 44; 3. Februar 2009 - 5 AZB 100/08 - Rn. 8, = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 43). Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der Organvertreter Rechte auch mit der Begründung geltend macht, nach der Abberufung als Geschäftsführer habe sich das nicht gekündigte Anstellungsverhältnis - wieder - in ein Arbeitsverhältnis umgewandelt (BAG 6. Mai 1999 - 5 AZB 22/98 - zu II 3 c der Gründe, = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 33).

[14] c) Eine Zuständigkeit der Arbeitsgerichte kann ferner dann gegeben sein, wenn die Klagepartei Ansprüche aus einem auch während der Zeit als Geschäftsführer nicht aufgehobenen Arbeitsverhältnis nach Abberufung als Organmitglied geltend macht. Zwar liegt der Berufung eines Arbeitnehmers zum Geschäftsführer einer GmbH eine vertragliche Abrede zugrunde, die regelmäßig als ein Geschäftsführerdienstvertrag zu qualifizieren ist und mit der das Arbeitsverhältnis grundsätzlich aufgehoben wird (vgl. bspw. BAG 3. Februar 2009 - 5 AZB 100/08 - Rn. 8, = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 43; 5. Juni 2008 - 2 AZR 754/06 - Rn. 23; 19. Juli 2007 - 6 AZR 774/06 - Rn. 10, BAGE 123, 294). Zwingend ist dies aber nicht. Zum einen kann die Bestellung zum Geschäftsführer einer GmbH auch auf einem Arbeitsvertrag beruhen. Zum anderen bleibt der Arbeitsvertrag bestehen, wenn der Arbeitnehmer aufgrund einer formlosen Abrede zum Geschäftsführer der GmbH bestellt wird, da eine wirksame Aufhebung des früheren Arbeitsverhältnisses die Einhaltung der Schriftform des § 623 BGB voraussetzt (vgl. BAG 15. März 2011 - 10 AZB 32/10 - Rn. 12, = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 44; 3. Februar 2009 - 5 AZB 100/08 - Rn. 8, a. a. O.). Ansprüche aus diesem Arbeitsvertrag können dann nach Abberufung aus der Organschaft und damit nach dem Wegfall der Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG vor den Gerichten für Arbeitssachen geltend gemacht werden. Dies gilt auch für die während der Zeit der Geschäftsführerbestellung auf dieser arbeitsvertraglichen Basis entstandenen Ansprüche (BAG 29. Mai 2012 - 10 AZB 3/12 - Rn. 13).“

<sup>2</sup> Trennungsprinzip, vgl. Henssler, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2016), § 626, Rn. 29.

<sup>3</sup> Henssler, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2016), § 626, Rn. 29, m.w.N.

Nach diesen Ausführungen wären die Gerichte für Arbeitssachen für den vorliegenden Rechtsstreit zuständig, sofern das Anstellungsverhältnis durch die Geschäftsführertätigkeit des K beendet wurde oder ruhte und nach seiner Abberufung wieder aufgelebt wäre.

Hierzu das BAG:

„[19] cc) Mit dem Abschluss des Geschäftsführerdienstvertrags wird zwar [...] regelmäßig das bisherige Arbeitsverhältnis des angestellten Mitarbeiters aufgehoben (BAG 19. Juli 2007 - 6 AZR 774/06 - Rn. 10, BAGE 123, 294; 5. Juni 2008 - 2 AZR 754/06 - Rn. 23; 3. Februar 2009 - 5 AZB 100/08 - Rn. 8, = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 43). Nach dem Willen der vertragsschließenden Parteien soll neben dem neu abgeschlossenen Dienstverhältnis kein „ruhendes“ Arbeitsverhältnis fortbestehen, das nach der Abberufung als Geschäftsführer ggf. wieder auflebt. [K und die D GmbH haben aber] gerade keinen Geschäftsführerdienstvertrag abgeschlossen, sondern die schuldrechtliche Grundlage ihrer Vertragsbeziehung nur in Teilen stillschweigend angepasst und im Übrigen unangestastet gelassen. Der ursprüngliche Vertrag bildete damit die Grundlage der Geschäftsführertätigkeit des [K].“ [...]

[21] b) Dass das der Geschäftsführertätigkeit zugrunde liegende Rechtsverhältnis damit womöglich auch während der Zeit der Geschäftsführerbestellung ein Arbeitsverhältnis war, ist [...] für die Frage der Zuständigkeit im Streitfall nicht maßgeblich. Wie ausgeführt, greift § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG auch dann ein, wenn objektiv feststeht, dass das Anstellungsverhältnis ein Arbeitsverhältnis ist (BAG 6. Mai 1999 - 5 AZB 22/98 - zu II 3 b der Gründe, = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 33). Das gilt uneingeschränkt so lange, wie die Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG gilt, also bis zur Eintragung der Abberufung als Geschäftsführer.“

K war zum Zeitpunkt der Erhebung der Kündigungsschutzklage am 11. Januar 2012 noch als Geschäftsführer der D GmbH im Handelsregister eingetragen. Die Löschung von K als Geschäftsführer im Handelsregister erfolgte erst am 26. Januar 2012.

K galt hiernach zum Zeitpunkt der Klageerhebung nicht als Arbeitnehmer.

Dabei scheint das BAG allerdings zu übersehen, dass der Widerruf einer Geschäftsführerbestellung bereits mit Fassung des Abberufungsbeschlusses und Kundgabe gegenüber dem Abzuberufenden wirksam wird.<sup>4</sup> Der Löschung der Geschäftsführerbestellung bedarf es für die Wirksamkeit der Abberufung nicht.<sup>5</sup>

Stellt man dementsprechend auf den Zugang des Abberufungsbeschlusses ab, greift die Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG auch ein. Denn K wurde erst am 16. Januar 2012 abberufen, während ihm die fristlose Kündigung des Beschäftigungsverhältnisses bereits am 19. Dezember 2011 zugegangen war.

Somit sind die Gerichte für Arbeitssachen für den vorliegenden Rechtsstreit nicht zuständig

<sup>4</sup> Vgl. Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, 21. Aufl. (2017), GmbHG, § 38, Rn. 42; Stephan/Tieves, in: MüKo-GmbHG, 2. Aufl. (2016), § 38, Rn. 41.

<sup>5</sup> Vgl. Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, 21. Aufl. (2017), GmbHG, § 38, Rn. 99; Stephan/Tieves, in: MüKo-GmbHG, 2. Aufl. (2016), § 38, Rn. 41.

## II. Entscheidung des Arbeitsgerichts

Bei der Rechtswegzuständigkeit handelt es sich um eine Sachentscheidungsvoraussetzung, die das Arbeitsgericht von Amts wegen zu prüfen hat.<sup>6</sup>

Ist der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten nicht eröffnet, hat das Arbeitsgericht den Rechtsstreit gemäß § 17a Abs. 2 GVG von Amts wegen an das zuständige Gericht zu verweisen.

Das Arbeitsgericht hat somit zu prüfen, welches Gericht für den Rechtsstreit zuständig ist.

### 1. Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten

Gemäß § 13 GVG gehören vor die ordentlichen Gerichte die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, die Familiensachen und die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Zivilsachen) sowie die Strafsachen, für die nicht entweder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist oder auf Grund von Vorschriften des Bundesrechts besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind.

Da die Natur des Rechtsverhältnisses zwischen K und der D GmbH zivilrechtlicher Art ist, sind für den vorliegenden Rechtsstreit die Zivilgerichte zuständig.

### 2. Sachliche Zuständigkeit

Mangels einer Sonderzuständigkeit richtet sich die sachliche Zuständigkeit nach den allgemeinen Bestimmungen.

Gemäß §§ 23 Nr. 1, 71 Abs. 1 GVG sind die Amtsgerichte für Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von EUR 5.000 und bei einem Streitwert von über EUR 5.000 die Landgerichte zuständig.

Die Berechnung des Zuständigkeitsstreitwerts bestimmt sich nach § 9 ZPO.<sup>7</sup> Danach würde der Streitwert das Dreieinhalbfache der Jahresvergütung des K, somit EUR 561.120 (13.360 x 12 x 3,5), betragen.<sup>8</sup>

Somit ist das Landgericht sachlich zuständig.

### 3. Örtliche Zuständigkeit

Eine juristische Person kann an ihrem allgemeinen Gerichtsstand gemäß § 17 Abs. 1 ZPO verklagt werden, sofern kein ausschließlicher besonderer Gerichtsstand begründet ist.

Da ein abweichender ausschließlicher Gerichtsstand nicht ersichtlich ist, ist das Landgericht Zweibrücken örtlich zuständig.

### 4. Beschlusstenor

Da der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten vorliegend nicht eröffnet ist, hat das Arbeitsgericht gemäß § 17a Abs. 2 Satz 1 GVG folgenden Beschluss zu fassen:

Der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten ist unzulässig; der Rechtsstreit wird an das zuständige Landgericht Zweibrücken verwiesen.

<sup>6</sup> Clemens, in: BeckOK Arbeitsrecht, 41. Ed. (01.09.2016), ArbGG, § 2, Rn. 2.

<sup>7</sup> Vgl. Heinrich, in: Musielak/Voit, ZPO, 13. Aufl. (2016), § 9, Rn. 2.

<sup>8</sup> AA. wohl: H. Fischer, in: MünchHdb GesR, Bd. 7, 5. Aufl. (2016), § 18, Rn. 11, mwN., der § 42 Abs. 1 GKG anwendet und den Streitwert anhand des dreifachen Betrag der Jahresvergütung berechnet.

### C) Zulässigkeit der Klage

Die Verweisung eines Rechtsstreits ist für das Gericht, an das der Rechtsstreit verwiesen wurde, gemäß § 17a Abs. 2 Satz 3 GVG nur hinsichtlich des Rechtswegs bindend.

Das heißt, dass das Landgericht von Amts wegen prüfen muss, ob die Klage im Übrigen zulässig ist.<sup>9</sup>

Das Landgericht Zweibrücken hat somit zu prüfen, ob die Klage ordnungsgemäß erhoben wurde und die Sachentscheidungsvoraussetzungen betreffend das Gericht, die Parteien sowie den Streitgegenstand vorliegen.

#### I. Ordnungsgemäße Klageerhebung

Ausweislich des Sachverhalts wurde die Klage ordnungsgemäß erhoben (zu den Formalien siehe § 253 ZPO).

#### II. Gerichtsbezogene

##### Sachentscheidungsvoraussetzungen

Bei den Sachentscheidungsvoraussetzungen betreffend das Gericht handelt es sich um den Rechtsweg, die internationale Zuständigkeit, die sachliche Zuständigkeit und die örtliche Zuständigkeit.

In Bezug auf den Rechtsweg liegt aufgrund des Verweisungsbeschlusses des Arbeitsgerichts eine für das Landgericht Zweibrücken gemäß § 17a Abs. 2 Satz 3 GVG bindende Entscheidung vor.

Das Landgericht Zweibrücken ist auch sachlich und örtlich zuständig (s.o. A) II. 1. und 2.).

Die internationale Zuständigkeit ergibt sich in der Regel aus der örtlichen Zuständigkeit.<sup>10</sup> Da ein internationaler Anknüpfungspunkt hier nicht ersichtlich ist, bestehen an der Zuständigkeit des Landgerichts Zweibrücken auch insoweit keine Zweifel.

Vorliegend ist die Zivilkammer durch eines ihrer Mitglieder als Einzelrichter gemäß § 348 Abs. 1 ZPO zuständig.

#### III. Parteibezogene

##### Sachentscheidungsvoraussetzungen

Ferner hat das Gericht als parteibezogene Sachentscheidungsvoraussetzungen die Parteifähigkeit, die Prozessfähigkeit bzw. die ordnungsgemäße gesetzliche Vertretung der Parteien sowie ihre Prozessführungsbefugnis zu prüfen.<sup>11</sup>

##### 1. Parteifähigkeit

Gemäß § 50 Abs. 1 ZPO ist parteifähig, wer rechtsfähig ist.

K ist als natürliche Person parteifähig; die D GmbH als juristische Person gemäß § 13 Abs. 1 GmbHG.

##### 2. Prozessfähigkeit

Die Prozessfähigkeit ist die Fähigkeit, Prozesshandlungen selbst oder durch selbst bestellte Vertreter wirksam vorzunehmen oder entgegenzunehmen.<sup>12</sup>

Gemäß §§ 51 Abs. 1, 52 Abs. 1 ZPO ist prozessfähig, wer geschäftsfähig ist.

Juristische Personen müssen im Zivilprozess von ihren gesetzlichen Vertretern vertreten werden.<sup>13</sup>

Eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung wird gemäß § 35 Abs. 1 GmbHG durch ihre Geschäftsführer gerichtlich und außergerichtlich vertreten.

Da die Klage des K gegen die D GmbH, vertreten durch ihren Geschäftsführer, gerichtet ist, wäre die D GmbH danach wirksam vertreten.

Gemäß § 46 Nr. 8 Alt. 2 GmbHG haben allerdings die Gesellschafter darüber zu entscheiden, wer die Gesellschaft in einem Prozess gegen ihre Geschäftsführer vertritt.

Die Gesellschafter der D GmbH haben mangels Angaben im Sachverhalt vorliegend keinen Beschluss über die Vertretung gefasst. Auch gibt es keine Satzungsregelung hierzu.

Insoweit ist fraglich, ob die D GmbH auch in dem Prozess gegen K als ihrem ehemaligen Geschäftsführer von den verbliebenen weiteren Geschäftsführern vertreten werden kann.

Der BGH setzt sich dabei zunächst mit der Frage der Anwendbarkeit von § 46 Nr. 8 Alt. 2 GmbHG auseinander:

*„(1) Nach § 46 Nr. 8 Alt. 2 GmbHG unterliegt die Vertretung der Gesellschaft in Prozessen, welche sie gegen die Geschäftsführer zu führen hat, der Bestimmung der Gesellschafterversammlung. Die Vorschrift gilt sowohl für den Aktiv- als auch für den vorliegenden Passivprozess der Gesellschaft (vgl. BGH, Urteil vom 6. März 2012 - II ZR 76/11, ZIP 2012, 824 Rn. 12; Urteil vom 16. Dezember 1991 - II ZR 31/91, BGHZ 116, 353, 355) sowie für Prozesse mit ausgeschiedenen Geschäftsführern (BGH, Urteil vom 6. März 2012 - II ZR 76/11, ZIP 2012, 824 Rn. 12). Sie soll die unvor-  
eingenommene Prozessführung für die Gesellschaft in Rechtsstreitigkeiten sicherstellen, in denen regelmäßig die Gefahr besteht, dass die nach § 35 GmbHG an sich zur Vertretung der Gesellschaft berufenen Geschäftsführer befangen sind (BGH, Urteil vom 6. März 2012 - II ZR 76/11, ZIP 2012, 824 Rn. 12; Urteil vom 16. Dezember 1991 - II ZR 31/91, BGHZ 116, 353, 355; Urteil vom 20. Januar 1986 - II ZR 73/85, BGHZ 97, 28, 35).“*

Da die Gesellschafter keinen entsprechenden Beschluss gefasst haben, würde die ratio des § 46 Nr. 8 GmbHG gegen eine wirksame Vertretung der D GmbH durch ihren Geschäftsführer sprechen.

Hierzu der BGH:

*„(2) Solange die Gesellschafterversammlung von ihrer Befugnis nach § 46 Nr. 8 Alt. 2 GmbHG, einen besonderen Vertreter zu bestellen, keinen Gebrauch macht, wird die GmbH nach der Senatsrechtsprechung vorbehaltlich einer die Vertretungsbefugnis anders regelnden Satzungsbestimmung im Prozess mit ihren gegenwärtigen oder ausgeschiedenen Geschäftsführern durch einen oder mehrere bereits zuvor oder neu bestellte (weitere) Geschäftsführer vertreten; eines entsprechenden (zumindest*

<sup>9</sup> Vgl. Wittschier, in: Musielak/Voit, ZPO, 13. Aufl. (2016), § 17a GVG, Rn. 8, mwN.

<sup>10</sup> Vgl. BGH NJW 1985, 2090.

<sup>11</sup> Foerste, in: Musielak/Voit, ZPO, 13. Aufl. (2016), Vorbem. § 253, Rn. 4b.

<sup>12</sup> Weth, in: Musielak/Voit, ZPO, 13. Aufl. (2016), § 51, Rn. 1.

<sup>13</sup> Weth, in: Musielak/Voit, ZPO, 13. Aufl. (2016), § 51, Rn. 6

stillschweigend gefassten) Beschlusses der Gesellschafterversammlung bedarf es für die Fortdauer der Vertretungsbefugnis der (anderen) Geschäftsführer nicht (vgl. BGH, Urteil vom 26. Oktober 1981 – II ZR 72/81, WM 1981, 1353, 1354; Urteil vom 24. Februar 1992 – II ZR 79/91, ZIP 1992, 760, 761; Urteil vom 24. Oktober 2005 – II ZR 55/04, ZIP 2005, 2255 Rn. 10; Urteil vom 6. März 2012 – II ZR 76/11, ZIP 2012, 824 Rn. 12; Beschluss vom 2. Februar 2016 – II ZB 2/15, juris Rn. 13).“

Dem ist entgegenzuhalten, dass dem Sinn und Zweck von § 46 Nr. 8 GmbHG, eine unvoreingenommene Prozessführung für die Gesellschaft sicherzustellen, am besten entsprochen wird, wenn die Vertretungsmacht der Geschäftsführer automatisch entfällt.

Hierzu der BGH:

„(3) Die gegenteilige Ansicht der Revision, wonach die übrigen Geschäftsführer auch bei bloßer Untätigkeit der Gesellschafterversammlung ihre organschaftliche Vertretungsmacht verlieren sollen, schränkt die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft über den von § 46 Nr. 8 Alt. 2 GmbHG angestrebten Zweck hinaus ein. Bei einem Prozess der Gesellschaft mit einem (noch bestellten oder ausgeschiedenen) Geschäftsführer wird zwar nicht selten die Gefahr bestehen, dass die übrigen Geschäftsführer die Interessen der Gesellschaft nicht unvoreingenommen und mit dem nötigen Nachdruck wahrnehmen werden. Dies kann gerade bei Prozessen gegen ausgeschiedene Geschäftsführer aber auch anders sein und insbesondere nach einem Wechsel in der Geschäftsführung wird eine Voreingenommenheit der Geschäftsführer regelmäßig nicht zu befürchten sein. § 46 Nr. 8 Alt. 2 GmbHG überlässt es der Entscheidung der Gesellschafterversammlung, ob sie die Gesellschaft durch die bestellten Geschäftsführer als ausreichend vertreten ansieht oder die Bestellung eines geeigneten besonderen Vertreters für erforderlich hält. Sieht sie davon ab, dann bleibt es bei der Vertretungsbefugnis der (anderen) Geschäftsführer (BGH, Urteil vom 24. Februar 1992 – II ZR 79/91, ZIP 1992, 760, 761).“

(4) Das neuere Schrifttum teilt für den Rechtsstreit der GmbH mit einem ausgeschiedenen Geschäftsführer über das Fortbestehen seines Anstellungsverhältnisses die Auffassung des Senats, dass die Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer auch ohne einen dahingehenden Beschluss der Gesellschafterversammlung andauert (vgl. Gehle in Born/Ghassemi-Tabar/Gehle, MünchHdBGesR VII, 5. Aufl., § 9 Rn. 113; Heybrock/Theiselmann, GmbHG, 2. Aufl., § 46 Rn. 75; Hüffer/Schürnbrand in Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, 2. Aufl., § 46 Rn. 124; Koppens-teiner/Gruber, in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 5. Aufl., § 46 Rn. 46; Masuch in Bork/Schäfer, GmbHG, 3. Aufl., § 46 Rn. 35; Mollenkopf in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., § 46 GmbHG Rn. 46; MünchKommGmbHG/Liebscher, 2. Aufl., § 46 Rn. 288; Roth in Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl., § 46 Rn. 55, 57; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 11. Aufl., § 46 Rn. 164; Teichmann in Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, 2. Aufl., § 46 Rn. 55; Wicke, GmbHG, 3. Aufl., § 46 Rn. 20). Soweit teilweise verlangt wird, der Geschäftsführer sei im Innenverhältnis verpflichtet, die Gesellschafterversammlung in Kenntnis zu setzen, oder in § 46 Nr. 8 Alt. 2 GmbHG eine gesellschaftsinterne Schranke für eine eigenmächtige Inanspruchnahme der Vertretung in Prozessen mit Geschäftsführern durch andere Geschäfts-

führer gesehen wird, lässt diese Auffassung die Außenvertretungsmacht des Geschäftsführers hiervon unberührt (vgl. Zöllner in Baumbach/Hueck, 20. Aufl., § 46 Rn. 68; wohl auch Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl., § 46 Rn. 42 a.E.). Die Fortdauer der Außenvertretungsmacht der Geschäftsführer bei fehlender Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung nach § 46 Nr. 8 Alt. 2 GmbHG ist weiterhin unabhängig davon, dass für die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen Geschäftsführer als sachliche Klagevoraussetzung gemäß § 46 Nr. 8 Alt. 1 GmbHG ein Gesellschafterbeschluss erforderlich ist (vgl. BGH, Beschluss vom 26. November 2007 – II ZR 161/06, ZIP 2008, 117 f.).“

Im Passivprozess mit dem (ehemaligen) Geschäftsführer ist zudem zu berücksichtigen, dass der (ehemalige) Geschäftsführer, wenn die Gesellschafter einen Beschluss gemäß § 46 Nr. 8 Alt. 2 GmbHG nicht fassen, das Risiko zu tragen hätte, die Gesellschaft aufgrund eines Vertretungsmangels nicht verklagen zu können.

Damit könnten die Gesellschafter sich auch einer berechtigten Inanspruchnahme durch ihren ehemaligen Geschäftsführer entziehen. Zum Schutz der klagenden Geschäftsführer müsste dann in Erwägung gezogen werden, dass die Gesellschaft mangels anderweitiger Beschlussfassung gemäß § 35 Abs. 1 Satz 2 GmbHG durch ihre Gesellschafter vertreten wird oder vom zuständigen Registergericht ein Notgeschäftsführer zu bestellen ist.<sup>14</sup>

Mit den Erwägungen des BGH gibt es aber kein berechtigtes Bedürfnis von den allgemeinen Vertretungsregeln des § 35 Abs. 1 Satz 1 GmbHG abzuweichen, solange die Gesellschafter über die Vertretung der Gesellschaft nicht anderweitig entschieden haben.

Die D GmbH ist in dem Prozess mit K somit wirksam durch ihren Geschäftsführer vertreten.

### 3. Prozessführungsbefugnis

Prozessführungsbefugt ist, wer ein behauptetes Recht als eigenes in Anspruch nimmt.<sup>15</sup>

K macht vorliegend eigene Rechte aus dem Beschäftigungsverhältnis mit der D GmbH geltend, so dass er prozessführungsbefugt ist

### 4. Postulationsfähigkeit

Postulationsfähigkeit ist die Fähigkeit, dem prozessualen Handeln die rechtserhebliche Erscheinungsform zu geben. Sie ist erforderlich, um in eigener Person verhandeln und im Prozess wirksam Erklärungen abgeben zu können.<sup>16</sup>

In Gerichtsverfahren, bei denen Anwaltszwang besteht, ist nicht die Partei, sondern nur der von ihr beauftragte Rechtsanwalt postulationsfähig.

Da K vorliegend durch einen Rechtsanwalt vertreten ist, ist die Postulationsfähigkeit gemäß § 78 Abs. 1 ZPO gegeben.

<sup>14</sup> Vgl. OLG Düsseldorf NJW-RR 2016, 1183; OLG Frankfurt NZG 2011, 1277.

<sup>15</sup> Weth, in: Musielak/Voit, ZPO, 13. Aufl. (2016), § 51, Rn. 16

<sup>16</sup> Weth, in: Musielak/Voit, ZPO, 13. Aufl. (2016), § 78, Rn. 4.

#### IV. Streitgegenstandsbezogene Sachentscheidungs Voraussetzungen

Die Zulässigkeit der Klage setzt zudem voraus, dass der Streitgegenstand nicht bereits rechtskräftig entschieden und nicht anderweitig rechtshängig ist, ferner die Klagbarkeit des Anspruchs sowie ein Rechtsschutzbedürfnis des Klägers.<sup>17</sup>

##### 1. Rechtskräftige Entscheidung

Eine bereits ergangene rechtskräftige Entscheidung führt dazu, dass der entschiedene Anspruch in materielle Rechtskraft erwächst. Materielle Rechtskraft bedeutet, dass aus Gründen des Rechtsfriedens über einen bereits rechtskräftig entschiedenen Klagegegenstand nicht erneut ein Gerichtsverfahren geführt werden darf.<sup>18</sup>

Im Falle einer bereits ergangenen rechtskräftigen Entscheidung über das Bestehen des Beschäftigungsverhältnisses des K mit der D GmbH dürfte das Landgericht Zweibrücken somit nicht mehr entscheiden.

##### 2. Rechtshängigkeit des Anspruchs

Gemäß § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO sind parallele Verfahren über denselben Streitgegenstand unzulässig.

Da der Rechtsstreit vom Arbeitsgericht an das Landgericht verwiesen wurde, ist der Rechtsstreit beim Arbeitsgericht nicht mehr anhängig.

##### 3. Klagbarkeit des Anspruchs

Die Klagbarkeit fehlt nur solchen Ansprüchen, die zwar außergerichtlich, nicht aber gerichtlich durchsetzbar sind, beispielsweise wenn eine Leistungsklage durch Gesetz ausgeschlossen ist oder eine bestimmte Klagfrist besteht.<sup>19</sup>

Dies ist im Fall der Klage des K nicht ersichtlich.

##### 4. Rechtsschutzbedürfnis

Das Rechtsschutzbedürfnis ist gegeben, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an einer gerichtlichen Verfolgung seines Anspruchs hat. Es fehlt, wenn dem Kläger ein einfacherer oder günstigerer Weg zu Verfügung steht, Rechtsschutz zu erlangen.<sup>20</sup>

K hat sich im vorliegenden Fall zunächst mit einer Kündigungsschutzklage gegen die Beendigung seines Beschäftigungsverhältnisses gewandt.

Eine Kündigungsschutzklage gemäß § 4 KSchG hat zum Gegenstand, dass festgestellt wird, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht beendet wurde und andauert. Es handelt sich hierbei um eine besondere Form der Feststellungsklage.

Da eine Kündigungsschutzklage nur vor den Arbeitsgerichten erhoben werden kann, müsste K vor dem Landgericht eine

andere Klageart wählen und andere Anträge stellen als im Rahmen der Kündigungsschutzklage.

Insoweit kommt eine Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO in Betracht mit der K die Feststellung begehrt, dass sein Beschäftigungsverhältnis mit der D GmbH nicht durch die Kündigung beendet worden ist und zu unveränderten Bedingungen fortbesteht.<sup>21</sup>

Für eine Feststellungsklage muss der jeweilige Kläger ein Feststellungsinteresse haben. Dies setzt voraus, dass dem Recht oder der Rechtslage des Klägers im Verhältnis zum Beklagten eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit droht.<sup>22</sup>

Da die D GmbH das Beschäftigungsverhältnis mit K nicht fortsetzen will und ihm dadurch der Verlust seines Gehalts droht, hat K ein berechtigtes Interesse daran, ob sein Beschäftigungsverhältnis beendet wurde oder nicht.

Somit ist auch ein Rechtsschutzbedürfnis des K zu bejahen.

#### V. Ergebnis

Die Klage des K gegen die D GmbH ist somit zulässig.

#### VI. Entscheidung des Landgerichts

Gemäß § 280 i.V.m. § 303 ZPO kann über die Zulässigkeit einer Klage mittels Zwischenurteil entschieden werden.

Da die Klage des K gegen die D GmbH zulässig ist, kann das Landgericht folgendes Zwischenurteil fällen:

Die Klage ist zulässig.

#### Hinweise

Der vorliegende Rechtsstreit veranschaulicht, dass vermeintlich einfachen Zulässigkeitsfragen auch in der Praxis immer wieder erhebliche Bedeutung zukommt.

Der Rechtsstreit ist insbesondere deswegen bemerkenswert, weil er bereits fast fünf Jahre gedauert und sechs Gerichte über zwei komplette Instanzenzüge beschäftigt hat, ohne dass eine Entscheidung in der Sache ergangen ist.

**Steffen Follner**

Rechtsanwalt  
Menold Bezler, Stuttgart

► **Inhaltsverzeichnis**

<sup>17</sup> Vgl. Foerste, in: Musielak/Voit, ZPO, 13. Aufl. (2016), Vorbem. § 253, Rn. 5 ff.

<sup>18</sup> Vgl. Musielak, in: Musielak/Voit, ZPO, 13. Aufl. (2016), § 322, Rn. 1 ff.

<sup>19</sup> Vgl. Foerste, in: Musielak/Voit, ZPO, 13. Aufl. (2016), Vorbem. § 253, Rn. 6.

<sup>20</sup> Vgl. Foerste, in: Musielak/Voit, ZPO, 13. Aufl. (2016), Vorbem. § 253, Rn. 7 ff.

<sup>21</sup> Da eine positive Feststellungsklage nicht vollstreckbar ist, ist von dem unter B) II. 2.) Streitwert ein Abschlag von 20 % vorzunehmen (st. Rspr. vgl. BGH NJW 1965, 2298).

<sup>22</sup> Foerste, in: Musielak/Voit, ZPO, 13. Aufl. (2016), § 256, Rn. 8.

## RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

### Reichweite der Beweislastumkehr des § 476 BGB

Urteil vom 12. Oktober 2016, Az. VIII ZR 103/15

1. § 476 BGB ist richtlinienkonform dahin auszulegen, dass die dort vorgesehene Beweislastumkehr zugunsten des Käufers schon dann greift, wenn diesem der Nachweis gelingt, dass sich innerhalb von sechs Monaten ab Gefahrübergang ein mangelhafter Zustand (eine Mangelercheinung) gezeigt hat, der - unterstellt, er hätte seine Ursache in einem dem Verkäufer zuzurechnenden Umstand - dessen Haftung wegen Abweichung von der geschuldeten Beschaffenheit begründen würde. Dagegen muss der Käufer weder darlegen und nachweisen, auf welche Ursache dieser Zustand zurückzuführen ist, noch dass diese in den Verantwortungsbereich des Verkäufers fällt.

2. Weiter ist § 476 BGB richtlinienkonform dahin auszulegen, dass dem Käufer die dort geregelte Vermutungswirkung auch dahin zugutekommt, dass der binnen sechs Monaten nach Gefahrübergang zu Tage getretene mangelhafte Zustand zumindest im Ansatz schon bei Gefahrübergang vorgelegen hat.

(amtliche Leitsätze)

#### A. Sachverhalt (vereinfacht und leicht abgewandelt)

Kläger K erwarb als Verbraucher von dem beklagten Fahrzeughändler B am 27. März 2010 einen Gebrauchtwagen (BMW 525d Touring) zum Preis von 16.200 €.

Anfang August desselben Jahres schaltete die im Fahrzeug eingebaute Automatikschaltung nach einer von K absolvierten Laufleistung des Fahrzeugs von ca. 13000 km in der Einstellung „D“ nicht mehr eigenständig in den Leerlauf; stattdessen starb der Motor ab. Ein An- oder Rückwärtsfahren bei Steigungen war daher nicht mehr möglich.

Ein Sachverständiger stellte fest, ursächlich sei eine Schädigung des Freilaufs des Drehmomentwandlers. Dies sei entweder durch eine schon bei Übergabe zumindest latente Vorschädigung des Drehmomentwandlers oder durch einen Bedienfehler des K – etwa durch das Einlegen einer Fahrstufe bei erhöhter Drehzahl- bedingt.

Nach erfolgloser Fristsetzung zur Mängelbeseitigung erklärte K im September 2010 den Rücktritt vom Kaufvertrag und verlangte zugleich Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs.

Steht dem K der geltend gemachte Anspruch gegen B zu?

#### B. Die Entscheidung des Senats

##### I. Anspruch des K gegen B

##### aus §§ 346 Abs. 1, 437 Nr. 2, 434 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB

K könnte gegen B ein Anspruch auf Rückzahlung des gezahlten Kaufpreises iHv. 16.200 € Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs zustehen. Voraussetzung wäre ein wirksamer Kaufvertrag, die Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs, sowie die ordnungsgemäße Ausübung des Rücktritts.

##### 1. Kaufvertrag

Zwischen K und B ist am 27. März 2010 ein wirksamer Kaufvertrag über den gebrauchten BMW zustande gekommen.

##### 2. Mangel

Nach § 437 BGB müsste das Fahrzeug mangelhaft gewesen sein. Gemäß § 434 Abs. 1 S. 1 BGB ist die Sache dann mangelhaft, wenn sie bei Gefahrübergang nicht die vereinbarte Beschaffenheit besitzt. Eine Beschaffenheitsvereinbarung wurde zwischen K und B nicht getroffen.

Somit könnte ein Sachmangel nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB in Betracht kommen, wonach ein solcher auch dann gegeben ist, wenn sich die Kaufsache nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet und diese Beschaffenheit bei Sachen gleicher Art unüblich ist und der Käufer dies auch hätte erwarten können.

Vorliegend schaltete das Fahrzeug in der Einstellung „D“ nicht mehr eigenständig in den Leerlauf; vielmehr starb der Motor ab. Da ein An- und Rückwärtsfahren somit unmöglich wurde, eignet sich das Fahrzeug nicht für die gewöhnliche Verwendung und weist mithin auch nicht die Beschaffenheit auf, die der K hätte erwarten können. Ein Sachmangel nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB liegt somit dem Grunde nach vor.

##### 3. Bei Gefahrübergang

Aus dem Umkehrschluss des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB müsste die Kaufsache allerdings auch bei Gefahrübergang – mithin bei Übergabe der Sache, § 446 BGB – mangelhaft gewesen sein.

Darlegungs- und beweisbelastet ist hier grundsätzlich der K, § 363 iVm. § 433 Abs. S. 2 BGB.

Dies ist im vorliegenden Fall insofern problematisch, als dass der nun unzweifelhaft vorliegende Getriebefehler bei Gefahrübergang in dieser Form noch nicht vorlag. Möglicherweise könnte jedoch dem Drehmomentwandler ein schon bei Gefahrübergang bestehender latenter Grundmangel innegewohnt haben. Dies konnte allerdings laut Sachverständiger nicht eindeutig geklärt werden, da dieser auch einen Bedienfehler durch K selbst nicht ausschließen konnte. Somit kann K den nötigen

Beweis für einen Mangel am Fahrzeug bei Gefahrübergang nicht erbringen.

### a) Beweislastumkehr gem. § 476 BGB

Etwas anderes könnte sich ergeben, wenn zu Gunsten des K die Beweislastumkehr des § 476 BGB greifen würde.

Nach § 476 BGB wird vermutet, dass wenn sich im Rahmen eines Verbrauchsgüterkaufes innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang ein Sachmangel zeigt, die Sache bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war, es sei denn die Vermutung ist mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar. Ein Verbrauchsgüterkauf nach § 474 Abs. 1 BGB liegt hier unzweifelhaft vor, da K Verbraucher iSd. § 13 BGB und B Unternehmer iSd. § 14 BGB ist. Ebenso trat der Getriebeschaden innerhalb der geforderten sechs Monate ein.

Jedoch erscheint wiederum fraglich, wie es sich auswirkt, dass dieser nun vorliegende Mangel in Form eines Getriebeschadens zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs eindeutig nicht vorlag. Ob die Vermutung des § 476 BGB also auch einen sog. latenten Grundmangel erfasst, hängt von der Reichweite ab, die man der Norm zusprechen will. Dies ist seit der Schuldrechtsmodernisierung umstritten.

### (1) Bisherige Rechtsprechung des BGH

In seiner bisherigen Rechtsprechung ging der BGH dem § 476 BGB von einer Vermutung in lediglich zeitlicher Hinsicht aus.<sup>1</sup> Die dem Verbraucher zukommende Beweislastumkehr gelte also nicht für die Frage „ob“ tatsächlich ein Mangel vorliegt.

*„Richtig ist allerdings, dass den Käufer, der unter Berufung auf das Vorliegen eines Sachmangels Rechte gemäß § 437 BGB geltend macht, nachdem er die Kaufsache entgegengenommen hat, auch nach neuem Schuldrecht die Darlegungs- und Beweislast für die einen Sachmangel begründenden Tatsachen trifft und dass die Beweislastumkehr nach § 476 BGB nicht für die Frage gilt, ob überhaupt ein Sachmangel vorliegt. Die Vorschrift setzt vielmehr einen binnen sechs Monaten seit Gefahrübergang aufgetretenen Sachmangel voraus und enthält eine lediglich in zeitlicher Hinsicht wirkende Vermutung, dass dieser Mangel bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorhanden war.“*

Kommen also wie im vorliegenden Fall mehrere Ursachen für die Mangelhaftigkeit der Kaufsache in Betracht und lässt sich ferner nicht genau feststellen, durch welche genaue Ursache sich der eingetretene Mangel bedingt, geht dies zu Lasten des Verbrauchers.

*„Wenn allerdings mehrere Ursachen für den akut aufgetretenen Mangel in Betracht kommen, von denen eine vertragswidrige Beschaffenheit begründet, die andere dagegen nicht und nicht aufklärbar ist, worauf der eingetretene akute Mangel beruht, geht dies zu Lasten des Käufers. [...]*

*Nur wenn beide möglichen Ursachen eine vertragswidrige Beschaffenheit darstellen würden, wäre jeweils davon auszugehen, dass der betreffende Mangel bereits bei Gefahrübergang bestanden hätte, und käme es deshalb auf eine Unaufklärbarkeit, worauf der sichtbar gewordene Mangel beruhte, nicht an.“*

<sup>1</sup> BGH NJW 2005, 3490, (3491); BGH NJW 2006, 434, (436).

Vorliegend kommen laut Gutachter zwei mögliche Ursachen in Betracht, von denen jedoch nur die eine auf einer vertragswidrigen Beschaffenheit fußen kann. Somit entfaltet § 476 BGB für K insoweit keine Vermutungswirkung, als dass das Fahrzeug bereits bei Gefahrübergang an einem Grundmangel gelitten hat.

### (2) Literatur

Die bisherige Rechtsprechung des BGH sah sich enormer Kritik seitens des überwiegenden Teils der Literatur ausgesetzt.<sup>2</sup> Die Reichweite des § 476 BGB erfasse nicht lediglich eine in zeitlicher Hinsicht wirkende Vermutung, sondern vielmehr eine den Mangel generell betreffende Vermutung. Erfasst sei also auch ein sog. latenter Grundmangel.<sup>3</sup>

Dafür spreche zum einen der Wortlaut der Norm, der nicht zwischen einer zeitlichen und einer tatsächlichen Komponente unterscheide und zum anderen die schwächere Stellung des Verbrauchers gegenüber dem Unternehmer.<sup>4</sup> Denn der Verbraucher habe in dem sehr kurzen Zeitraum des Vertragsschlusses grundsätzlich die schlechteren Beweismöglichkeiten.<sup>5</sup> Sinngemäß sei es also das Ziel des Gesetzgebers gewesen, den Verbraucher vor unüberwindbaren und aufwändigen Beweispflichten zu befreien.<sup>6</sup>

Nach dieser Ansicht wird also zu Gunsten des K ein latenter Grundmangel bereits bei Gefahrübergang vermutet, sodass er vor weitergehenden Beweisen befreit wäre.

### (3) Neue Rechtsprechung des BGH durch Urteil v. 12.10.2016

Der Rechtsprechungsänderung des BGH ging eine Entscheidung des EuGH<sup>7</sup> voraus. Die dort vom EuGH vorgenommene Auslegung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie wurde aufgrund des Umsetzungsgebots nach Art. 288 Abs. 3 AEUV nun innerhalb des § 476 BGB in nationales Recht umgesetzt.

Der EuGH hatte auf Vorlage eines niederländischen Gerichts entschieden, dass der Verbraucher nur eine bestehende Vertragswidrigkeit am erworbenen Gut innerhalb der sechs Monate nachweisen muss<sup>8</sup>:

*„Art.5 Abs.3 der Richtlinie 1999/44 normiert eine Abweichung von diesem Grundsatz für den Fall, dass die Vertragswidrigkeit binnen sechs Monaten nach der Lieferung des Gutes offenbar wird. In diesem Fall wird vermutet, dass die Vertragswidrigkeit schon zum Zeitpunkt der Lieferung bestand. Diese Beweislasteasenerleichterung zugunsten des Verbrauchers beruht auf der Feststellung, dass sich in Fällen, in denen die Vertragswidrigkeit erst nach dem Zeitpunkt der Lieferung des Gutes offenbar wird, die Erbringung des Beweises, dass diese Vertragswidrigkeit bereits zu diesem Zeitpunkt bestand, als „eine für den Verbraucher unüberwindbare Schwierigkeit“ erweisen kann, während es in der Regel für den Gewerbetreibenden viel leichter ist, zu beweisen,*

<sup>2</sup> Insbesondere Lorenz, NJW 2004, 3020, (3021). Ähnlich: Martinek in: Staudinger BGB, Neubearbeitung (2013), § 476, Rn. 31.

<sup>3</sup> Martinek in: Staudinger BGB, Neubearbeitung 2013, § 476, Rn. 31.

<sup>4</sup> Lorenz, NJW 2004, 3020, (3021).

<sup>5</sup> Lorenz, NJW 2004, 3020, (3021).

<sup>6</sup> Lorenz, NJW 2004, 3020, (3021).

<sup>7</sup> EuGH NJW 2015, (2237 ff.).

<sup>8</sup> EuGH NJW 2015, (2237 ff.).

dass die Vertragswidrigkeit nicht zum Zeitpunkt der Lieferung bestand und dass sie beispielsweise auf unsachgemäßen Gebrauch durch den Verbraucher zurückzuführen ist.“

#### Hinweis

Art 5 der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 lautet:

**„Art. 5 Fristen [...] (3) Bis zum Beweis des Gegenteils wird vermutet, dass Vertragswidrigkeiten, die binnen sechs Monaten nach der Lieferung des Gutes offenbar werden, bereits zum Zeitpunkt der Lieferung bestanden, es sei denn, diese Vermutung ist mit der Art des Gutes oder der Art der Vertragswidrigkeit unvereinbar.“**

Im Rahmen dieses Umsetzungsgebots ändert der BGH nun die Anforderungen an § 476 BGB gleich in zweierlei Hinsicht:

„Die mit Urteil vom 4. Juni 2015 [...] durch den Gerichtshof erfolgte Auslegung des Art. 5 Abs. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, der durch § 476 BGB in nationales Recht umgesetzt wurde, gebietet es, im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung des § 476 BGB den Anwendungsbereich dieser Beweislastumkehrregelung zugunsten des Verbrauchers in zweifacher Hinsicht zu erweitern. Dies betrifft zunächst die - im Vergleich zu der bisherigen Rechtsprechung herabzusetzenden - Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast des Käufers hinsichtlich des - die Voraussetzung für das Einsetzen der Vermutungswirkung des § 476 BGB bildenden - Auftretens eines Sachmangels innerhalb von sechs Monaten nach Gefahrübergang. Weiter gilt dies für die Reichweite der Vermutung, die über die ihr bisher von der Rechtsprechung zugebilligte Komponente hinaus um ein sachliches Element zu ergänzen ist. An seiner in diesen Punkten abweichenden Rechtsprechung hält der Senat nicht mehr fest.“

#### a) Darlegungs- und Beweislast

Zur allgemeinen Reduzierung der Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast beim Verbraucher führt der BGH nun aus:

„Von diesem Beweislastgrundsatz abweichend sieht Art. 5 Abs. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie jedoch in den Fällen, in denen die Vertragswidrigkeit binnen sechs Monaten nach der Lieferung des Guts offenbar wird, eine Vermutung dahin vor, dass die Vertragswidrigkeit schon zum Zeitpunkt der Lieferung bestand [...]. Diese Beweiserleichterung zugunsten des Verbrauchers beruht, wie der Gerichtshof der Begründung des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Verbrauchsgüterkauf und -garantien [...] entnommen hat, auf der Erwägung, dass sich in Fällen, in denen die Vertragswidrigkeit erst nach dem Zeitpunkt der Lieferung des Gutes offenbar wird, die Erbringung des Beweises, dass diese Vertragswidrigkeit bereits zu diesem Zeitpunkt bestand, als "eine für den Verbraucher unüberwindbare Schwierigkeit" erweisen kann, während es in der Regel für den Gewerbetreibenden viel leichter ist, zu beweisen, dass die Vertragswidrigkeit nicht zum Zeitpunkt der Lieferung bestand und dass sie beispielsweise auf einen unsachgemäßen Gebrauch durch den Verbraucher zurückzuführen ist [...].“

Dagegen muss der Käufer weder darlegen und nachweisen, auf welche Ursache dieser Zustand zurückzuführen ist, noch dass diese in den Verantwortungsbereich des Verkäufers fällt.“

Somit ist dem K vorliegend der Anwendungsbereich des § 476 BGB nicht schon deshalb versperrt, weil nicht festgestellt werden kann, ob sich die offenbarte Mangelhaftigkeit aus der Sphäre des Verbrauchers selbst, oder aus einem möglichen Grundmangel ergibt.

#### b) Erweiterung der Vermutung des § 476 BGB

Hinsichtlich der sachlichen Vermutung in Bezug auf das Bestehen eines Grundmangels, fährt der BGH fort:

„Weiter ist aufgrund der Auslegung des Art. 5 Abs. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie durch den Gerichtshof die Reichweite der Vermutung im Wege der richtlinienkonformen Auslegung des § 476 BGB um eine sachliche Komponente zu erweitern. Im Einklang mit dem vom Gerichtshof Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie zugesprochenen Inhalt kommt dem Verbraucher die Vermutungswirkung des § 476 BGB auch dahin zugute, dass der binnen sechs Monaten nach Gefahrübergang zu Tage getretene mangelhafte Zustand zumindest im Ansatz schon bei Gefahrübergang vorgelegen hat. Damit wird der Käufer - anders als bisher von der Senatsrechtsprechung gefordert - des Nachweises enthoben, dass ein erwiesenermaßen erst nach Gefahrübergang eingetretener akuter Mangel seine Ursache in einem latenten Mangel hat [...].“

In Anbetracht dieses Verständnisses der Reichweite der Vermutungswirkung des Art. 5 Abs. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ist eine richtlinienkonforme Auslegung des § 476 BGB auch insoweit geboten, dass bei Auftreten eines akuten mangelhaften Zustands vermutet wird, dieser habe in einem früheren Entwicklungsstadium schon bei Gefahrübergang vorgelegen.“

#### Hinweis

Tatsächlich und rein dogmatisch erweitert der BGH hier seine Rechtsprechung nicht wie dargelegt in „zweifacher“ Hinsicht. Vielmehr wird nur die Anforderung an die Darlegungs- und Beweislast reduziert. Dass dies auch Auswirkungen auf die sachliche Komponente der Vermutungswirkung innerhalb des § 476 BGB hat, ist rein tatsächlich keine wirkliche „Änderung“, sondern vielmehr zwingende Folge.

K ist also insofern von seiner Verpflichtung befreit, als dass er beweisen muss, der Mangel habe schon früher - wenn auch in verminderter und nicht zu Tage getretener Form - bestanden. Vielmehr reicht es aus, wenn dieser das Vorhandensein eines Mangels innerhalb von sechs Monaten nach Gefahrübergang nachweisen kann. Gelingt ihm dies, geht die grundsätzliche, ihn nach § 363 BGB treffende Beweislast auf den Verkäufer B über. Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Ferner ist diese Vermutung auch nicht mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar, § 476 HS. 2 BGB. Darüber hinaus gelingt dem B auch nicht der Gegenbeweis nach § 292 ZPO, sodass das KFZ bei Gefahrübergang mangelhaft war. Der Anwendungsbereich der Gewährleistungsrechte nach § 437 BGB ist eröffnet.

#### 4. Fristsetzung und Rücktrittserklärung

Dem Erfordernis der Fristsetzung nach § 323 Abs. 1 BGB immanent, ist der Grundsatz des „Vorrangs der Nacherfüllung“. K hat dem B erfolglos eine Frist gesetzt.

Ferner liegt auch eine Rücktrittserklärung des K vor, § 349 BGB.

#### 5. Ausschluss des Rücktritts

Vertraglich vereinbarte, oder sich aus dem Gesetz ergebende Ausschlussgründe, wie § 442 oder § 323 Abs. 5 S. 2 BGB, sind nicht ersichtlich.

## II. Ergebnis

Dem K steht ein Anspruch auf Rückzahlung des geleisteten Kaufpreises in Höhe von 16.200 € zu, §§ 346 Abs. 1, 437 Nr. 2, 434 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB.

### Abschließender Hinweis

Im zugrundeliegenden Urteil stand neben der Rückzahlung des Kaufpreises auch noch Ersatz aufgewendeter Kosten für den Austausch defekter Teile, die kurzzeitige Anmietung eines Ersatzfahrzeugs, sowie der Ersatz von mangelbedingtem Nutzungsausfallschadens im Streit. Dies wurde jedoch wegen der umfangreichen Darstellung zur Reichweite der Vermutung des § 476 BGB außen vor gelassen.

Der Einfluss des EuGH auf die Gestaltung des Gewährleistungsrechts hat in den letzten Jahren durch mehrere Entscheidungen immer mehr an Bedeutung gewonnen.

Mit der aktuellen Rechtsprechungsänderung des BGH beendet dieser einen jahrelangen Streit und so ist es wohl nur eine Frage der Zeit, bis dieses Problem Eingang bei den Prüfungsämtern der Länder finden wird.

***Paolo Beeren***

Rechtsreferendar  
Landgericht Freiburg i. Br.

► **Inhaltsverzeichnis**



## Ankommen und durchstarten

Eine gute Kanzlei bietet Ihnen alle Möglichkeiten, sich als Anwältin oder Anwalt maximal zu entwickeln. Eine ausgezeichnete Kanzlei macht mehr. Sie fördert Ihre anwaltliche Ausbildung bereits im Referendariat. Bei Menold Bezler profitieren alle Referendare (m/w) von einer praxisnahen, examensrelevanten Ausbildung durch feste Betreuer im Wunsch-Rechtsgebiet, der Teilnahme an Mandanten- und Gerichtsterminen sowie von Schulungen im Rahmen unserer eigenen „MB Akademie“, Aktenvortragstrainings und einem wöchentlichen Englischunterricht. Flache Hierarchien, ein enger Zusammenhalt und eine sehr gute Arbeitsatmosphäre prägen unsere Arbeitsweise. Neugierig? Dann informieren und bewerben Sie sich auf [www.menoldbezler.de/karriere](http://www.menoldbezler.de/karriere).



# MENOLD BEZLER

RECHTSANWÄLTE

Mittelstand im Mittelpunkt®

Rheinstahlstraße 3, 70469 Stuttgart und Heilbronner Straße 190, 70191 Stuttgart  
Telefon +49 711 86040-00, [Stefanie.Mueller@menoldbezler.de](mailto:Stefanie.Mueller@menoldbezler.de), [www.menoldbezler.de](http://www.menoldbezler.de)

## RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Bundesgerichtshof

### Zur Garantenstellung bei eigenverantwortlicher Selbstgefährdung des Opfers

Beschluss vom 5. August 2015, Az.: 1 StR 328/15

**Eine bewusste Selbstgefährdung lässt grundsätzlich die Erfolgsabwendungspflicht des eintrittspflichtigen Garanten nicht entfallen, wenn sich das allein auf Selbstgefährdung angelegte Geschehen erwartungswidrig in Richtung auf den Verlust des Rechtsguts entwickelt.**

(Amtlicher Leitsatz)

#### A) Sachverhalt (gekürzt)

Mehrere Personen, darunter auch der spätere Angeklagte T und das spätere Opfer O, trafen sich nachmittags und konsumierten gemeinsam Alkohol sowie verschiedene Betäubungsmittel. Gegen Abend begaben sie sich in die Wohnung des T, wo sie weiterhin Alkohol, Amphetamin und Cannabis zu sich nahmen. Im weiteren Verlauf des Abends bot T seinen Gästen an, Gammabutyrolacton (im Folgenden GBL) zu konsumieren, welches sich unverdünnt in einer im Besitz des T befindlichen Glasflasche befand. Nachdem nur der Gast F auf das Angebot eingegangen war, konsumierten beide etwa zwei bis drei Milliliter GBL, verdünnt in einem halben Liter Wasser. Hiernach wies T die übrigen Gäste darauf hin, dass das GBL nicht unverdünnt konsumiert werden dürfe. Dennoch trank der O – von dessen Eigenverantwortlichkeit auszugehen war – einige Zeit später, eine nicht mehr feststellbare Menge des unverdünnten GBL direkt aus der Flasche. Dies bekamen T und F – die von einer tödlich wirkenden Menge ausgingen – mit und versuchten erfolglos, den O zum Erbrechen zu bringen. Nachdem dieser bewusstlos geworden war, wurde er in eine stabile Seitenlage gebracht und seine Atemfrequenz kontrolliert. Spätestens als der T feststellte, dass O nur noch alle sechs bis acht Sekunden atmete, nahm er es billigend in Kauf, dass dieser ohne unverzügliches Herbeirufen ärztlicher Hilfe versterben würde. Hätte er zu diesem Zeitpunkt noch ärztliche Hilfe herbeigerufen, hätte O mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit gerettet werden können. Dennoch blieb er untätig. Der Zustand des O verschlechterte sich weiter. Die Besatzung eines später herbeigerufenen Rettungswagens unternahm zwar noch Wiederbelebungsversuche, konnte jedoch den durch den Konsum des GBL ausgelösten Atemstillstand und die dadurch bewirkte Sauerstoffunterversorgung des Gehirns nicht mehr verhindern. O verstarb.

#### B) Verfahrensgang

Im erstinstanzlichen Urteil des LG München wurde T aufgrund dieses Sachverhalts wegen Totschlags durch Unterlassen zum Nachteil von O verurteilt.

#### C) Entscheidung und Hinweise

Der 1. Strafsenat verwarf die Revisionen des Angeklagten T als unbegründet (§ 349 II StPO).

#### I. §§ 212 I, 13 I StGB

T könnte sich eines Totschlags durch Unterlassen gemäß §§ 212 I, 13 I StGB schuldig gemacht haben, indem er es auch nach der Feststellung der reduzierten Atemfrequenz unterließ, ärztliche Hilfe herbeizurufen.

#### 1. Tatbestandsmäßigkeit

##### a) Objektiver Tatbestand

##### aa) Erfolgseintritt

O ist verstorben und damit der tatbestandliche Erfolg des § 212 I StGB eingetreten.

##### bb) Unterlassen der zur Erfolgsabwendung erforderlichen und physisch real-möglichen Handlung

Der T unterließ es, auch nachdem er feststellte, dass der A nur noch alle sechs bis acht Sekunden atmete,<sup>1</sup> ärztliche Hilfe herbeizurufen. Damit unterließ er aber die zur Abwendung des Todes von O erforderliche und ihm physisch real-mögliche Handlung.

##### cc) Ursächlichkeit des Unterlassens

Auch kann das Herbeirufen ärztlicher Hilfe nicht hinzugedacht werden, ohne dass der tatbestandliche Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfiel.<sup>2</sup> Damit war das Unterlassen auch quasi-kausal für den Tod des O.

##### dd) Garantenstellung

Fraglich ist, ob T auch iSd. § 13 I StGB „rechtlich dafür einzustehen hat[te], daß der Erfolg nicht eintritt“.

##### (1) Ingerenz

In früheren, ganz ähnlich gelagerten, Fällen,<sup>3</sup> hatte der BGH zur Begründung einer (fahrlässigen) Unterlassensstrafbarkeit<sup>4</sup> noch auf eine Garantenstellung aus Ingerenz abgestellt. Das hierfür erforderliche pflichtwidrige, vorangegangene Tun sah er in diesen Fällen im gemäß § 29 I BtMG strafbaren Überlassen des Heroins bzw. Heroingemisches an das später verstorbene Opfer. Dem sollte auch nicht entgegenstehen, dass die Verstorbenen sich jeweils eigenverantwortlich selbstgefährdet hatten und eine Beteiligung hieran straflos<sup>5</sup> ist. Sobald aus dem

<sup>1</sup> Dieser Zeitpunkt ist hier insoweit Anknüpfungspunkt, als erst hier der für einen Totschlag durch Unterlassen mindestens erforderliche dolus eventualis vorlag.

<sup>2</sup> Zu der Kausalität beim Unterlassen und dieser modifizierten *conditio-formel*, vgl. *Kühl*, AT, 8. Aufl. (2017), § 18 Rn. 35 f.

<sup>3</sup> BGH NStZ 1984, 452 ff.; BGH NJW 1985, 690.

<sup>4</sup> In Betracht kam in diesen Fällen wegen fehlenden Vorsatzes bzgl. des Todeseintritts nur fahrlässige Tötung durch Unterlassen (§§ 222, 13 I).

<sup>5</sup> Ganz hM. (statt aller *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, 45. Aufl. (2015), Rn.259 ff.) und st. Rspr. seit BGHSt 32, 262 (264 f.).

allgemeinen Risiko eine besondere Gefahrenlage erwachse, entstände daher eine Garantenpflicht.<sup>6</sup>

Das wurde in der Literatur stark kritisiert,<sup>7</sup> weil damit über den Umweg der Unterlassensstrafbarkeit der Grundsatz der straflosen Teilnahme an einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung umgangen werde. Der Teilnehmer verursache bereits keine ihm zurechenbare Gefahr, was für die Begründung einer Garantenstellung aus Ingerenz in anderen Fällen<sup>8</sup> explizit von der Rspr. gefordert werde.<sup>9</sup> Wenn der BGH nun auf die Pflichtwidrigkeit, ja sogar Strafbarkeit, der Überlassung, also der Handlung abstelle, verkenne er, dass vielmehr die Verursachung der Gefahr pflichtwidrig sein müsse. Der Schutzzweck des § 222 StGB sei jedoch nicht auf die Vermeidung von Selbstgefährdungen oder -verletzungen gerichtet und statuiere damit auch keine dahingehenden Pflichten, bspw. die Abgabe von Heroin an den sich eigenverantwortlich Gefährdenden zu unterlassen (Verbot).<sup>10</sup> Über die Einbeziehung des § 29 I BtMG werde der Schutzzweck des § 222 StGB ausgeweitet – und die Bedeutung der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung eingeschränkt –, weil dem § 29 I BtMG und damit dem Rechtsgut der (indisponiblen) Volksgesundheit und daher dessen Schutzzweck, bei der Begründung der Pflichtwidrigkeit der Gefahrschaffung Bedeutung beigemessen werde.<sup>11</sup> Es sei aber widersprüchlich, die Überlassung von Drogen unter dem Aspekt der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung straflos zu lassen, um das anschließende Unterlassen von Rettungsbemühungen dann als Tötungsdelikt durch Unterlassen zu werten. Daher begründe die Teilnahme an einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung nicht pflichtwidrig eine Gefahr. Eine Garantenstellung aus Ingerenz scheide daher aus.

Der BGH spricht eine solche im vorliegenden Beschluss gar nicht erst an. Für die Übertragung dieser Rspr. fehlte es nämlich bereits an der nach § 29 I BtMG strafbaren Überlassung eines Betäubungsmittels. Anders als GHB (auch „Liquid Ecstasy“), welches ein Betäubungsmittel iSd. § 1 I BtMG iVm. Anlage III ist, wird GBL, trotz der nahezu identischen Wirkung, aufgrund seiner Bedeutung in verschiedenen Wirtschaftszweigen<sup>12</sup> nicht als Betäubungsmittel iSd. BtMG deklariert (Vgl. Anlage II zum BtMG).<sup>13</sup>

Deshalb musste der BGH zur Begründung eines Totschlags durch Unterlassen das Vorliegen einer anderen Garantenstellung darlegen.

## (2) Garantenstellung kraft Sachherrschaft über eine Gefahrenquelle

### (a) Ausführungen des BGH

Dabei fasste er eine Überwachergarantenstellung kraft Sachherrschaft über die Gefahrenquelle, dh. den gefährlichen Gegenstand, ins Auge.<sup>14</sup> Damit folgt der 1. Strafsenat in der Sache einem ähnlichen Urteil des 2. Strafsenats aus dem Jahr 2011 (sog. „Cleanmagic“-Fall<sup>15</sup>).<sup>16</sup>

Der BGH hierzu:

*„In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, dass jeder, der eine Gefahrenquelle schafft oder unterhält, die nach Lage der Verhältnisse erforderlichen Vorkehrungen zum Schutz anderer Personen zu treffen hat [...]. Die entsprechende Pflicht beschränkt sich auf das Ergreifen solcher Maßnahmen, die nach den Gesamtumständen zumutbar sind und die ein verständiger und umsichtiger Mensch für notwendig und ausreichend hält, um Andere vor Schäden zu bewahren. Eine aus der Zuständigkeit für eine Gefahrenquelle folgende Erfolgsabwendungspflicht gemäß § 13 Abs. 1 StGB besteht allerdings lediglich dann, wenn mit der Eröffnung der Gefahrenquelle die nahe liegende Möglichkeit begründet wurde, dass Rechtsgüter anderer Personen verletzt werden können [...]. In welchem Umfang die Erfolgsabwendungspflicht besteht, bestimmt sich nach dem Grad der Gefahr. Die Anforderungen an den für die Gefahrenquelle Zuständigen sind umso höher, je größer bei erkennbarer Gefährlichkeit einer Handlung die Schadenswahrscheinlichkeit und Schadensintensität sind [...].“<sup>17</sup>*

Wendet man diese Grundsätze auf den Fall an, ist zunächst festzustellen, ob die Verletzung fremder Rechtsgüter nahelag. Dies nahm der BGH angesichts des Angebots zum Konsum des GBL durch T und dem Alkohol- und Drogenkonsum der Gäste seit dem Nachmittag, welcher nach allgemeiner Erfahrung enthemmend wirke, als „voraussehbare Entwicklung“ an.<sup>18</sup>

<sup>6</sup> BGH NJW 1985, 690 (691).

<sup>7</sup> Fünfsinn, StV 1985, 57 f.; Roxin, AT I, 4. Aufl. (2004), § 11 Rn. 112; Stree, JuS 1985, 179.

<sup>8</sup> Die Nachweise hierzu bei Roxin, NStZ 1985, 320 f. Der wohl bekannteste Fall ist hierbei der Streit, ob eine Garantenstellung aus Ingerenz und die damit verbundene Hilfspflicht, auch für denjenigen besteht, der einen Angreifer in Notwehr verletzt (vgl. BGHSt 23, 327). Hierzu mwN. Wesels/Beulke/Satzger, AT, 45. Aufl. (2015), Rn. 1023 f.

<sup>9</sup> Roxin, NStZ 1985, 320 (321).

<sup>10</sup> Roxin, NStZ 1985, 320 (321). So auch die ganz hM. vgl. dazu die Nachweise in Fn. 7. Zust. in Bezug auf den vorliegenden Fall Schiemann, NJW 2016, 178.

<sup>11</sup> Zutreffend weist Kretschmer, medstra 2016, 167 (168) insoweit darauf hin, dass die Sichtweise des BGH auf eine „Rechtsgutsvertauschung“ hinausläuft. In diese Richtung auch Oğlakcioğlu, NStZ-RR 2012, 246 (247). Hingegen auf den fehlenden Pflichtwidrigkeitszusammenhang abstellend, Eisele, JuS 2016, 276 (277).

<sup>12</sup> Es wird genutzt zur Herstellung von Reinigungsmitteln, Chemikalien und Pharmazeutika.

<sup>13</sup> Vgl. Weber, Kommentar BtMG, 4. Aufl. (2013), § 1 Rn. 571 ff.

<sup>14</sup> Allgemein hierzu Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017), Rn. 60; Stree/Bosch, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. (2014), § 13 Rn. 43 ff.; Kühl, aaO, § 18 Rn. 106 ff.

<sup>15</sup> Den Namen erhielt der Fall aufgrund des GBL-haltigen Reinigungsmittels „Cleanmagic“, welches zum Tod des Opfers führte.

<sup>16</sup> BGH NStZ 2012, 319.

<sup>17</sup> BGH, Beschluss vom 05. August 2015 – 1 StR 328/15, juris Rn. 9 = BGH NStZ 2016, 406 = BGHSt 61, 21 (23).

<sup>18</sup> BGH, Beschluss vom 05. August 2015 – 1 StR 328/15, juris Rn. 11. Die schwere Prognose der Ergebnisse, ob eine Rechtsgutsverletzung naheliegt, birgt einen nicht unerheblichen Unsicherheitsfaktor. Ob etwa im vorliegenden Fall wegen des Angebots zum Konsum naheliegend war, dass ein Partygast – trotz Hinweis darauf, das GBL nur verdünnt zu trinken sei und diesem Hinweis entsprechenden, als Beispiel dienenden Konsum durch T – unverdünnt eine tödliche Menge zu sich nehmen würde, ist trotz des allgemeinen Alkohol- und Drogenkonsums auf der Feier nicht zweifelsfrei. In diese Richtung auch Kretschmer, medstra 2016, 167 (169). Auch im Fall „Cleanmagic“ von 2011 wurde die naheliegende Möglichkeit der Schädigung durch das GBL letztlich durch ein, wenngleich einige Tage zuvor erfolgtes Angebot, des Angeklagten begründet. Ob dieses frühere Angebot den Tage später erfolgenden spontanen Beschluss des Opfers zum Konsum als naheliegend erscheinen lässt, kann bezweifelt werden. Hierfür ließe sich allenfalls, was der BGH jedoch unerörtert ließ, die besondere Situation des Opfers anführen, welches vom Angeklagten verlassen wurde und infolge dessen eine Selbstschädigungsneigung aufwies. Allerdings kann bezweifelt

Anschließend ist der Umfang der Erfolgsabwendungspflicht anhand des Grades der Gefahr zu bestimmen, wobei die Schadenswahrscheinlichkeit und Schadensintensität der erkennbar gefährlichen Handlung zu berücksichtigen sind. Der BGH sieht wegen des freien Zugangs zur Flasche mit GBL (Schadenswahrscheinlichkeit) und der damit einhergehenden hohen Gefährlichkeit für das Leben und die Gesundheit der Konsumenten (Schadensintensität) Anlass, hohe Sorgfaltsanforderungen an den T zu stellen.<sup>19</sup> Allein seine Warnung, GBL nicht unverdünnt zu trinken, solle daher nicht ausreichen.

Im Ergebnis hält der BGH daher vorläufig fest:

*„Der Angeklagte hat daher als für die Flasche zuständiger Besitzer durch den geschilderten Umgang mit ihr eine Gefahrenquelle eröffnet. Dies begründete grundsätzlich seine Pflicht, dem von dieser Quelle für die Rechtsgüter Dritter ausgehenden Gefährlichkeitspotential durch geeignete und ihm zumutbare Maßnahmen zu begegnen.“*

Sodann widmet er sich der Frage, ob der Umstand, dass der O sich durch das Trinken des GBL eigenverantwortlich selbstgefährdet hat, diese Pflicht entfallen ließ.<sup>20</sup> Hierbei beruft er sich zunächst auf die bereits dargelegten Urteile zur Garantenstellung aus Ingerenz.<sup>21</sup> Der hieran geäußerten Kritik aus der Literatur tritt er entgegen, indem er auf den Unterschied zu den Fällen der eigenverantwortlichen Selbsttötung verweist:

*„Denn anders als in den Selbsttötungsfällen erschöpft sich im Fall der Selbstgefährdung die Preisgabe des eigenen Rechtsguts gerade darin, dieses in einem vom Betroffenen jedenfalls in seinem wesentlichen Grad zutreffend erkannten Umfang [...] einem Risiko auszusetzen. Eine Hinnahe des als möglich erkannten Erfolgseintritts bei Realisierung des eingegangenen Risikos ist mit der Vornahme der Selbstgefährdung gerade nicht notwendig verbunden [...]. Entwickelt sich das allein auf Selbstgefährdung angelegte Geschehen erwartungswidrig in Richtung auf den Verlust des Rechtsguts, umfasst die ursprüngliche Entscheidung des Rechtsgutshabers für die (bloße) Gefährdung seines Rechtsguts nicht zugleich den Verzicht auf Maßnahmen zum Erhalt des nunmehr in einen Zustand konkreter Gefahr geratenen Rechtsguts [...]. Eine Person, die nach den allgemeinen Grundsätzen des § 13 Abs. 1 StGB Garant für das bedrohte Rechtsgut ist, trifft dann im Rahmen des tatsächlich Möglichen und ihr rechtlich Zumutbaren die Pflicht, den Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs abzuwenden.“<sup>22</sup>*

Nachdem der 1. Strafsenat demnach eine Garantenstellung trotz eigenverantwortlicher Selbstgefährdung des O annahm und die Verurteilung wegen Totschlags durch Unterlassen damit bestätigte, weist er noch auf ein – im konkreten Fall nicht entscheidungserhebliches – Rechtsproblem hin:

werden, dass der Konsum einer lebensgefährlichen Menge GBL zur Erregung der Aufmerksamkeit des Ex-Partners, naheliegend ist. So auch *Murmann*, NStZ 2012, 387 f.

<sup>19</sup> BGH, Beschluss vom 05. August 2015 – 1 StR 328/15, juris Rn. 12.

<sup>20</sup> Terminologisch genauer ist wohl die Frage, ob trotz der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung überhaupt eine Erfolgsabwendungspflicht entstanden ist, vgl. *Kretschmer*, medstra 2016, 167 (168).

<sup>21</sup> BGH, Beschluss vom 05. August 2015 – 1 StR 328/15, juris Rn. 16.

<sup>22</sup> BGH, Beschluss vom 05. August 2015 – 1 StR 328/15, juris Rn. 17.

*„Ob für den Fall eines eigenverantwortlichen Suizids nach Verlust der Handlungsherrschaft des den Selbstmord Anstrebenden etwas anderes gilt [...], bedarf keiner Entscheidung. Denn das Landgericht hat einen Selbsttötungswillen des Verstorbenen A. mit rechtsfehlerfreier Beweiswürdigung ausgeschlossen [...]“*

## (b) Kritik

Der Beschluss ist – ebenso wie das Urteil aus 2011<sup>23</sup> – in der Literatur überwiegend auf Kritik gestoßen.<sup>24</sup>

### (aa) Bestimmung der Garantenstellung

Zunächst verwundert, dass der BGH sich auf eine Garantenstellung kraft Sachherrschaft über eine Gefahrenquelle beruft, ist diese doch in erster Linie auf die Abwendung von reinen Sachgefahren zugeschnitten.<sup>25</sup> Auch der BGH verweist daher in seiner Begründung auf ein Urteil, in dem eine solche Garantenstellung bei einem baufälligen Gebäude angenommen wurde.<sup>26</sup> Hiervon unterscheidet sich der vorliegende Fall indes, denn nicht das GBL an sich, sondern erst das Handeln in Form des eigenverantwortlichen Konsums des O begründet die Gefahr für dessen Leben.<sup>27</sup> Deshalb stellt sich die Frage, ob auch Fälle, in denen die Gefahr erst durch das Verhalten des sich gefährdenden Opfers begründet wird, von der Garantenstellung erfasst werden.

Dabei ist es durchaus denkbar, wie der BGH, eine Garantenstellung kraft Sachherrschaft über eine Gefahrenquelle trotz des selbstgefährdenden Verhaltens des Opfers anzunehmen.<sup>28</sup> Der Grund für eine Garantenstellung kraft Sachherrschaft über eine Gefahrenquelle ist, dass nur der Inhaber des Herrschaftsbereichs auf die Gefahrenquellen einwirken darf und Außenstehende sich auf entsprechende Sicherungsmaßnahmen zur Vermeidung von hieraus drohenden *Schädigungen* verlassen müssen.<sup>29</sup> Entscheidendes Kriterium ist also, ob diese Personen auch schutzbedürftig sind.<sup>30</sup> Bei sich – mittels der Sache – eigenverantwortlich *Selbstgefährdenden* fehlt es aber an einer *Schädigung* und mithin an der Schutzbedürftigkeit vor aus der Sache hervorgehenden Gefahren. Bei Personen hingegen, die mangelnde Kenntnis über die Gefahrenlage haben oder konstitutionell schutzbedürftig sind, – bei denen daher bereits kein eigenverantwortliches Handeln vorliegt – ist das Unterlassen von Sicherungsmaßnahmen und der hiernach eintretende Erfolg wertungsmäßig als *Schädigung* aufzufassen.<sup>31</sup> Daher können diese Personen als schutzbedürftig angesehen werden, weshalb eine Garantenstellung kraft Sachherrschaft über eine

<sup>23</sup> *Murmann*, NStZ 2012, 387 ff.; *Oğlakcıoğlu*, NStZ-RR 2012, 246 f.

<sup>24</sup> *Eisele*, JuS 2016, 276 ff.; *Herbertz*, JR 2016, 548 ff.; *Kretschmer*, medstra 2016, 167 ff.; *Roxin*, StV 2016, 428 ff.; *Schiemann*, NJW 2016, 178 ff.

<sup>25</sup> *Kühl*, aaO, § 18 Rn. 106 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, aaO, Rn. 1013 ff. Vgl. hierzu auch die zahlreichen Bsp. in *Roxin*, AT II, 3. Aufl. (2003), § 32 Rn. 108 ff.

<sup>26</sup> BGHSt 53, 38 ff.

<sup>27</sup> *Kretschmer*, medstra 2016, 167 (168).

<sup>28</sup> *Stree/Bosch*, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. (2014), § 13 Rn. 43 u. *Kretschmer*, medstra 2016, 167 (169). Eher für Ingerenz *Kühl*, aaO, § 18 Rn. 106.

<sup>29</sup> *Kühl*, aaO, § 18 Rn. 106; *Wessels/Beulke/Satzger*, aaO, Rn. 1014.

<sup>30</sup> *Kretschmer*, medstra 2016, 167 (169).

<sup>31</sup> So wird auch die Überlassung von BtM als fahrlässige Tötung – und damit als (Fremd-)Schädigung – bewertet, wenn es an der Eigenverantwortlichkeit des sich Selbstgefährdenden fehlt, vgl. *Wessels/Beulke/Satzger*, aaO, Rn. 259 ff.

Gefahrenquelle in diesen Fällen möglich ist.<sup>32</sup> Sachlich begründbar ist diese Zweiteilung damit, dass sonst im Falle eigenverantwortlicher Selbstgefährdung mittels der Sache eines anderen, eine reine Zustandshaftung des Eigentümers eintreten würde.<sup>33</sup> Er wäre verpflichtet, jeglichen naheliegenden Erfolg abzuwenden, der sich aus dem eigenverantwortlichen, selbstgefährdenden Zugriff auf seine Sachen ergäbe.<sup>34</sup> Die hiernach auch bei Selbstgefährdungen zwar grds. mögliche Garantenstellung kraft Sachherrschaft über eine Gefahrenquelle würde in casu an der Eigenverantwortlichkeit des O scheitern.<sup>35</sup>

Möglich ist allerdings auch, Fälle wie den vorliegenden bereits aus dem Anwendungsbereich dieser Garantenstellung auszuschließen und sie allein auf reine Sachgefahren zu beschränken.<sup>36</sup> Gibt der BGH diese – von ihm ursprünglich vertretene Konzeption – zu Gunsten einer Erweiterung auf Sachverhalte wie den vorliegenden auf, so ergibt sich hieraus ein Problem. Um die Gefährlichkeit der sachlichen Quelle zu begründen, wird das Vorverhalten des Täters, wie vorliegend der eigene Konsum und das Angebot hierzu an die Gäste, und damit in der Sache ein Element der Ingerenz herangezogen. Damit aber wird überspielt, dass in Wahrheit von diesem Vorverhalten und nicht der Sache selbst, die Gefahr ausgeht.<sup>37</sup> Möchte man der Ingerenz in diesem Kontext einen eigenen Anwendungsbereich belassen, so erscheine es sinnvoll, allein auf diese abzustellen.<sup>38</sup> Es wird sogar postuliert, dass diese restriktive Handhabung der Garantenstellung kraft Sachherrschaft über eine Gefahrenquelle nach Art. 103 II GG geboten ist,<sup>39</sup> was hier dahinstehen soll. Entscheidet man sich folglich für die Exklusivität der Ingerenz für Fälle wie den vorliegenden, kann eine Garantenstellung hieraus mit den bereits angeführten Argumenten gegen die ältere BGH-Rspr. – wobei wiederum die Strafflosigkeit der Überlassung des GBL beachtet werden muss – abgelehnt werden.

<sup>32</sup> Kretschmer, medstra 2016, 167 (169). In diese Richtung auch Roxin, StV 2016, 428 (429), der als entscheidendes Kriterium allerdings die Unvorsätzlichkeit der Gefährdung anführt. Das wäre mE. aber zu restriktiv, weil eine vorsätzliche (Selbst-)Gefährdung, bspw. von Kindern möglich ist, die fehlende Schutzbedürftigkeit hier jedoch aufgrund der fehlenden Eigenverantwortlichkeit anzunehmen wäre (nach Einwilligungslösung: Fehlende Einwilligungsfähigkeit).

<sup>33</sup> Kretschmer, medstra 2016, 167 (169).

<sup>34</sup> Sehr anschaulich hierzu die Bsp. von Kretschmer, medstra 2016, 167 (169), der ua. den Parallellfall anführt, in dem der Gastgeber reichlich Alkohol anbietet und dann ein eigenverantwortlicher Gast – was naheliegend war – eine große Menge konsumiert. Nach dem BGH hätte der Gastgeber dann eine Erfolgsabwendungspflicht und wäre bei Lebensgefahr – soweit Vorsatz vorlag – unter der Strafdrohung der §§ 212 I, 13 I StGB dazu verpflichtet, den Rettungswagen zu verständigen.

<sup>35</sup> Im Ergebnis führt diese Auffassung daher – wie bei der Ingerenz – zum Ausschluss einer Garantenstellung bei eigenverantwortlicher Selbstgefährdung.

<sup>36</sup> Herbertz, JR 2016, 548 (549).

<sup>37</sup> Herbertz, JR 2016, 548 (549).

<sup>38</sup> So Herbertz, JR 2016, 548 (549), die dies aus der „Systematik der Garantenpflichten“ herleitet. Ebenfalls zur Ingerenz-Lösung neigend Kühl, aaO, § 18 Rn. 106.

<sup>39</sup> Dafür aber Herbertz, JR 2016, 548 (550), die auf die Grundsatzentscheidung des BVerfG zur Untreue abstellt, BVerfGE 126, 170 (196 ff.). Hier wurde für die Verfassungsmäßigkeit eine restriktive Auslegung der Tatbestandsmerkmale gefordert. Um dies auch hinsichtlich der Garantenstellung aus § 13 I StGB zu gewährleisten, müssten zumindest die etablierten Fallgruppen in ihrer bisherigen Form Bestand haben, um ein Mindestmaß an Rechtssicherheit iRd. Auslegung zu gewährleisten.

## (bb) Neue Einwände des BGH

Ungeachtet der genauen Bestimmung der in Betracht kommenden Garantenstellung, stellt sich generell die Frage, inwieweit der Umstand Berücksichtigung finden muss, dass das Opfer sich eigenverantwortlich selbstgefährdet hat. Im „Cleanmagic“-Fall von 2011 hatte der BGH diesen noch unerörtert gelassen und lediglich festgestellt, dass zumindest keine „eigenverantwortlich[e] versuchte Selbsttötung“ vorlag, ohne freilich darauf einzugehen, welche Auswirkungen dies andernfalls gehabt hätte.<sup>40</sup> Dieses Defizit<sup>41</sup> hat der BGH nun erfreulicherweise – wenn auch erfolglos – zu beheben versucht. Er weist darauf hin, dass bei einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung allein das im Wesentlichen zutreffend erfasste Risiko, nicht notwendig hingegen der für möglich gehaltene Erfolgseintritt hingenommen werde. Daher liege bei einer erwartungswidrigen Entwicklung des Geschehens hin zum Rechtsgutsverlust kein Verzicht auf Rettungsmaßnahmen vor. Bereits die zum Beleg dieser These angeführte Fundstelle<sup>42</sup> vermag diese Aussage jedoch nicht zu stützen. Dort wird die ältere Rspr. zur Garantenstellung aus Ingerenz bei Überlassung von Betäubungsmitteln nur insoweit verteidigt, als eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung an „gewisse Bedingungen geknüpft werden kann“, bspw., dass bei Komplikationen besondere Hilfspflichten eingreifen.<sup>43</sup> Zwar kann tatsächlich eine solche Beschützergarantenstellung, wohl aus tatsächlicher Übernahme,<sup>44</sup> bestehen, der BGH thematisiert eine solche jedoch nicht.<sup>45</sup> Vorliegend erscheint sie auch abwegig, da der T deutlich gemacht hatte, dass das GBL nicht unverdünnt getrunken werden sollte. Daraus wird deutlich, dass er keine besonderen Hilfspflichten bei Zuwiderhandlung übernehmen wollte, weshalb eine Garantenstellung ausscheidet.<sup>46</sup> Darüber streitet gegen die vom BGH angeführte Begründung, dass es nun mal kennzeichnend für eine Selbstgefährdung ist, dass der Erfolg idR. nicht hingenommen, zumindest aber nicht gewollt ist. Spräche dies gegen einen Zurechnungsausschluss, würde das alle Fälle der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung und der einverständlichen Fremdgefährdung betreffen und damit bspw. die st. Rspr. zur fahrlässigen Tötung durch Drogenüberlassung antasten.<sup>47</sup> Ein Vergleich mit diesen Fällen, in denen die vorsätzliche oder fahrlässige Tötung durch Unterlassen jedenfalls an der physisch-realen Rettungsmöglichkeit scheitert, spricht ebenfalls gegen den BGH. Wäre das Opfer im vorliegenden Fall unrettbar gewesen, dann hätte eine Strafbarkeit nach § 222 StGB aufgrund der eigenverantwortlichen Selbstge-

<sup>40</sup> BGH NStZ 2012, 319 (320). Kritisch dazu Murmann, NStZ 2012, 387 (388).

<sup>41</sup> Hiermit sparte die Entscheidung einen ganz entscheidenden Aspekt aus. Während in denen älteren Parallellfällen die Ingerenz wenigstens – wenn auch unzutreffend – mit den Verstößen gegen das BtMG begründet werden konnte, fehlt hier jegliche Begründung für die Unbeachtlichkeit der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung.

<sup>42</sup> Freund, in: Münchener Kommentar StGB, 2. Aufl. (2011), § 13 Rn. 190.

<sup>43</sup> Vgl. Freund, aaO, § 13 Rn. 190.; so auch noch Freund, in: Münchener Kommentar StGB, 3. Aufl. (2017), § 13 Rn. 190, der auf den vorliegenden und den „Cleanmagic“-Fall nicht eingeht.

<sup>44</sup> Hierzu Wessels/Beulke/Satzger, aaO, Rn. 1011 mwN.

<sup>45</sup> Roxin, StV 2016, 428 (429).

<sup>46</sup> In diese Richtung auch Roxin, StV 2016, 428 (429), der darauf abstellt, dass der T wohl schon gar nicht angenommen haben dürfte, dass es trotz seines Hinweises zu einer Zuwiderhandlung kommen würde. Das ließe sich mit der Argumentation des BGH (Alkohol- und Drogenkonsum der Gäste) sicherlich anders sehen.

<sup>47</sup> Eisele, JuS 2016, 276 (278); Roxin, StV 2016, 428.

fährdung nicht vorgelegen und auch eine Unterlassungstat muss nach dem eben Gesagten ausscheiden. Der Umstand der Rettbarkeit mag zwar nach der Lesart des BGH ein rechtlich relevanter Unterschied sein, jedoch ist er von zahlreichen – für den Täter nicht überblick- und beherrschbaren – Faktoren<sup>48</sup> abhängig, die der Strafbarkeit einen Moment des Zufalls verleihen. Einzig kriminalpolitisch – was für die Überlegungen des BGH sicher nicht unbedeutend gewesen ist – ließe sich anführen, dass eine schwerere Bestrafung als nach § 323c StGB (bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe), für denjenigen, der die lebensbedrohliche Situation (mit-)verursacht hat, geboten ist. Diese Misere erwächst jedoch daraus, dass GBL nicht unter das BtMG und die Überlassung daher nicht unter die Strafdrohung des § 29 I BtMG (bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe) fällt. Eine Anpassung in diesem Bereich würde die Strafraumdifferenz im Bereich der fahrlässigen Tötung durch Unterlassen gänzlich aufheben, im Vorsatzbereich zumindest eine höhere Freiheitsstrafe als nach § 323c StGB ermöglichen.<sup>49</sup>

Insgesamt kann daher mit guten Gründen entgegen der neu vorgebrachten Argumente der Rspr. eine Garantenstellung – sei es aus Ingerenz oder kraft Sachherrschaft über eine Gefahrenquelle – wegen der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung des O abgelehnt werden.

## b) Zwischenergebnis

T hat demnach nicht den Tatbestand eines Tot-schlags durch Unterlassen verwirklicht.

## 2. Ergebnis

Nach überzeugender Auffassung hat T sich daher keines Tot-schlags durch Unterlassen schuldig gemacht.

### Hinweis

Für die Erörterung des vorliegenden Falles nicht erforderlich war der Hinweis des BGH, dass kein eigenverantwortlicher Suizid vorlag. In einer Klausur oder Hausarbeit ist darauf ohne hierfür sprechende Angaben im Sachverhalt – wie im vorliegenden Fall – nicht einzugehen. Mit dieser Vorgehensweise folgt er dem „Cleanmagic“-Urteil, welches dies – wenngleich aus näherliegenden Gründen – ebenfalls feststellte.<sup>50</sup> Während dort jedoch die andernfalls eintretenden Auswirkungen für eine Strafbarkeit wegen Totschlags durch Unterlassen unerörtert blieben, weist der BGH vorliegend darauf hin, dass möglicherweise auch dann eine Strafbarkeit in Betracht käme, dies jedoch in casu nicht zu entscheiden sei. Damit aber lässt er eine Gelegenheit verstreichen, sich gegenüber der überholten<sup>51</sup> Wittig-Rspr.<sup>52</sup> zu positi-

onieren, nach der auch bei eigenverantwortlichem Suizid ein Garant dazu verpflichtet sei, nach Verlust der Handlungsherrschaft den Tod durch Rettungsmaßnahmen zu verhindern. Diese Rspr. stellt einen eklatanten Widerspruch zum Selbstbestimmungsrecht des Sterbewilligen dar und lässt sich mit der Rspr. zum Behandlungsabbruch und der Stärkung der Patientenautonomie durch das Patientenverfügungsgesetz von 2009 nicht vereinbaren.<sup>53</sup> Versteht man diese Aussage als Vorbehalt zur Wittig-Rspr. zurückzukehren,<sup>54</sup> so sendet dies ein fatales Signal an die Praxis.<sup>55</sup>

## II. § 323c StGB

### 1. Tatbestandsmäßigkeit

#### a) Objektiver Tatbestand

Im Ergebnis wird in der Literatur daher durchweg allein eine Strafbarkeit nach § 323c StGB angenommen.<sup>56</sup> Dabei steht außer Streit, dass in Fällen eigenverantwortlicher Selbstgefährdung durch Drogenkonsum ein Unglücksfall<sup>57</sup> vorliegt, wenn sich das bewusst eingegangene Risiko – unglücklicherweise – realisiert (bspw. durch einen auf Tod zielenden Kausalverlauf)<sup>58</sup> und der sich eigenverantwortlich selbst Gefährdende nicht weigert Hilfe anzunehmen<sup>59</sup>. Der T hat trotz des „Unglücksfalls“ die erforderliche Hilfeleistung unterlassen. Auch die Gefahr der Strafverfolgung, die hier möglicherweise aufgrund des Besitzes anderer BtM gemäß § 29 I BtMG drohte, schließt die Zumutbarkeit der Hilfeleistung in aller Regel und im vorliegenden Fall nicht aus.<sup>60</sup>

### Hinweis

Umstritten ist hingegen, ob ein eigenverantwortlicher Suizid bzw. Suizidversuch ein „Unglücksfall“ iSd. § 323c StGB ist. Instrukтив: *Wessels/Hettinger*, BT I, Rn. 60 ff.

Zur Vertiefung: *Freund*, in: Münchener Kommentar StGB, 3. Aufl. (2017), § 323c Rn. 58 ff.

#### b) Subjektiver Tatbestand

T handelte vorsätzlich.

<sup>48</sup> Zu denken ist an die konsumierte Menge des GBL, die Art des Konsums (etwa unverdünnt) und die Konstitution des Opfers (bspw. Wechselwirkung mit konsumiertem Alkohol).

<sup>49</sup> Diesen Aspekt bereits hinsichtlich der älteren Rspr. bei Überlassung von Heroin aufzeigend, *Roxin*, NStZ 1985, 320 (321).

<sup>50</sup> Der BGH hatte hierzu Anlass, denn das Opfer, die verlassene Ex-Freundin des Täters, wollte dessen Aufmerksamkeit erregen. Deshalb lag die Erörterung eines Suizids zumindest näher, als beim schlichten Überkonsum, wie im vorliegenden Fall.

<sup>51</sup> Dazu *Rosenau*, medstra 2017, 46 (49) mit einer umfassenden Auswertung der Literatur.

<sup>52</sup> BGHSt 32, 367 ff. = NStZ 1985, 119 ff.

<sup>53</sup> *Rosenau*, medstra 2017, (im Erscheinen).

<sup>54</sup> So *Kretschmer*, medstra 2016, 167 (168).

<sup>55</sup> Hiermit kann möglicherweise auch OLG Hamburg, Beschl. vom 08.06.2016 – 1 Ws 13/16, medstra 2017, 28 ff. erklärt werden, in dem eine Rückkehr zu Wittig-Rspr. stattfindet. Auch im Fall des KG Berlin, Beschl. vom 12. 12.2016 – 3 Ws 637/16, folgte die StA nun explizit der Wittig-Rspr.

<sup>56</sup> *Eisele*, JuS 2016, 276 ff.; *Kretschmer*, medstra 2016, 167 ff.; *Roxin*, StV 2016, 428 ff.; *Schiemann*, NJW 2016, 178 ff.

<sup>57</sup> Zur Allgemeinen Definition des Unglücksfalls, *Wessels/Hettinger*, BT I, 39. Aufl. (2015), Rn. 1044.

<sup>58</sup> *Rengier*, BT II, 17. Aufl. (2016), § 8 Rn. 28. So auch *Roxin*, NStZ 1985, 319 (321). AA. nur *Fünfsinn*, StV 1985, 57 (59), der unter Verweis auf den Wortlaut – „Unglücksfall“ – eine Hilfspflicht aus § 323c StGB bei eigenverantwortlich Handelnden ablehnen will.

<sup>59</sup> *Freund*, in: Münchener Kommentar StGB, 3. Aufl. (2017), Rn. 64; *Wohl-ers/Gaede*, in: NK § 323c Rn. 5.

<sup>60</sup> Vgl. *Wessels/Hettinger*, aaO, Rn. 1048 mwN. Für den strafbaren Besitz von Heroin geht der BGH in BGH NStZ 1984, 452 f.; NJW 1985, 690 (691) jeweils von der Zumutbarkeit der Hilfeleistung durch Herbeiholen ärztlicher Hilfe aus.

## 2. Rechtswidrigkeit und Schuld

T handelte rechtswidrig und – trotz seines Alkohol- und Drogenkonsums – schuldhaft.

## 3. Ergebnis

T hat sich einer unterlassenen Hilfeleistung nach § 323c StGB schuldig gemacht, indem er es unterließ, ärztliche Hilfe herbeizurufen.

## III. Gesamtergebnis und Konkurrenzen

Folgt man dem BGH, so hat sich T eines Totschlags durch Unterlassen strafbar gemacht, der zugleich verwirklichte § 323c StGB tritt dahinter im Wege der Subsidiarität zurück.<sup>61</sup>

Lehnt man die Garantenstellung ab, hat T sich allein wegen unterlassener Hilfeleistung strafbar gemacht.

### Hinweise für Studierende

(1) Für Studium und Examen ist es wichtig, einen guten Überblick über die in Betracht kommenden Strafbarkeiten bei der Überlassung von Betäubungsmitteln oder, wie in diesem Fall, anderen gefährlichen Substanzen zu haben, deren Konsum einen schädigenden oder tödlichen Ausgang hat. Hier gilt es, sich die – vom BGH unterschiedlich beurteilte – Bedeutung der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung für die verschiedenen Delikte und Anknüpfungspunkte zu verdeutlichen (§ 222 StGB – Durch Überlassung; §§ 212 I, 13 I StGB und § 323c StGB – Durch das Nichtrufen ärztlicher Hilfe).

(2) In einer Klausur hätte man – einem hier vorzugswürdigen chronologischen Aufbau folgend – auch zuerst eine Strafbarkeit des T gemäß § 222 StGB durch das Abstellen der Flasche und Anbieten des GBL prüfen können.<sup>62</sup> Diese Handlung des T war kausal für den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolg (a). Eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung lag mit den Erwägungen des BGH zur Garantenstellung vor, weil die Verletzung fremder Rechtsgüter durch das GBL vorhersehbar („voraussehbare Entwicklung“) und – die Warnung, das GBL solle nicht unverdünnt getrunken werden war insoweit nicht ausreichend – vermeidbar war („hohe Sorgfaltsanforderungen [...], um Lebensgefährlichkeit des Konsums zu begegnen“) (b)<sup>63</sup>. Allerdings wäre anschließend ebenfalls zu problematisieren gewesen, ob dem T der Tod des O objektiv zuzurechnen ist. Eine objektive Zurechnung und damit die Strafbarkeit nach § 222 StGB, würde an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung des O scheitern.<sup>64</sup> Der Verzicht auf eine solche vorangestellte

Prüfung des § 222 StGB erfolgte lediglich, um möglichst nah am Aufbau des Urteils zu bleiben.

(3) Ein interessanter und aktueller Fall für Studierende ist auch: BGH, Urteil vom 22.11.2016 - 1 StR 354/16

Der Fall wich vom vorliegenden nur insofern ab, als die späteren Opfer nicht eigenverantwortlich das GBL des Angeklagten tranken, weil sie irrtümlich das reine GBL für bereits verdünnt hielten und damit das Ausmaß des hiermit verbundenen Risikos grundlegend verkannten. Der BGH wertete das unterlassene Rufen ärztlicher Hilfe wegen fehlendem Tötungsvorsatz als Körperverletzung durch Unterlassen mit Todesfolge (§§ 227 I, 13 I StGB).

## Dipl.-Jur. *Henning T. Lorenz*

Wissenschaftlicher Mitarbeiter  
Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und  
Medizinrecht  
(Prof. Dr. Henning Rosenau)

Repetitor  
Juristisches Repetitorium hemmer

### ► Inhaltsverzeichnis

<sup>61</sup> Renzikowski, in: Matt/Renzikowski, (2013), § 323c Rn. 28; Sternberg-Lieben/Hecker, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. (2013), § 323c Rn. 30 mwN.

<sup>62</sup> So etwa Eisele, JuS 2016, 278 f.

<sup>63</sup> Zur objektiven Sorgfaltspflichtverletzung Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, AT, 12. Aufl. (2016), § 12 Rn. 27 ff.

<sup>64</sup> Es musste an dieser Stelle auch dargelegt werden, dass der Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs ein Verstoß gegen die Vorschriften des BtMG, die den Gesundheitsschutz der Allgemeinheit bezwecken, nicht entgegensteht (st. Rspr. seit BGHSt 32, 262 (264 f.)). GBL unterfällt nicht den Strafvorschriften des BtMG (s.o.), weshalb T nicht gegen das BtMG verstieß. Insoweit ungenau Eisele, JuS 2016, 278 f.

## RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Oberlandesgericht Hamm

### Zum Töten männlicher Eintagsküken als Verstoß gegen § 17 Nr. 1 TierSchG

Beschluss vom 10. Mai 2016, Az. 4 Ws 113/16\*

**Die Praxis des Tötens männlicher Eintagsküken zur Vermeidung von wirtschaftlichen Nachteilen stellt keinen Verstoß gegen die Strafvorschrift des § 17 Nr. 1 Tierschutzgesetz dar.**

(Amtlicher Leitsatz)

#### A) Sachverhalt und Verfahrensgang

In einem Betrieb eines Geflügelzüchters werden kommerziell wertlose, männliche Eintagsküken routinemäßig getötet. Die StA durchsuchte am 31.07.2015 diesen Betrieb und erhob daraufhin Anklage am LG Münster<sup>1</sup> wegen möglichen Verstoßes gegen § 17 Nr. 1 TierSchG. Das LG lehnte den Antrag auf Eröffnung des Hauptverfahrens aus rechtlichen Gründen mit Beschluss vom 7.3.2016 ab. Hiergegen wendete sich die StA mit sofortiger Beschwerde an das OLG Hamm.

#### B) Die Entscheidung

Die Beschwerde hatte keinen Erfolg. Sie wurde als unbegründet verworfen.

Gemäß § 17 Nr. 1 TierSchG wird bestraft, wer ein Wirbeltier ohne vernünftigen Grund tötet.

#### I. Tatbestand

Bei den männlichen Eintagsküken handelt es sich um Wirbeltiere. Sie wurden getötet. Irrelevant ist es dabei nach einhelliger Meinung, ob die Tötung für das Tier schmerzhaft ist.<sup>2</sup>

#### II. Rechtswidrigkeit

Die Tötung muss sowohl ohne vernünftigen Grund als auch ohne allgemeine Rechtfertigungsgründe erfolgt sein.

#### Hinweis

Die Streitfrage, ob der vernünftige Grund ein gesamtatbewertendes Tatbestandsmerkmal oder ein Rechtfertigungsgrund ist, kann hier dahingestellt bleiben, denn sie berührt die im Beschluss diskutierten Rechtsfragen nicht, wie das OLG Hamm richtig erkennt.<sup>3</sup> Auswirkungen hat die Einordnung hingegen bei der Behandlung von Irrtümern.<sup>4</sup>

#### 1. Vernünftiger Grund

Vernünftig ist der Grund, wenn er als triftig, einsichtig und von einem schutzwürdigen Interesse getragen anzuerkennen ist und wenn er unter den konkreten Umständen schwerer wiegt als das Interesse des Tieres an seiner Unversehrtheit.<sup>5</sup> Da der Gesetzgeber nicht selbst den vernünftigen Grund weiter konkretisiert oder eingegrenzt hat, muss eine am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientierte Güter- und Interessenabwägung vorgenommen werden.<sup>6</sup> Der vernünftige Grund stellt sich somit als eine Abwägung gegenläufiger, schutzwürdiger Interessen dar: auf der einen Seite das Interesse des Wirbeltieres an seiner Unversehrtheit und auf der anderen Seite diverse menschliche Interessen.

Da sowohl der Umgang mit als auch die Nutzung von Tieren alltäglich sind, kann verständlicherweise nicht für jeden Fall eine gesonderte Einzelfallprüfung vorgenommen werden. Die Interessenabwägung erfolgt deshalb in gängigen Bereichen generalisiert. Dies geschieht anhand gesetzlicher Regelungen.<sup>7</sup> Erst wenn keine solche für den zu behandelnden Fall ermittelt wird, ist subsidiär eine einzelfallbezogene Interessenabwägung vorzunehmen.<sup>8</sup>

#### a) Vernünftiger Grund kraft gesetzlicher Regelung

Eine solche gesetzliche Regelung kann sich nun auch außerhalb des betreffenden Gesetzes (nämlich des TierSchG) befinden. Dass diese bei der Bestimmung des vernünftigen Grundes zu berücksichtigen ist, gebietet der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung.<sup>9</sup> Eine Norm muss stets so ausgelegt werden, dass sie sich auch gegenüber Normen außerhalb des jeweiligen Gesetzes möglichst widerspruchsfrei in die Rechtsordnung einfügt.<sup>10</sup> Denn das Verhalten, zu dem man durch das eine Gesetz ausdrücklich befugt ist, kann nicht gleichzeitig von einem anderen Gesetz gleicher Ordnung verboten werden.

Dem OLG Hamm folgend, kommen die EG-Verordnung Nr. 1099/2009<sup>11</sup> und die diese umsetzende TierSchlV<sup>12</sup> in Betracht.

<sup>5</sup> OLG Hamm, NStZ 2016, 488 mwN.

<sup>6</sup> OLG Hamm, NStZ 2016, 488 mwN.

<sup>7</sup> Pfohl, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 2. Aufl. (2013), TierSchG § 17, Rn.36.

<sup>8</sup> Pfohl, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 2. Aufl. (2013), TierSchG § 17, Rn.40.

<sup>9</sup> Pfohl, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 2. Aufl. (2013), TierSchG § 17, Rn.37.

<sup>10</sup> Vgl. Basak in: Matt/Renzikowski, StGB (2013), § 1, Rn.22.

<sup>11</sup> Verordnung (EG) Nr. 1099/2009 des Rates vom 24. September 2009 über den Schutz von Tieren zum Zeitpunkt der Tötung.

<sup>12</sup> Verordnung zum Schutz von Tieren im Zusammenhang mit der Schlachtung oder Tötung und zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 1099/2009 des Rates (Tierschutzschlachtverordnung) des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz vom 20.12.2012.

\* Die Entscheidung ist auch abgedruckt in: NStZ 2016, 488.

<sup>1</sup> LG Münster, Beschluss vom 07.03.2016 - 2 Kls 540 Js 290/15 - 7/15.

<sup>2</sup> Vgl. Ort/Reckewell, in: Kluge, TierSchG Kommentar (2002), § 17, Rn. 22; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT II, 10. Aufl. 2002, § 59, Rn. 12.

<sup>3</sup> OLG Hamm, NStZ 2016, 488.

<sup>4</sup> Vgl. Ort/Reckewell, in: Kluge, TierSchG Kommentar (2002), § 17, Rn. 130-133.

### aa) Formale Berücksichtigung einer Regelung

Dazu müssen die EG-Verordnung und die TierSchIV zur deutschen Rechtsordnung gehören.

(1) Die EG-Verordnung ist zwar originär europäisches Recht und somit kein förmliches (Parlaments-)Gesetz.<sup>13</sup> Sie ist aber als verbindlicher Rechtsakt unmittelbar geltendes Recht in den Mitgliedstaaten (Art. 288 II AEUV) und als solches auch Teil der deutschen Rechtsordnung, welches aufgrund des Grundsatzes der unionsrechtskonformen Auslegung<sup>14</sup> berücksichtigt werden muss.<sup>15</sup>

(2) Die TierSchIV hingegen ist eine in der Normhierarchie unterhalb des TierSchG stehende deutsche Verordnung (Art. 80 GG) und damit bei Kollisionen mit dem TierSchG diesem eigentlich unterlegen. Sie dient indes ausweislich ihrer Eingangsformel – jedenfalls auch – der Umsetzung der EG-Verordnung Nr. 1099/2009. Als Konkretisierung der Verordnungsregelungen für den deutschen Rechtsraum, ist sie daher in Anwendungsfällen Verordnung Nr. 1099/2009 – und damit auch bei der Auslegung des TierSchG – notwendig zu beachten.<sup>16</sup>

Sowohl die europäische als auch die nationale Verordnung sind daher formal zu berücksichtigen.

### bb) Inhaltliche Berücksichtigung der Regelungen

Die beiden Verordnungen müssen schließlich auch auf inhaltlicher Ebene eine Aussagekraft über eine generalisierte Interessenabwägung im Sinne des vernünftigen Grundes haben.

Der Art. 4 I iVm. Anl. 1 Kap. 1 Tab. 1 Nr. 4 der EG-Verordnung regelt das „technische Verfahren zur Tötung von männlichen Eintagsküken“<sup>17,18</sup> Ebenso ergibt sich dies für die TierSchIV aus § 12 III iVm. Anl. 1, Nr. 3, weshalb sie bei der Auslegung des § 17 Nr. 1 TierSchG zu berücksichtigen sind.

Die EG-Verordnung dient dabei dem Zweck, „Mindestanforderungen an den Schutz der Tiere zum Zeitpunkt der Schlachtung bzw. Tötung“ zur Vermeidung von Schmerzen, Stress, Angst oder anderen Formen des Leidens zu stellen.<sup>19</sup> Ähnlich drückt sich auch § 1 I TierSchIV aus: Die TierSchIV „dient dem Schutz von Tieren im Zusammenhang mit der Schlachtung oder Tötung“. Ziel ist also bei beiden Verordnungen der Schutz der Tiere während der Tötung – nicht ein Schutz vor der Tötung. So erkennt auch das OLG Hamm:

*„Diese Verordnungen regeln [...] lediglich das Verfahren zur Tötung von männlichen Eintagsküken, d.h. die Frage nach dem „wie“, wohingegen die Frage, ob [...] die Tötung von männlichen Eintagsküken überhaupt zulässig ist und welche Voraussetzun-*

*gen hierfür vorliegen müssen, sich grundsätzlich nach den Regelungen des Tierschutzgesetzes bestimmt.“<sup>20</sup>*

Eine Interessenabwägung im Sinne einer ausdrücklichen Regelung geht somit aus den Verordnungen nicht hervor.<sup>21</sup> Das OLG Hamm bedient sich deshalb eines Umkehrschlusses:

*„[D]ie Verordnungsgeber [sind] bei Erlass dieser Verordnungen offenbar und denknotwendig davon ausgegangen, dass das Töten von männlichen Eintagsküken [...] zur Vermeidung wirtschaftlicher Nachteile generell zulässig ist. Andernfalls wären die beiden Verordnungen und die darin enthaltenen umfangreichen und detaillierten Regelungen über das technische Verfahren zur Tötung von männlichen Eintagsküken überhaupt nicht veranlasst oder erforderlich gewesen.“<sup>22</sup>*

Demnach implizieren die Verordnungen die Zulässigkeit der Praxis des routinemäßigen Tötens männlicher Eintagsküken, weshalb sich aus ihnen ein vernünftiger Grund iSd § 17 Nr. 1 TierSchG ergebe. Folglich wäre das Verhalten des Geflügelzüchters nicht rechtswidrig<sup>23</sup> und somit nicht strafbar.

Die Strafbarkeitsprüfung ist an dieser Stelle bereits vollständig, da ein vernünftiger Grund ermittelt wurde, der die Strafbarkeit ausschließt. Das OLG Hamm stellt jedoch anschließend noch einen weiteren Begründungsstrang an:

### b) Vernünftiger Grund kraft Interessenabwägung

(1) Eine Interessenabwägung könnte bereits implizit von dem Gesetzgeber bzw. der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe im Wege eines Gesetzesänderungsverfahrens durchgeführt worden sein. Im Jahr 2015 wurde ein Gesetzesantrag<sup>24</sup> zur Änderung des TierSchG eingebracht, um die Praxis des routinemäßigen Tötens männlicher Eintagsküken zu beenden. Einen Hinweis darauf geben die Materialien zum Gesetzesvorhaben. Hiernach soll es nämlich erst „künftig“ verboten sein, ein Tier ohne vernünftigen Grund, insbesondere zur Vermeidung wirtschaftlicher Nachteile, zu töten.<sup>25</sup> Daran wird deutlich, dass nach dem bisher geltenden TierSchG die Tötung männlicher Eintagsküken zur Vermeidung wirtschaftlicher Nachteile bislang noch nicht verboten war.

Die am Gesetzesänderungsverfahren Beteiligten sind also implizit von der bisherigen Straflosigkeit ausgegangen. Das OLG Hamm zieht diesen Schluss mit folgender Überlegung:

*„Die angestrebte Änderung des Tierschutzgesetzes wäre wiederum denknotwendig überhaupt nicht erforderlich, wenn das Töten von männlichen Eintagsküken [...] zur Vermeidung wirt-*

<sup>13</sup> OLG Hamm, NStZ 2016, 489.

<sup>14</sup> Der Beschluss des OLG Hamm spricht insofern nur pauschal von der „maßgeblichen Bedeutung“ der EG-Verordnung „bei der Konkretisierung und der Auslegung des offenen Tatbestandes des § 17 Nr. 1 TierSchG.“

<sup>15</sup> Zustimmung, dass eine einschlägige EG-Verordnung einen vernünftigen Grund darstellen kann: Pfohl, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 2. Aufl. (2013), TierSchG § 17, Rn. 38.

<sup>16</sup> Auch hier spricht der Beschluss nur von der „maßgeblichen Bedeutung“, vgl. Fußnote 14.

<sup>17</sup> OLG Hamm, NStZ 2016, 489.

<sup>18</sup> So auch LG Münster, NuR 2016, 292, Rn. 25.

<sup>19</sup> EG-Verordnung Nr. 1099/2009, Abs. 1.

<sup>20</sup> OLG Hamm, NStZ 2016, 489.

<sup>21</sup> Zu diesem Schluss kommt auch Pfohl hinsichtlich der TierSchIV mit der Begründung, nationale Rechtsverordnungen können nicht als vernünftiger Grund angesehen werden, wenn sie auf § 2a bzw. § 4b TierSchG beruhen (wie die TierSchIV), da sich solche Regelungen nur mit dem „Wie“, nicht dem „Ob“ einer Tötung befassen, vgl. Pfohl, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 2. Aufl. (2013), TierSchG § 17, Rn. 39.

<sup>22</sup> OLG Hamm, NStZ 2016, 489.

<sup>23</sup> Bzw. nicht tatbestandsgemäß, je nachdem, an welcher Stelle man den „vernünftigen Grund“ verortet, vgl. Hinweis S. 51.

<sup>24</sup> Gesetzesantrags des Landes Nordrhein Westfalen vom 30.06.2015 zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Tierschutzgesetzes, BR-Dr. 310/15.

<sup>25</sup> BR-Dr. 310/15, S.2.

schaftlicher Nachteile bereits nach der derzeit geltenden Gesetzeslage strafbar wäre.“<sup>26</sup>

Der Gesetzesantrag zeige also, dass das Töten männlicher Eintagsküken zur Vermeidung wirtschaftlicher Nachteile einen vernünftigen Grund nach dem derzeit geltenden TierSchG darstelle.

(2) Die Interessenabwägung könnte aber im Lichte des Gesetzesänderungsantrags neu anzustellen sein, denn daran zeigt sich gerade eine „Änderung der ethischen Einstellung und der Wertvorstellungen in der Bevölkerung zu der Beziehung zwischen Mensch und Tier“<sup>27</sup>. Eine daran angepasste Interessenabwägung ohne Gesetzesänderung verstößt allerdings gegen Art. 103 II GG, § 1 StGB. Nach dem darin festgeschriebenen strengen Bestimmtheitsgebot im Strafrecht kann eine Tat nur dann bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. So schlussfolgert das OLG Hamm:

„Für eine solche Auslegung des § 17 Nr. 1 TierSchG bedarf es [...] vielmehr einer (klarstellenden) gesetzgeberischen Entscheidung. Dies gilt insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass über die Strafbarkeit der Tötung von männlichen Eintagsküken [...] in der Rspr. offenbar bislang noch nicht entschieden worden ist.“<sup>28</sup>

## 2. Zwischenergebnis

Die Stellungnahme der Bundesregierung formuliert also ausdrücklich, während die weiteren am Gesetzänderungsverfahren Beteiligten dies auch implizit anzeigen, dass die bisherige Praxis der Tötung männlicher Eintagsküken zur Vermeidung wirtschaftlicher Nachteile in einer Interessenabwägung einen vernünftigen Grund nach dem geltenden § 17 Nr. 1 TierSchG ist.<sup>29</sup>

## III. Ergebnis

Das Verhalten des Geflügelzüchters ist somit von einem vernünftigen Grund umfasst und damit nicht gemäß § 17 Nr. 1 TierSchG strafbar.

### C) Hinweise zur Entscheidung des Senats

Wie dargestellt, bedient sich das OLG Hamm zweier – dem Anschein nach – alternativer Begründungsrichtungen, um einen vernünftigen Grund für die Tötung männlicher Eintagsküken zu eruieren. (I.) Von höherrangigem EU-Recht wird auf eine implizite Zulässigkeit geschlossen. (II.) In dem Gesetzesänderungsantrag des Landes Nordrhein-Westfalen sowie dem darauf folgenden (noch nicht beendeten) Gesetzänderungsverfahren wird die Bestätigung dafür gesehen, dass die Tötung männlicher Eintagsküken nach dem geltenden TierSchG zulässig ist.

Beide Begründungsansätze sind durchgreifenden Bedenken ausgesetzt:

### I. Zur Heranziehung des EU-Rechts

Es kann bereits bezweifelt werden, ob die Tötung gerade aufgrund von Unwirtschaftlichkeit in den Anwendungsbereich der EG-Verordnung fällt. In der EG-Verordnung erstreckt er sich

auf „die Tötung von Tieren, die zur Herstellung von Lebensmitteln [...] gezüchtet [...] werden sowie über die Tötung von Tieren zum Zwecke der Bestandsräumung“. Allerdings erscheint es zweifelhaft, ob diese Formulierung die Tötung aufgrund von Unwirtschaftlichkeit – wie im vorliegenden Fall – mit einschließt. Denn gerade die männlichen Küken werden nicht für die wirtschaftliche Verwertung gezüchtet, sondern fallen lediglich als „kommerziell wertloses“<sup>30</sup> Nebenprodukt ab. Die Verordnungen müssen jedoch nur dort berücksichtigt, wo der zu betrachtende Fall vom Anwendungsbereich der Verordnungen umfasst ist.

Der vom OLG Hamm vorgenommene Umkehrschluss ist logisch angreifbar. Wie der Senat nämlich zutreffend erkennt, soll die Verordnungen gerade keine Auskunft über die Gründe von Tiertötungen geben (also nur das „Wie“ festlegen). Wenn das so ist, dann kann der Ordnungsgeber aber lediglich davon ausgegangen sein, dass es irgendeinen Anwendungsbereich für ihre Regelungen geben müsse. Dieser kann bspw. in der Bestandsräumung (Art. 1 I der EG-Verordnung) liegen, was gerade nicht die Tötung aus Unwirtschaftlichkeit begründen würde. Die in der EG-Verordnung geregelte Tötung der Küken ist also weder offenbar noch denkbare Voraussetzung für den Fall geregelt worden, dass männliche Eintagsküken aufgrund von Unwirtschaftlichkeit getötet werden.

Insofern gewähren die Verordnungen auch keine Befugnis, männliche Eintagsküken aufgrund von Unwirtschaftlichkeit zu töten, sondern bezeichnen nur die Pflicht zu einer bestimmten Tötungsmethode, wenn eine (vorherige) Befugnis zur Tötung vorliegt. Die EG-Verordnung kann folglich nicht zur Auslegung des § 17 Nr. 1 TierSchG herangezogen werden, weil sie keine Interessenabwägung beinhaltet.

Selbst wenn man dem Umkehrschluss des OLG Hamm folgt, ist es den Mitgliedstaaten trotz der EG-Verordnung freigestellt, schärfere, im Sinne von schützendere Regelungen anzuwenden. Die EG-Verordnung dient ausweislich ihrer Überschrift dem Schutz der Tiere zum Zeitpunkt der Tötung vor Schmerzen, Stress, Angst oder anderen Formen des Leidens. Wenn eine eigenständige Interessenabwägung beim vernünftigen Grund iSd. TierSchG zu dem Ergebnis kommt, dass eine Tiertötung allein aus wirtschaftlichen Gründen unvernünftig, also verboten ist, stellt dies mithin eine Erhöhung des Schutzniveaus dar. Denn der höchstmögliche Schutz vor Leiden bei der Tötung eines Tieres ist es, das Tier erst gar nicht zu töten.

### II. Zur Heranziehung des Gesetzesänderungsantrages

Im Gesetzesantrag eine angestrebte Änderung der Gesetzeslage allein aufgrund des Wortes „künftig“ zu sehen, ist kaum belastbar. Ein Gesetzesantrag ist lediglich ein zur Diskussion offener Vorschlag. Er ist eben noch nicht selbst Gesetz und sollte deshalb auch nicht wie eines ausgelegt werden. Darüber hinaus gibt der Beschluss des OLG Hamm selbst zu erkennen, dass andere am Verfahren Beteiligten (namentlich die Generalstaatsanwaltschaft) davon ausgehen, dass bereits nach geltender Gesetzeslage diese Art der Tötung unzulässig sei.

<sup>26</sup> OLG Hamm, NStZ 2016, 489.

<sup>27</sup> OLG Hamm, NStZ 2016, 489.

<sup>28</sup> OLG Hamm, NStZ 2016, 489.

<sup>29</sup> Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Dr. 18/6663, Anlage 2, S.10.

<sup>30</sup> LG Münster, NuR 2016, 292, Rn.1.

Weiter geht das OLG Hamm davon aus, dass ein Gesetzesänderungsantrag das Ziel verfolgt, die Rechtslage (zumindest in diesem Fall) zwingend zu ändern. Der Antrag des Landes Nordrhein Westfalen erfolgte jedoch gerade aus einer Rechtsunsicherheit heraus und eben nicht aus der sicheren Erkenntnis, dass das Töten männlicher Eintagsküken aus Unwirtschaftlichkeit bislang nicht gegen das TierSchG verstoße,<sup>31</sup> vor allem auch in Hinblick darauf, dass bis zu dem Antragszeitpunkt noch nicht gerichtlich über eine Strafbarkeit entschieden wurde. Der Gesetzesantrag ist also lediglich als Bitte um Klarstellung zu verstehen. Die noch ausstehende Gesetzesänderung kann folglich auch als klarstellende Servicenorm verstanden werden.

Darüber hinaus verschleiert die Formulierung „Die angestrebte Änderung [...] wäre wiederum denknotwendig überhaupt nicht erforderlich, wenn [...]“, dass die Änderung noch nicht Gesetzeswirklichkeit geworden ist, sondern lediglich einen Vorschlag darstellt, über den im Gesetzgebungsprozess überhaupt erst beraten und der auf seine Notwendigkeit hin geprüft werden muss. Der Beschluss geht jedoch irrig davon aus, dass jeder Gesetzesantrag sinnvoll und begründet („erforderlich“) ist. Dem Bundestag (der zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht über den Antrag beraten hat) wird damit die Kompetenz abgesprochen, selbst eine Einschätzung bezüglich der Erforderlichkeit des Antrags vorzunehmen. Indem also das OLG Hamm dem noch nicht beschiedenen Antrag seine Erforderlichkeit zuspricht, greift es in unzulässiger Weise in den Kernbereich der Legislative ein.

Das OLG Hamm verkennt also, dass bislang eben nicht geklärt ist, ob die Tötungspraxis strafbar ist oder nicht. Denn wie das es richtig feststellt, wurde in der Rechtsprechung bezüglich dieser Frage noch nicht entschieden. Es kann somit nicht der Schluss gezogen werden, dass von einer Straffreiheit ausgegangen werden muss, nur weil es bislang in dieser Frage noch nicht zur Anklage kam.

Auch die erwähnte „jahrelange angewandte und aus Sicht der Behörden stets geduldete Praxis“ kann über diese Rechtsunsicherheit nicht hinweg helfen. Denn wie die Vorinstanz richtig angibt, hat eine „stillschweigende oder ausdrückliche behördliche Genehmigung [...] keine rechtfertigende Wirkung, da das Rechtsgut des Tierschutzgesetzes nicht zur Disposition der Fachaufsicht stehe“.<sup>32</sup>

Zwar kann dem Ansatz des OLG Hamm gefolgt werden, wenn es impliziert, dass die Legislative über die Strafbarkeit von Verhaltensweisen bestimmt. Indem das Gericht seine Begründung aber gerade darauf aufbaut, der Legislative eine Bewertung der Gesetzeslage in den Mund zu legen, ist der Beschluss einem Zirkelschluss unterlegen.

### III. Ausblick

Dieses höchst brisante Thema der Tötung männlicher Eintagsküken aus Unwirtschaftlichkeit und damit auch die in den

überwiegenden Teilen mangelhafte Begründung des soeben besprochenen Beschlusses könnte jedoch glücklicherweise bald seinen Anwendungsbereich verloren haben. Die Stellungnahme der Bundesregierung zum Gesetzesänderungsantrag zeigt einen Ausweg aus der Tötungspraxis: „[S]obald ein praxistaugliches Verfahren für die In-Ovo-Geschlechtsbestimmung auf dem Markt ist, liegt kein vernünftiger Grund im Sinne des § 1 Satz 2 TierSchG mehr vor. Die Entwicklung eines praxistauglichen Verfahrens führt damit bereits nach geltendem Recht zu einem Verbot des Tötens männlicher Eintagsküken“<sup>33</sup>. Im Zuge der Tierwohl-Initiative des BMEL hat Christian Schmidt im Rahmen der Grünen Woche 2017 einen Apparat vorgestellt, der das Geschlecht der Tiere bereits im Ei (also in ovo) bestimmen kann. Die Stellungnahme der Bundesregierung legt also nahe, dass, sobald das neue Verfahren marktreif ist, die Interessenabwägung im Sinne des vernünftigen Grundes zu dem Ergebnis kommt, dass das routinemäßige Töten männlicher Eintagsküken aus Unwirtschaftlichkeit nicht mehr zulässig ist.

#### Hinweise für Studierende

Obwohl Tierschutzdelikte wie der § 17 TierSchG nicht Examensprüfungsstoff sind, ist eine Beschäftigung mit ihnen trotzdem aus vielerlei Hinsicht aufschlussreich: Zunächst ist zu erkennen, dass das Tierschutzrecht eine wachsende Rolle im deutschen Recht einnimmt, nicht zuletzt seit der Erweiterung des Art. 20a GG um den Tierschutz als Staatsziel. Er wurde damit in den Verfassungsrang gehoben und unterliegt nicht mehr per se anderem, kollidierendem Verfassungsrecht. Darüber hinaus ist die Praxis der Tötung männlicher Eintagsküken vielschichtig diskutiert worden, sowohl in einer weiten gesellschaftlichen Debatte als auch auf strafrechtlichem Rechtswege, wozu der soeben besprochene Beschluss gehört, und auf verwaltungsrechtlichem Rechtswege.<sup>34</sup> Hieran lassen sich gut Schnittpunkte und das Verhältnis zwischen den verschiedenen Rechtsgebieten nachvollziehen. Der besprochene Beschluss ist deshalb auch für Studierende beachtenswert, weil er diverse übergeordnete Rechtsgrundsätze beinhaltet, die auch für (examensrelevante) Prüfungen von Bedeutung sind, wie der Einheit der Rechtsordnung und den Bestimmtheitsgrundsatz.

### Antje Schulz

Wissenschaftliche Hilfskraft mit Abschluss  
Lehrstuhl für Strafrecht und Rechtsphilosophie/Rechtstheorie  
(Prof. Dr. Joachim Renzikowski)

#### ► Inhaltsverzeichnis

<sup>31</sup> Vgl. Gesetzesantrag des Landes Nordrhein Westfalen, BR-Dr. 310/15, S.2, aus dem hervorgeht, dass die bislang angewandte und behördlich geduldete Tötungspraxis in Widerspruch mit der Grundkonzeption des TierSchG stehe.

<sup>32</sup> LG Münster, NuR 2016, 292, Rn.9.

<sup>33</sup> Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Dr. 18/6663, Anlage 2, S.10.

<sup>34</sup> Erstinstanzlich: VG Minden, Urt. v. 30. 1. 2015 – 2 K 83/14 und 2 K 80/14, zweitinstanzlich: OVG Münster, Urt. v. 20.05.2016 – 20 A 488/15 und 20 A 530/15, anhängiges Revisionsverfahren beim BVerwG – 3 C 28.16 und 3 C 29.16.

## RECHTSPRECHUNG ÖFFENTLICHES RECHT

Bundesverfassungsgericht

### Prüfungscompetenz und Prüfungsdichte des Bundesverfassungsgerichts bei „informellen Absprachen“

Beschluss vom 21. April 2016, Az. 2 BvR 1422/15

1. Verfahrensbeschränkungen nach § 154a Abs. 2 StPO sind zulässiger Gegenstand einer strafprozessualen Verständigung nach § 257c StPO, solange nicht zusätzliche Umstände darauf hindeuten, dass die Verfahrensbeschränkung im Einzelfall der Umgehung des in § 257c Abs. 2 S. 3 StPO normierten Verbots dienen soll.

2. Ob eine strafprozessuale Verständigung vorliegt, richtet sich allein danach, was mit den Äußerungen und Verfahrenshandlungen unter Berücksichtigung des Gesamtzusammenhangs und des Empfängerhorizonts den Umständen nach bezweckt war. Wesentliches Kriterium der Verständigung ist dabei die synallagmatische Verknüpfung der in Aussicht gestellten Leistungen.

3. Verkennt das Revisionsgericht, dass derartige Verhaltensweisen außerhalb des von § 257c Abs. 2-5 StPO zugelassenen Rahmens („informelle Absprachen“) von § 257c Abs. 1 StPO strikt verboten werden, so liegt darin ein nicht zu rechtfertigender Verstoß gegen das Recht des Beschuldigten auf ein faires Verfahren.

(Leitsätze des Bearbeiters)

#### A) Sachverhalt (vereinfacht und verkürzt)<sup>1</sup>

T war vor dem Landgericht u.a. wegen Bestechung (§ 334 StGB) und Beihilfe zur Untreue (§§ 266, 27 StGB) angeklagt. Ihm wurde vorgeworfen als Mehrheitsgesellschafter eines Sicherheitsdienstleisters den Projektleiter zweier Bauprojekte bestochen und den so erhaltenen Auftrag genutzt zu haben, um mittels gefälschter Leistungsnachweise im Zeitraum vom 31. Mai 2001 bis 30. Juni 2002 fünfzehn um insgesamt mindestens 800.000 Euro überhöhte Rechnungen zu erstellen.

In der Anklageschrift hatte die Staatsanwaltschaft den für eine Untreue erforderlichen Vermögensnachteil auf 3,7 Millionen Euro beziffert. Bereits zu Beginn der Hauptverhandlung wies der Vorsitzende die anderen Verfahrensbeteiligten jedoch darauf hin, dass er sich eine „höhenmäßige Beschränkung“ des Untreueschadens nach § 154a Abs. 2 StPO vorstellen könne. Daraufhin regte der Verteidiger des T eine Beschränkung des Untreueschadens auf ca. eine Million Euro an, wohingegen der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft mindestens 1,4 Millionen Euro und eine substantielle Schadenswidrigkeit forderte. Dies lehnte T kategorisch ab, regte jedoch eine Verständigung (§ 257c StPO) dergestalt an, dass er bereit sei ein Geständnis im Hinblick auf eine Schadenshöhe zwischen

800.000 und einer Million Euro abzulegen. Da die Verfahrensbeteiligten nicht übereinkamen, stellte der Vorsitzende in der Sitzung fest, dass eine Verständigung nicht zu erwarten sei.

An einem späteren Sitzungstermin, nachdem zahlreiche Beweisanträge seitens der Verteidigung gestellt wurden, bat der Vorsitzende die Staatsanwaltschaft erneut um Prüfung, ob nicht eine „Beschränkung des Verfahrens der Höhe nach“ möglich sei; gemeint war erneut § 154a StPO. Hierauf ging der zuständige Abteilungsleiter der Staatsanwaltschaft in einer Email – die auch der Verteidiger des T erhielt – ein, indem er vorschlug, das Verfahren auf eine Schadenshöhe von ca. 800.000 Euro zu beschränken. Dies entspreche „unter anderem“ den in einem bestimmten Zeitraum illegitim gestellten Rechnungen des T, was indes nicht heiße, dass nicht sämtliche Rechnungen Teil des Verfahrens bleiben sollten. Die Zustimmung zu einer solchen Beschränkung hänge jedoch notwendig davon ab, dass das Verfahren ohne die Erledigung weiterer Beweisanträge zu einem schnellen Ende komme. Andernfalls werde die Staatsanwaltschaft prüfen, ob nicht bereits ausgeschiedene Verfahrensteile wieder einbezogen werden können.

Der Vorschlag wurde am folgenden Sitzungstag zwischen den Beteiligten erörtert. Dabei wies der Vorsitzende darauf hin, dass eine – ausdrückliche oder konkludente – Verständigung nicht in Betracht komme. T müsse seine Beweisanträge nicht zurückziehen bzw. könne weitere stellen und die Staatsanwaltschaft sei zur Beschränkung der Strafverfolgung nicht verpflichtet bzw. könne ausgeschiedene Teile des Verfahrens auch wieder einbeziehen. Nach einer Unterbrechung der Hauptverhandlung erließ das Gericht den Beschränkungsbeschluss, die Staatsanwaltschaft stimmte zu und der Verteidiger des T nahm die gestellten Beweisanträge zurück.

Am folgenden Sitzungstag ließ sich T zur Sache ein. Er habe Leistungsbelege neu geschrieben, wodurch die gestellten Rechnungen um mindestens 350.000 Euro zu hoch waren. Aber auch einen Schaden von bis zu 800.000 Euro könne er nicht ausschließen. Bevor der Vorsitzende die Hauptverhandlung schloss, stellte er fest, dass es keine Verständigung gem. § 257c StPO gegeben habe.

T wurde wegen Bestechung und Beihilfe zur Untreue zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und drei Monaten verurteilt, wovon vier Monate als bereits vollstreckt gelten sollten.

<sup>1</sup> BVerfG, Beschl. v. 21.04.2016, Az.: 2 BvR 1422/15, Rn. 1-9

## B) Verfahrensgang<sup>2</sup>

Gegen die Entscheidung des Landgerichts ging T mittels einer Revision vor. Die Verfahrensrüge war auf eine Verletzung von § 257c Abs. 3 S. 3 und 4 StPO gestützt. Zur Begründung führte er aus, dass die Verfahrensbeschränkung nach § 254a StPO sehr wohl Inhalt einer Verständigung sein könne und eine Verknüpfung von Verfahrensbeschränkung (Leistung) und einem bestimmten Prozessverhalten (Gegenleistung) ein Austauschverhältnis konstituieren, wie es für eine Verständigung nach § 257c StPO typisch sei. Da er nicht angehört wurde und auch seine Zustimmung nicht eingeholt wurde, sieht sich T zum einen in seinem Recht auf rechtliches Gehör verletzt und zum anderen handele es sich um eine informelle Absprache, die nach der Entscheidung des BVerfG aus dem Jahre 2013<sup>3</sup> strikt verboten sei.

Der Generalbundesanwalt hielt dem in seiner Stellungnahme entgegen, dass der Anwendungsbereich des Verständigungsgesetzes nicht eröffnet sei, denn der Wille der Verfahrensbeteiligten war gerade nicht auf eine rechtsverbindliche Verpflichtung gerichtet. Der fehlende Rechtsbindungswille werde vor allem durch die Erklärung des Vorsitzenden deutlich, dass eine Verständigung nicht in Betracht komme. Die Verfahrensbeschränkung und die Rücknahme der Beweisanträge kamen somit prozessordnungsgemäß zustande und eine möglicherweise fehlende Aufklärung des 800.000 Euro übersteigenden Vermögensnachteils beschwere den Angeklagten jedenfalls nicht.

Die Revision wurde ohne Begründung im Beschlusswege als „offensichtlich unbegründet“ verworfen (vgl. § 349 Abs. 2 StPO).<sup>4</sup>

## C) Die Entscheidung der Kammer

Über Annahme der hiergegen – und gegen die Entscheidung des LG – gerichteten Verfassungsbeschwerde des T hatte sodann die 2. Kammer des 2. Senats des BVerfG zu befinden. Diese sah die Sachentscheidungsvoraussetzungen jedoch nur im Hinblick auf die Rüge der Entscheidung des BGH und nur im Hinblick auf die Verletzung des Rechts des T auf ein faires Verfahren als gegeben an<sup>5</sup>:

*„Soweit sich die Verfassungsbeschwerde gegen die Revisionsentscheidung richtet, wird sie zur Entscheidung angenommen [...]. Die dem Beschluss des Bundesgerichtshofs zugrunde liegende Auslegung und Anwendung des § 257c Abs. 1 Satz 1 StPO verletzt das Grundrecht des Beschwerdeführers auf ein faires Verfahren (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG)“*

### Hinweis

Wenn die verfassungsrechtlichen Fragen, welche in einer Streitigkeit relevant werden, bereits durch das BVerfG geklärt sind, kann die Entscheidung auch von einer der Kammern – also der Besetzung mit drei Berufsrichtern – getroffen werden (§ 93c Abs. 1 S. 1 BVerfGG). Aus diesem Grunde geht es in der hier untersuchten Entscheidung auch nicht um die Frage der Ausle-

gung von Verfassungsrecht, sondern „nur“ darum, ob dieses bzw. seine Auslegung durch das BVerfG durch den Rechtsanwender – hier den BGH – beachtet wurden.<sup>6</sup>

## I. Der Schutzbereich des „fair-trial“-Grundsatzes

Zum Schutzbereich des hier entscheidungsgegenständlichen Rechts auf ein faires Verfahren führt die Kammer sodann aus<sup>7</sup>:

*„Das Recht auf ein faires Verfahren hat seine Wurzeln im Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit den Freiheitsrechten und Art. 1 Abs. 1 GG<sup>8</sup> [...] und gehört zu den wesentlichen Grundsätzen eines rechtsstaatlichen Verfahrens [...].<sup>9</sup> Es enthält keine in allen Einzelheiten bestimmten Ge- oder Verbote; vielmehr bedarf es der Konkretisierung je nach den sachlichen Gegebenheiten [...].<sup>10</sup> Diese Konkretisierung ist zunächst Aufgabe des Gesetzgebers und sodann, in den vom Gesetz gezogenen Grenzen, Pflicht der zuständigen Gerichte bei der ihnen obliegenden Rechtsauslegung und -anwendung [...].<sup>11</sup> Die Gerichte haben den Schutzgehalt der in Frage stehenden Verfahrensnormen und anschließend die Rechtsfolgen ihrer Verletzung zu bestimmen. Dabei sind Bedeutung und Tragweite des Rechts auf ein faires Verfahren angemessen zu berücksichtigen, damit dessen wertsetzende Bedeutung auch auf der Rechtsanwendungsebene gewahrt bleibt [...].<sup>12</sup> Die Verkennung des Schutzgehalts einer verletzten Verfahrensnorm kann somit in das Recht des Beschuldigten auf ein faires Verfahren eingreifen [...].“<sup>13</sup>*

Die verfassungsrechtliche Bedeutung der hier – möglicherweise – nicht in ausreichendem Maße berücksichtigten Regelungen über die Verständigung im Strafverfahren (insbes. § 257c StPO) steht nicht zuletzt seit der Grundsatzentscheidung des 2. Senates über die Zulässigkeit dieser Praxis außer Frage.<sup>14</sup> Der Schutzbereich des Rechtes auf ein faires Verfahren ist insofern eröffnet.

## II. Die Verletzung des „fair-trial“-Grundsatzes durch die Entscheidung des BGH

Ein Eingriff in den Schutzbereich kommt sodann in Frage, wenn der BGH bei der Anwendung und Auslegung des einfachen Rechts grundrechtliche Wertungen nicht beachtet oder falsch eingeschätzt hat. Denn aufgrund der unmittelbaren Grundrechtsverpflichtung der Judikative (Art. 1 Abs. 3 GG), liegt in einem derartigen Übersehen bzw. Verkennen, eine – in die sachliche Zuständigkeit des BVerfG fallende – Verletzung spezifischen Verfassungsrechts.<sup>15</sup>

<sup>6</sup> Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 7. Aufl. (2016), § 51 Rn. 67.

<sup>7</sup> BVerfG, Beschl. v. 21.04.2016, Az.: 2 BvR 1422/15, Rn. 16.

<sup>8</sup> Vgl. BVerfGE 57, 250 (274 f.); 86, 288 (317); 118, 212 (231); 122, 248 (271).

<sup>9</sup> Vgl. BVerfGE 38, 105 (111); 46, 202 (210).

<sup>10</sup> Vgl. BVerfGE 57, 250 (275 f.); 70, 297 (308); 130, 1 (25).

<sup>11</sup> Vgl. BVerfGE 63, 45 (61); 64, 135 (145); 122, 248 (272); 133, 168 (Rn. 59).

<sup>12</sup> Vgl. zur Bedeutung der Grundrechte als objektive Wertordnung BVerfGE 7, 198 (205 ff.) mwN.

<sup>13</sup> Vgl. BVerfGK 9, 174 (188 f.); 17, 319 (328); BVerfG, Beschl. v. 15.01.2015, Az.: 2 BvR 2055/14, Rn. 14 und BVerfG, Beschl. v. 9.12.2015, Az.: 2 BvR 1043/15, Rn. 6.

<sup>14</sup> BVerfGE 133, 168 ff.

<sup>15</sup> Sog. „Heck’sche Formel“, vgl. BVerfGE 18, 85 (93); NJW 1998, 519 (521); weiterführend: Manssen, Staatsrecht II, 13. Aufl. (2016), § 5 Rn. 120 ff. und § 8 Rn. 207.

<sup>2</sup> BVerfG, Beschl. v. 21.04.2016, Az.: 2 BvR 1422/15, Rn. 10 f.

<sup>3</sup> BVerfGE 133, 168 ff.

<sup>4</sup> BGH, Beschl. v. 25.06.2015, Az.: 1 StR 120/15.

<sup>5</sup> BVerfG, Beschl. v. 21.04.2016, Az.: 2 BvR 1422/15, Rn. 15

Bei der Entscheidung des BGH stellt sich indes das Problem, dass dieser seinen Beschluss nicht näher begründet hat. Das ist in Fällen der Verwerfung aufgrund „offensichtlicher Unbegründetheit“ (§ 349 Abs. 2 StPO) keineswegs selten<sup>16</sup> und wird vom BVerfG so akzeptiert.<sup>17</sup> Da diese sog. „ou“-Verwerfung auf Antrag der Staatsanwaltschaft erfolgt (welcher zu begründen ist), geht man insofern davon aus, dass sich das Gericht die Argumentation der Anklagebehörde „zu eigen macht“.<sup>18</sup> Im vorliegenden Fall ist daher davon auszugehen, dass sich der BGH den Ausführungen des Generalbundesanwaltes anschloss.

Im Hinblick auf den eingangs genannten Prüfungsmaßstab war es sodann an der Kammer, eben diese Begründung auf ein mögliches Verkennen bzw. Übersehen grundrechtlicher Wertungen bei der Auslegung und Anwendung des § 257c StPO zu untersuchen. Da es sich um das Verfahren nach § 93c Abs. 1 BVerfGG handelt, unterliegt die Prüfungskompetenz der Kammer dabei einer zusätzlichen Beschränkung: Sie ist an die Senatsentscheidung gebunden, in welcher die Streitgegenständlichen Rechtsfragen bereits entschieden wurden. Im vorliegenden Fall betrifft dies die Entscheidung des 2. Senates vom 19. März 2013<sup>19</sup>, in welcher dieser – freilich unter anderem – feststellte, dass sog. „informelle Absprachen“, also verständigungsähnliche Verhaltensweisen, die sich außerhalb der gesetzlichen Regelung zur Verständigung bewegen, mit dem Grundgesetz nicht zu vereinbaren sind.

### 1. Das Verbot „informeller Absprachen“

Um mithin eine hinreichende Entscheidungsgrundlage zu haben, fasst die Kammer die wesentlichen Erwägungen des zweiten Senates im Hinblick auf „informelle Absprachen“ (auch „Gentlemen’s Agreement“ oder „Deal“ genannt) noch einmal zusammen.

Von besonderer Bedeutung war dabei der Wille des Gesetzgebers. Denn dieser war sich bei der Konzeption des „Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren“<sup>20</sup> durchaus bewusst, dass er durch das Einfügen einer konsensualen Erledigungsform möglicherweise einen durchaus sensiblen Bereich der StPO antastet: Den Untersuchungsgrundsatz (§ 244 Abs. 2 StPO).<sup>21</sup> Da dieser jedoch notwendige Voraussetzung für die Verhängung einer schuldangemessenen Strafe ist, stand er – als Teil des materiellen Schuldprinzips – nicht zur Disposition.<sup>22</sup> Der mit dem Verständigungsgesetz gefundene Kompromiss aus Förderung der Kommunikation, eingeschränkter Bindung von Strafrahmenzusagen und reversiblen Transparenzpflichten, war nach dem Willen des Gesetzgebers mithin der einzig Weg, eine rechtlich verbindliche Verständigung zwischen den Ver-

fahrensbeteiligten mit dem verfassungsrechtlich verbürgten Untersuchungsgrundsatz in Einklang zu bringen.<sup>23</sup> Eine Verständigung außerhalb der vorgesehenen Regeln – insbesondere § 257c StPO – ist damit unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten ausgeschlossen; das Verständigungsgesetz ist „umfassend und abschließend“.<sup>24</sup> Für die zur Überprüfung der Einhaltung der Regelungen berufenen Revisionsgerichte bedeutet das<sup>25</sup>:

„Die Auslegung und Anwendung des Verständigungsgesetzes hat sich zuvörderst an diesem gesetzgeberischen Konzept zu orientieren [...].<sup>26</sup> Außerhalb des gesetzlichen Regelungskonzepts erfolgende „informelle“ Absprachen oder ‚Deals‘ sind wegen der mit ihnen verbundenen Gefährdung des Schuldprinzips, der darin verankerten Wahrheitserforschungspflicht und des dem Rechtsstaatsprinzip innewohnenden Prinzips des fairen Verfahrens bereits von Verfassungen wegen untersagt [...].<sup>27</sup>“

#### Hinweis

Was die Kammer hier nicht wiederholt, ist der Hinweis des zweiten Senates, dass eine solche „informelle Absprache“ auch strafrechtliche Folgen für die an ihr beteiligten Richter haben kann. Im Urteil vom 19. März 2013 wurde insofern explizit die Falschbeurkundung im Amt (§ 348 StGB) genannt.<sup>28</sup> In der Literatur wird indes die Strafbarkeit wegen Rechtsbeugung (§ 339 StGB) favorisiert.<sup>29</sup>

### 2. Das Geschehen vor dem LG als „informelle Absprache“

Handelt es sich bei dem Geschehen vor dem LG mithin um eine Verständigung, so hätte der BGH verkannt, dass diese aufgrund eines Verstoßes gegen das Verständigungsgesetz rechtswidrig – also eine „informelle Absprache“ – war. Das wäre zunächst zwar lediglich eine unzutreffende Auslegung des einfachen Rechts – namentlich des Verständigungsgesetzes als Teil der StPO –; allerdings liegt darin zugleich – aufgrund der verfassungsrechtlichen Relevanz des Verbotes „informeller Absprachen“ – eine nicht zu rechtfertigende Verletzung spezifischen Verfassungsrechts – namentlich des „fair-trial“-Grundsatzes (s.o.).

Da sich die Prüfungskompetenz des BVerfG nur auf letzteres erstreckt, erscheint es jedenfalls missverständlich, wenn die Kammer sodann meint, den angegriffenen Beschluss daraufhin zu prüfen, ob er „mit dem Regelungskonzept [des Verständigungsgesetzes oder] den dahinter stehenden verfassungsrechtlichen Wertungen vereinbar“ ist.<sup>30</sup> Denn aus verfassungsrechtlicher Sicht sollten die Ziele, welche der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung einer einfachgesetzlichen Regelung verfolgte, eigentlich nur eine untergeordnete Rolle spielen; wichtig ist

<sup>16</sup> Gericke, in: KK-StPO, 7. Aufl. (2013), § 349 Rn. 1: „[...] nur ca. 5% aller Revisionen entschied der BGH in den Jahren 2009–2011 durch Urteil, den ganz überwiegenden Rest durch Beschluss“.

<sup>17</sup> Sie die entsprechende Grundsatzentscheidung BVerfG NJW 2014, 2563.

<sup>18</sup> BVerfG, Beschl. v. 21.04.2016, Az.: 2 BvR 1422/15, Rn. 17 mit Verweis auf BVerfG NJW 2014, 2563 (2564).

<sup>19</sup> BVerfGE 133, 168.

<sup>20</sup> Vom 29. Juli 2009; BGBl. 2009 I S. 2353; im Folgenden: „Verständigungsgesetz“.

<sup>21</sup> Vgl. BT-Drs. 16/12310, S. 13; ferner auch BVerfGE 133, 168 (Rn. 68) und BGH NStZ-RR 2012, 256.

<sup>22</sup> Weiterführend zum Handlungsspielraum des Gesetzgebers in Bezug auf die Regelung der Verständigung im Strafverfahren: Sebastian, NJ 2014, 508 f.

<sup>23</sup> BVerfGE 133, 168 (LS 2); Pfister, StraFo 2016, 187 ff.; Graf, DRiZ 2016, 308 ff.

<sup>24</sup> BVerfG, Beschl. v. 21.04.2016, Az.: 2 BvR 1422/15, Rn. 18 mit Verweis auf BVerfGE 133, 168 (Rn. 75 f.).

<sup>25</sup> BVerfG, Beschl. v. 21.04.2016, Az.: 2 BvR 1422/15, Rn. 18.

<sup>26</sup> Vgl. BVerfGE 133, 168 (Rn. 67).

<sup>27</sup> Vgl. BVerfGE 133, 168 (Rn. 115).

<sup>28</sup> BVerfGE 133, 168 (Rn. 78).

<sup>29</sup> Fischer, HRRS 2014, 324 mwN.

<sup>30</sup> BVerfG, Beschl. v. 21.04.2016, Az.: 2 BvR 1422/15, Rn. 19.

allein – wie eingangs erwähnt – ob die Regelung selbst oder Ihre Anwendung gegen spezifisches Verfassungsrecht verstößt.<sup>31</sup>

#### Hinweis

Da Art. 2 GG – wie heute anerkannt ist – jedes auch noch so triviale menschliche Verhalten schützt,<sup>32</sup> ist die Einschränkung eben dieser Freiheit durch einen – gemessen am einfachen Recht – rechtswidrigen Akt hoheitlicher Gewalt stets auch eine Verletzung von Verfassungsrecht.<sup>33</sup> Die Lehre von der Verletzung spezifischen Verfassungsrechts fordert daher, dass die Verletzung sich nicht „bloß“ in einem Verstoß gegen das allgemeine Gesetzlichkeitsprinzip erschöpfen darf (sog. „Beruhen auf spezifischen Gründen des Verfassungsrechts“).<sup>34</sup> Hierdurch soll das Entstehen einer „Superrevisionsinstanz“ verhindert werden.

Gerade das Verständigungsgesetz macht jedoch deutlich, dass sich einfaches Recht und (spezifisches) Verfassungsrecht nicht immer so klar voneinander abgrenzen lassen, wie es die Lehre von der Beschränkung der Prüfungskompetenz auf „spezifisches Verfassungsrecht“ nahelegt. Was das Verfassungsgericht nämlich meint, wenn es davon schreibt, dass der Gesetzgeber das Verständigungsgesetz als abschließende Regelung versteht, ist, dass sich das normierte Verständigungsverfahren am Rande dessen bewegt, was verfassungsrechtlich in einem rechtsstaatlichen Strafverfahren noch zulässig ist. Das hat den Hintergrund, dass der Gesetzgeber durchaus erkannte, dass sich sein Verständigungsverfahren bestenfalls unvollkommen in den reformierten Inquisitionsprozess der StPO einfügen würde.<sup>35</sup> Wohl in der Hoffnung, auf eine bessere Annahme der Regelungen durch die Praxis – was insbesondere für die Transparenzpflichten des Verständigungsgesetzes von Bedeutung ist – entschied er sich jedoch gegen eine Verfassungsänderung und für die getroffene systemimmanente Regelung.<sup>36</sup> Das Ergebnis sind einfachgesetzliche Regelungen, welche den verfassungsrechtlichen Rahmen des rechtsstaatlichen Strafprozesses ausreizen und deren Überschreiten stets zur Verfassungswidrigkeit des auf der Überschreitung beruhenden Urteils führen.<sup>37</sup>

#### Hinweis

Aus diesem Grunde ist es auch ungenau, die „präzisierende Auslegung“<sup>38</sup> des zweiten Senates als einen un-

verbindlichen aber faktisch berücksichtigten Vorschlag zur Anwendung des Verständigungsgesetzes zu verstehen.<sup>39</sup> Im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte der Regelungen<sup>40</sup> und das soeben Gesagte, wird man vielmehr davon ausgehen müssen, dass das BVerfG von einem autonom verfassungsrechtlichen Terminus der „Verständigung“ bzw. „Absprache“ auszugehen scheint. Als Teil der Garantie des fairen Verfahrens ist die „präzisierende Auslegung“ des Verständigungsgesetzes somit – was insbesondere die vorliegende Entscheidung nahelegt – die Festlegung der verfassungsrechtlichen Grenzen eines (noch) rechtsstaatlichen „abgesprochenen“ Strafverfahrens.<sup>41</sup>

Auch wenn es angesichts der folgenden Ausführungen mithin so scheinen könnte, überschreitet die Kammer hier gerade nicht ihre Prüfungskompetenz. Sie setzt vielmehr die vom 2. Senat vorgegebene Rechtsprechung konsequent fort.<sup>42</sup>

#### a) Verfahrensbeschränkung und Beweisanträge als Verständigungsgegenstand

Entsprechend ihres selbst auferlegten Prüfungsmaßstabes untersucht die Kammer daher zunächst, inwiefern das Geschehen vor dem LG dem Regelungsbereich des § 257c StPO unterfällt. Ein wichtiges Indiz hierfür ist, dass sowohl die Verfahrensbeschränkung nach § 154a StPO als auch die Rücknahme bzw. das Unterlassen von Beweisanträgen zulässige Verständigungsgegenstände sind. Das liegt daran, dass nach § 257c Abs. 2 StPO als Gegenstand einer Verständigung jene Rechtsfolgen in Frage kommen, „die Inhalt des Urteils und der dazugehörigen Beschlüsse sein können“ sowie ferner „sonstige verfahrensbezogene Maßnahmen im zugrundeliegenden Erkenntnisverfahren [und] das Prozessverhalten der Verfahrensbeteiligten“. Mit Hinweisen auf das strafprozessuale Schrifttum und die Materialien des Verständigungsgesetzes geht die Kammer sodann davon aus, dass sich die (teilweise) Verfahrensbeschränkung dem Begriff der „sonstigen verfahrensbezogenen Maßnahmen“ subsumieren lässt<sup>43</sup> und dass es sich bei der Rücknahme von Beweisanträgen bzw. der Zusage, keine weiteren Beweisanträge zu stellen, um „Prozessverhalten [eines] Verfahrensbeteiligten“ handelt.<sup>44, 45</sup>

#### b) Austauschverhältnis als wesentliches Merkmal einer Verständigung

Nur weil die in Frage stehenden Verhaltensweisen Gegenstand einer Verständigung sein können, heißt das jedoch nicht, dass sie das im konkreten Fall auch waren. Um dies jedoch beurtei-

<sup>31</sup> Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 7. Aufl. (2016), § 51 Rn. 60 mwN.

<sup>32</sup> BVerfG NJW 2008, 2701; 2012, 1062 f.; weiterführend Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 7. Aufl. (2016), § 27 Rn. 2 ff.

<sup>33</sup> Grundlegend: BVerfGE 6, 32 (38).

<sup>34</sup> BVerfGE 18, 85 (92f.); 62, 338 (343); 63, 266 (298); weiterführend Kenntner, DÖV 2005, 269 (271 ff.).

<sup>35</sup> So bereits der Große Senat des BGH in seiner Grundsatzentscheidung BGHSt 50, 40 (64): „Versuche [...] Urteilsabsprachen [...] ohne Bruch in das gegenwärtige System einzupassen [...] können nur unvollkommen gelingen [...]“.

<sup>36</sup> BT-Drs. 16/12310, S. 9 meinte, die Verständigung in einer Weise regeln zu können, die „mit den tradierten Grundsätzen des deutschen Strafverfahrens übereinstimmt.“; zur verfassungsrechtlichen Dimension der Fragestellung vgl. Sebastian, NJ 2014, 508.

<sup>37</sup> So wird man wohl auch BVerfGE 133, 168 (Rn. 115) verstehen müssen.

<sup>38</sup> So die von BVerfGE 133, 168 (Rn. 64) gewählte Begrifflichkeit.

<sup>39</sup> So aber die wohl hM: Stuckenberg, ZIS 2013, 212 (216); Niemöller, StV 2013, 420 (421 f., 424); Jahn, NStZ 2014, 170 (171); Schneider, NStZ 2014, 192.

<sup>40</sup> Vgl. hierzu Sebastian, Die Strafprozessordnung im Lichte verfahrensbedingender Verständigung (2014), S. 11 ff.

<sup>41</sup> Jedenfalls im Ergebnis ähnlich OLG Rostock NStZ-RR 2013, 351; Beulke/Stoffer, JZ 2013, 662 (663 f.). Vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 15.01.2015, Az.: 2 BvR 2055/14, Rn. 13.

<sup>42</sup> Vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 30.06.2013, Az.: 2 BvR 85/13; BVerfG, Beschl. v. 25.08.2014, Az.: 2 BvR 2048/13; BVerfG, Beschl. v. 26.08.2014, Az.: 2 BvR 2172/13; BVerfG, Beschl. v. 15.01.2015, Az.: 2 BvR 2055/14.

<sup>43</sup> Vgl. Moldenhauer/Wenske, in: KK-StPO, 7. Aufl. (2013), § 257c Rn. 15; Ignor, in: S/S/W, StPO, 2. Aufl. (2016), § 257c Rn. 58; Niemöller, in: Niemöller/Schlothauer/Weider, Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren (2010), § 257c Rn. 35.

<sup>44</sup> Vgl. BT-Drs 16/12310, S. 13; Niemöller, in: Niemöller/Schlothauer/Weider, Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren (2010), § 257c Rn. 37.

<sup>45</sup> BVerfG, Beschl. v. 21.04.2016, Az.: 2 BvR 1422/15, Rn. 20.

len zu können, bedarf es eines Auslegungskriteriums. Als ein solches schließt die Kammer zunächst die ausdrückliche Äußerung des Vorsitzenden aus, keine (bindende) Verständigung zu wollen<sup>46</sup>:

„Es kommt insoweit nicht auf verbale Distanzierungen, sondern darauf an, was mit den Äußerungen und Verfahrenshandlungen unter Berücksichtigung des Gesamtzusammenhangs und des Empfängerhorizonts den Umständen nach wirklich gemeint war<sup>47</sup>.“

Als zentrales Kriterium der strafprozessualen Absprache macht die Kammer sodann ein Austauschverhältnis aus („do ut des“). Verfahrensbeschränkung und Beweisantragsrücknahme hätten demnach erkennbar – und von den Parteien gewollt – in einem Verhältnis von Leistung und Gegenleistung stehen müssen (sog. „Synallagma“).<sup>48</sup>

„Die wechselseitige Verknüpfung ergibt sich hier insbesondere aus dem Hinweis des Vorsitzenden auf die - seines Erachtens bestehende - Möglichkeit der Staatsanwaltschaft, ihre Zustimmung zu einer Verfahrensbeschränkung zurückzunehmen, wenn es nicht zu der erhofften Beschleunigung komme, und auf die Möglichkeit der Verteidigung, zurückgenommene Beweisanträge erneut zu stellen, wenn es umgekehrt nicht zu der erhofften Verfahrensbeschränkung komme. Ein derartiger Hinweis auf die möglichen Folgen einer enttäuschten Erwartung über das Prozessverhalten der jeweils anderen Seite setzt gerade voraus, dass die Zusage einer Rücknahme der Beweisanträge um der erhofften Zustimmung zu der angeregten Verfahrensbeschränkung willen erfolgen sollte und umgekehrt. Er stellt daher den Bestand einer Abrede nicht in Frage, sondern belegt ihn. Die beabsichtigte gegenseitige Zweckbindung wird zudem aus der Ankündigung der Staatsanwaltschaft [...] deutlich, wonach sie einer Verfahrensbeschränkung nur dann zustimmen werde, wenn das Verfahren ohne die Erledigung weiterer Beweisanträge und ohne weitere Verzögerung der Hauptverhandlung abgeschlossen werden könne. Dass dabei Endziel der Beteiligten nicht bloß die Zustimmung der Staatsanwaltschaft, sondern die Verfahrensbeschränkung selbst war, liegt auf der Hand.“

Das festgestellte Austauschverhältnis zwischen der Rücknahme der gestellten Beweisanträge und Zustimmung zur Verfolgungsbeschränkung sowie die Tatsache, dass beide Verfahrenshandlungen taugliche Gegenstände einer Verständigung nach § 257c StPO sind, legen – so die Kammer – eine gesetzeswidrige „informelle Absprache“ nahe.<sup>49</sup>

### c) Die Bedeutung des „Rechtsbindungswillens“

Die in § 257c StPO normierte Verständigung zeichnet sich indes gerade durch ihre – freilich eingeschränkte – Bindungswirkung aus (arg. e. § 257c Abs. 4), sodass fraglich erscheint, wie es sich auswirkt, dass alle Beteiligten von einer Unverbindlichkeit der gemachten Zusagen ausgingen. Die Kammer diskutiert dies unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbindungswillens,

dessen Fehlen – jedenfalls für den BGH – klar gegen die Annahme einer (verbindlichen) Verständigung nach § 257c StPO sprach. Diese Annahme teilt die Kammer nicht<sup>50</sup>:

„Das Gesetz hat zwar den Begriff der Verständigung nicht näher definiert. Die Gesetzesbegründung<sup>51</sup> [...] verweist insoweit auf den allgemeinen Sprachgebrauch, wonach wesentliches Merkmal der Begriff des Einvernehmens sei [...]. [D]as Erfordernis eines Rechtsbindungswillens in dem Sinne, dass sich die Beteiligten unwiderruflich und endgültig zu der fraglichen Handlung oder Entscheidung verpflichten müssten, ist dem gesetzgeberischen Regelungskonzept, wonach eine Verständigung gerade keine vertraglich bindende Vereinbarung darstellen soll<sup>52</sup> [...], [jedoch] fremd. Das Gesetz sieht in § 257c Abs. 4 StPO eine ausdrückliche Bindungswirkung [daher] nur für das Gericht, und dies auch nur in eingeschränktem Umfang vor<sup>53</sup> [...]. Ein Rechtsbindungswille kann aber nicht weitergehen, als das Recht eine Bindung vorsieht. [...]“

### d) Zwischenergebnis

Aufgrund der synallagmatischen Verknüpfung zweier der Verständigung zugänglicher Verfahrenshandlungen handelt es sich bei dem Geschehen vor dem LG um eine Verständigung, welche nach den Regeln des Verständigungsgesetzes hätte erfolgen müssen. Darauf, dass sich die Parteien durch ihre jeweiligen Zusagen explizit nicht (rechtlich) binden wollten, kommt es insofern nicht an. Da der BGH dies ausweislich seines Beschlusses verkannt hat, hat er – auch wenn es sich vordergründig „nur“ um die Auslegung einfachen Rechts handeln mag – spezifisches Verfassungsrecht verletzt (s.o.). Denn wie die Kammer zutreffend feststellt, ist eine Norminterpretation, wie sie dem angegriffenen Beschluss zugrunde liegt, „geeignet, in verfassungsrechtlich unzulässiger Weise informelles Verständigungsgeschehen den Schutz- und Transparenzvorschriften des Gesetzes und der gebotenen effektiven revisionsrechtlichen Kontrolle [...] zu entziehen“. Es ist indes gerade diese Kontrolle, welche die strafprozessuale Verständigung überhaupt in verfassungskonformer Weise ermöglicht.<sup>54</sup>

## 3. Das Geschehen vor dem LG als Indiz für eine Absprache über den Schuldspruch

Die Kammer weist den BGH ferner darauf hin, dass der von ihm wiedergegebene Sachverhalt Anhaltspunkte für eine unzulässige Absprache über den Schuldspruch bietet. Im Hinblick auf die Formulierung der Kammer scheint dieser Aspekt aber nicht zu den tragenden Gründen (sog. „ratio decidendi“) zu gehören<sup>55</sup>:

„Diese Verkennung des Schutzgehalts des § 257c Abs. 1 Satz 1 StPO wiegt umso schwerer, als das Vorgehen des Landgerichts zudem eine unzulässige Absprache über den Schuldspruch besorgen lässt.“

<sup>46</sup> Ibid., Rn. 23.

<sup>47</sup> Vgl. BGHSt 59, 21 (25 f.).

<sup>48</sup> Vgl. BGH NStZ 2015, 535 (537); Stuckenberg, in: Löwe-Rosenberg, 26. Aufl. (2013), § 257c Rn. 43; Niemöller, in: Niemöller/Schlothauer/Weider, Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren (2010), § 257c Rn. 7 f., 85 ff.; Schneider, NStZ 2015, 53 (54).

<sup>49</sup> BVerfG, Beschl. v. 21.04.2016, Az.: 2 BvR 1422/15, Rn. 23.

<sup>50</sup> BVerfG, Beschl. v. 21.04.2016, Az.: 2 BvR 1422/15, Rn. 25.

<sup>51</sup> Vgl. BT-Drs 16/12310, S. 13.

<sup>52</sup> Vgl. BT-Drs 16/12310, S. 8.

<sup>53</sup> Vgl. Niemöller, in: Niemöller/Schlothauer/Weider, Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren (2010), § 257c Rn. 108 ff.

<sup>54</sup> Vgl. BVerfGE 133, 168 (Rn. 94); Pfister, StraFo 2016, 187 ff.; Graf, DRiZ 2016, 308 ff.

<sup>55</sup> BVerfG, Beschl. v. 21.04.2016, Az.: 2 BvR 1422/15, Rn. 27.

### a) Das Verbot der Absprache über den Schuldspruch

Das Verbot der Absprache über den Schuldspruch ergibt sich unmittelbar aus dem materiellen Schuldprinzip selbst. Denn wenn der Täter schuldangemessen bestraft werden soll, muss Grundlage der Verurteilung stets der (materiell) wahre Sachverhalt sein.<sup>56</sup> Die Feststellungen und deren rechtliche Würdigungen müssen daher – wie es in § 257c Abs. 2 S. 3 StPO der Fall ist – der Disposition der Beteiligten entzogen sein.<sup>57</sup>

Die Kammer macht hiervon jedoch eine – freilich nicht begründete – Ausnahme für Fälle des § 154a StPO. Dabei erkennt sie zwar an, dass die Verfahrensbeschränkung „kraft ihrer Natur Einfluss auf den Schuldspruch hat“, will eine Verletzung des Schuldprinzips aber erst dann annehmen, wenn<sup>58</sup>:

„[...] zusätzliche Umstände darauf hindeuten, dass die Verfahrensbeschränkung einer Umgehung des in § 257c Abs. 2 Satz 3 StPO normierten Verbots dienen soll; dies kann etwa dann der Fall sein, wenn das Gericht den ihm insoweit eingeräumten Beurteilungsspielraum überschreitet oder das Vorgehen sonst nicht vom Gesetz gedeckt war [...]“<sup>59</sup>

### b) Die Anwendung des § 154a StPO durch das LG als Umgehung des § 257c Abs. 2 S. 3 StPO

Damit erscheint fraglich, ob die von der Kammer genannten „zusätzlichen Umstände“ im Vorgehen des LG zu erkennen waren<sup>60</sup>:

„Gemäß § 154a Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 StPO können mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft einzelne abtrennbare Teile der Tat (Alt. 1) oder einzelne Gesetzesverletzungen (Alt. 2) aus der Strafverfolgung ausgeschieden werden. Von der ersten Alternative werden einzelne Elemente innerhalb einer Tat im prozessualen Sinne erfasst, die in tatsächlicher Hinsicht in gewissem Umfang in sich abgeschlossen sind [...].<sup>61</sup> Nach der zweiten Alternative können einzelne von mehreren Gesetzesverletzungen, die durch dieselbe Tat begangen worden sind und tateinheitlich oder tateinheitlich zusammentreffen, von der Strafverfolgung ausgeschlossen werden [...].“<sup>62</sup>

Bei genauer Betrachtung des Vorgehens des LG, drängt sich indes der Eindruck auf, dass es von keiner der beiden Alternativen gedeckt war. Dafür spricht zunächst die willkürliche Festsetzung des Schadens auf 800.000 Euro, welcher „zu einem großen Teil“ auf überhöhte Rechnungen aus einem bestimmten Zeitraum zurückgehen soll. Allerdings wurde das Verfahren nicht auf die Rechnungen aus diesem Zeitraum beschränkt. „Damit hat [das LG] aber weder einzelne Abrechnungen als gegebenenfalls abtrennbare Bestandteile einer prozessualen Tat noch bestimmte Gesetzesverletzungen ausgeschieden [...]“<sup>63</sup>

<sup>56</sup> Sebastian, NJ 2014, 508 mwN.

<sup>57</sup> BVerfGE 57, 250 (275); BVerfG NStZ, 1987, 419; Kühne, in Löwe/Rosenberg, 26. Auflage (2013), Einl. H, Rn. 26; Nack/Park/Brauneisen, NStZ 2011, 310.

<sup>58</sup> BVerfG, Beschl. v. 21.04.2016, Az.: 2 BvR 1422/15, Rn. 28.

<sup>59</sup> Vgl. BGH NJW 2016, S. 513 (517); Ignor, in: S/S/W, StPO, 2. Aufl. (2016), § 257c Rn. 58

<sup>60</sup> BVerfG, Beschl. v. 21.04.2016, Az.: 2 BvR 1422/15, Rn. 29.

<sup>61</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, 58. Aufl. (2015), § 154a Rn. 5 mwN.

<sup>62</sup> vgl. Diemer, in: KK-StPO, 7. Aufl. (2013), § 154a Rn. 4.

<sup>63</sup> Zur Notwendigkeit, den ausgeschiedenen Verfahrensstoff genau zu bezeichnen, siehe BGH, Beschl. v. 3.12.2013, Az.: 4 StR 461/13 Rn. 6 mwN.

Ferner spricht für eine Verständigung über den Schuldspruch die Tatsache, dass „der Verfahrensbeschränkung umfassende Verhandlungen über die „zu gestehende“ Höhe des Vermögensnachteils vorausgingen und sie dem Betrag nach dem letzten Verständigungsvorschlag der Verteidigung entsprach. Ihr folgte eine Einlassung des Beschwerdeführers, die die vereinbarte Höhe ersichtlich abdecken sollte. Dies alles lässt besorgen, dass die Höhe des Vermögensnachteils unter Missachtung der Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung (§ 244 Abs. 2 StPO) im Wege des Konsenses festgelegt wurde.“

### III. Beruhen der Entscheidung auf dem Verstoß

Abschließend war von der Kammer die Frage zu klären, ob die Revisionsentscheidung auf dem Verstoß gegen das Grundrecht des T auf ein faires Verfahren beruht. Das begründet sie damit, dass der BGH bei Beachtung des Grundrechts zu einem für den T günstigeren Ergebnis, nämlich der Aufhebung und Zurückverweisung, gekommen wäre. Daran ändere insbesondere die Behauptung nichts, dass T durch die Annahme eines – im Vergleich zur Anklage – geringeren Schaden nicht beschwert sei. Denn es könne nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden, dass bei Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben ein geringerer Vermögensnachteil festgestellt worden wäre.<sup>64</sup>

### D) Die Folgeentscheidung des BGH

Der nach Zurückverweisung erneut mit der Sache befasste 1. Strafsenat des BGH<sup>65</sup> folgte dem Kammerbeschluss und gab der Verfahrensrüge des T statt. Zum Beruhen des landgerichtlichen Urteils auf dem festgestellten Verstoß gegen § 257c Abs. 4 und 5 StPO führte der Senat aus<sup>66</sup>:

„Diese Rechtsfehler haben sich [...] lediglich auf die Bestimmung der Höhe des Untreueschadens ausgewirkt; nur insoweit beruht das Urteil auf dem Verfahrensverstoß. Eine Überhöhung von Rechnungen zur Finanzierung von Schmiergeldern hat der Angeklagte nach den getroffenen Feststellungen in einem Umfang von 350.000 Euro in der Hauptverhandlung bereits vor dem gerügten Verfahrensgeschehen glaubhaft eingeräumt. Erst nach der Verfahrensbeschränkung gemäß § 154a Abs. 2 StPO aufgrund der fehlerbehafteten Verständigung hat der Angeklagte angegeben, es könne sich auch um einen Betrag zwischen 350.000 und 800.000 Euro handeln [...]. Dies hat die Strafkammer bei der Beweiswürdigung, in der sie auf einen Untreueschaden in Höhe von 800.000 Euro schließt, jedenfalls mitberücksichtigt [...]. Die aufgrund der Verständigung zurückgenommenen Beweisanträge betrafen überwiegend ebenfalls diese Differenz. Da sich das auf den genannten Punkt beschränkte Verständigungsgeschehen nicht in weiterem Umfang ausgewirkt hat, mithin rechtsfehlerfrei festgestellt ein Untreueschaden vorliegt, hat der (tateinheitliche) Schuldspruch der Beihilfe zur Untreue Bestand.“

Das Urteil des Landgerichtes wurde daher nur hinsichtlich der Feststellungen zur Höhe des Vermögensschadens und hinsichtlich des Strafausspruches aufgehoben. Ferner erklärt der Senat die Verfahrensbeschränkung nach § 154a Abs. 2 StPO für unwirksam, da die ausgeschiedenen Tatteile nicht hinreichend

<sup>64</sup> BVerfG, Beschl. v. 21.04.2016, Az.: 2 BvR 1422/15, Rn. 31.

<sup>65</sup> BGH, Beschl. v. 25.10.2016, Az.: 1 StR 120/15.

<sup>66</sup> BGH, Beschl. v. 25.10.2016, Az.: 1 StR 120/15, Rn. 4.

konkret bezeichnet worden sind.<sup>67</sup> Auch die ausgeschiedenen Teile des Verfahrens sind mithin bei der neuen Verhandlung vor dem LG zu beachten.

Schließlich nimmt der Senat auch zur Möglichkeit einer informellen Absprache Stellung, indem er ausführt<sup>68</sup>:

„Ein weitergehender Rechtsfehler liegt nicht vor. Jenseits des geschilderten, in öffentlicher Hauptverhandlung völlig transparent vollzogenen Geschehens gab es – wie die dienstliche Erklärung des Vorsitzenden und der Vortrag der Revision belegen – keine ‚informellen Absprachen‘.“

### E) Schlussbetrachtung

Die vorliegende Entscheidung fügt sich in eine ganze Reihe stattgebender Kammerbeschlüsse im Hinblick auf Verstöße gegen das Verständigungsgesetz ein,<sup>69</sup> welche zum einen die „präzisierende Auslegung“ des 2. Senates fortführen und konkretisieren und zum anderen eine neuerliche Mahnung an alle Instanzgerichte – zu denen auch der BGH gehört – sind, die aufgestellten Grundsätze zu beachten bzw. ihre Beachtung zu überwachen.<sup>70</sup> Auch wenn die Entscheidung daher in einzelnen Punkten zweifellos kritikwürdig ist, zeigt sie doch einmal mehr auf, was der eigentliche Kern des Verständigungsgesetzes ist: die – insbesondere – revisionsgerichtliche Kontrolle der untergerichtlichen Verständigungspraxis.<sup>71</sup> Und in dieser Hinsicht liefert die Entscheidung einige wichtige Erkenntnisse:

1. Die Frage, ob eine Verständigung zustande kommt, richtet sich allein danach, ob von den Parteien ein Austauschverhältnis bezweckt wird. Es spielt keine Rolle, ob sie eine rechtliche Bindung beabsichtigen oder gar explizit eine Verständigung ausschließen. Das liegt daran, dass § 257c Abs. 1 StPO explizit auch jene Absprachen erfassen soll, die dem Anwendungsbereich der Abs. 2-5 gerade nicht unterfallen, indem er sie verbietet.<sup>72</sup> Derartige „informelle Absprachen“ führen zur Rechtswidrigkeit des „strafprozessualen Tauschgeschäfts“ und verletzen stets das Recht des Angeklagten auf ein faires Verfahren.<sup>73</sup>

2. Die Verständigung über eine Verfahrensbeschränkung nach § 154a StPO ist grundsätzlich möglich, solange sie nicht zur Absprache über den Schuldspruch missbraucht wird.<sup>74</sup> Letzteres ist insbesondere bei willkürlichen Festlegungen der Schadenshöhe der Fall, welche sich den Voraus-

setzungen der Norm nicht subsumieren lassen. Leider lässt es die Kammer offen, ob die Richter in seinem solchen Falle – wie in der Ausgangsentscheidung des 2. Senats angemahnt – mit strafrechtlichen Konsequenzen zu rechnen hätten.

3. Die Einhaltung der Regelungen des Verständigungsgesetzes wird (auch) durch das BVerfG überwacht. Wie die zahlreichen (stattgebenden) Kammerbeschlüsse verdeutlicht haben sollten, hat die auf eine erfolglose Revision folgende Verfassungsbeschwerde überaus gute Erfolgsaussichten.<sup>75</sup> Da die wesentlichen Rechtsfragen im Hinblick auf die Verständigung durch die „präzisierende Auslegung“ des 2. Senates geklärt wurden, kann der Beschwerde dabei stets im Wege des Kammerbeschlusses stattgegeben werden. Aufgrund der unmittelbaren verfassungsrechtlichen Relevanz des Verständigungsgesetzes stehen dem – wie oben gezeigt wurde – keine kompetenziellen Bedenken entgegen.<sup>76</sup> Das macht das BVerfG – genau genommen die 2. Kammer des 2. Senates – in Verständigungsfragen freilich zur „Superrevisionsinstanz“, allerdings hat es diese Rolle ganz bewusst an sich gezogen, indem es das Verständigungsgesetz nur mit der Maßgabe der strengen Beobachtung für verfassungsgemäß erklärte.<sup>77</sup>

### Abschließende Hinweise für Studierende

Gleich wie man zur grundsätzlichen Zulässigkeit strafprozessualer Absprachen steht, so wird man doch nicht leugnen können, dass ihre gesetzliche Regelung als „Verständigung im Strafverfahren“ eine bereits jetzt kaum noch zu überblickende Fülle an revisionsgerichtlicher Rechtsprechung hervorgebracht hat. Das macht die Anwendung der Regelung zum einen natürlich anspruchsvoll,<sup>78</sup> zum anderen macht es sie aber auch relevant für Prüfungsarbeiten in Staatsexamina.

Verfahrensabsprachen sind wie kaum ein anderes Institut geeignet, das strafprozessuale Grundverständnis zu prüfen. Sei es ganz allgemein zu den Strukturprinzipien des reformierten Inquisitionsprozesses oder zur Rollenverteilung der Verfahrensbeteiligten in diesem System und warum diese so ausgestaltet sein muss, wie sie es ist.<sup>79</sup> Wie der vorliegende Fall eindrucksvoll zeigt, hat der „Deal“ aber auch eine verfassungsrechtliche Dimension, die keineswegs unterschätzt werden sollte und die in Zukunft – sollte die 2. Kammer des 2. Senates ihrer (harten) Linie treu bleiben – nur noch mehr an Bedeutung gewinnen wird.<sup>80</sup>

<sup>67</sup> Mit Verweis auf BGH NStZ-RR 2012, 50.

<sup>68</sup> BGH, Beschl. v. 25.10.2016, Az.: 1 StR 120/15, Rn. 7.

<sup>69</sup> BVerfG, Beschl. v. 30.06.2013, Az.: 2 BvR 85/13; BVerfG, Beschl. v. 25.08.2014, Az.: 2 BvR 2048/13; BVerfG, Beschl. v. 26.08.2014, Az.: 2 BvR 2172/13; BVerfG, Beschl. v. 15.01.2015, Az.: 2 BvR 2055/14.

<sup>70</sup> So völlig zutreffend Reckmann, jurisPR-StrafR 12/2016 Anm. 1 (D.).

<sup>71</sup> Hierin wird man auch den Grund zu suchen haben, warum sich der Gesetzgeber bei der Regelung an bestehendem und auf eine weiterreichende Reform verzichtete. Vgl. auch Pfister, StraFo 2016, 187 ff.; Graf, DRiZ 2016, 308 ff. und Sebastian, NJ 2014, 508 (509).

<sup>72</sup> Reckmann, jurisPR-StrafR 12/2016 Anm. 1 (C.); aA.: Bittmann, NStZ 2016, 425 (427), der in dem Geschehen des konkreten Falles eine Erörterung des Verfahrensstandes ansieht, auf die zwei unabhängig voneinander bestehende Prozesshandlungen folgen.

<sup>73</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 15.01.2015, Az.: 2 BvR 2055/14, Rn. 13.

<sup>74</sup> Hierin sieht Bittmann, NStZ 2016, 425 (427) den eigentlichen Fehler des Landgerichts, welches seiner Meinung nach aufgrund des Verstoßes gegen den Untersuchungsgrundsatz (§ 244 Abs. 2 StPO) hätte aufgehoben werden müssen.

<sup>75</sup> Reckmann, jurisPR-StrafR 12/2016 Anm. 1 (D.) weist drauf hin, dass sich hier neue Möglichkeiten für Strafverteidiger auftun.

<sup>76</sup> AA. wohl Bittmann, NStZ 2016, 425 (427).

<sup>77</sup> Vgl. hierzu die von Fezer, HRRS 2013, 117 (119) geäußerte Vermutung.

<sup>78</sup> Bittmann, NStZ 2016, 425 (426) spricht vom „Gestrüpp des Verständigungsgesetzes“, das scheinbar nur noch durch das Rechtsgefühl zu navigieren sei.

<sup>79</sup> Vgl. hierzu Sebastian, Die Strafprozessordnung im Lichte verfahrensbedeutsamer Verständigung (2014), S. 10.

<sup>80</sup> Weiterführend zur verfassungsrechtlichen Dimension und den möglichen Folgen für weitere Reformen: Sebastian, NJ 2014, 508.

**Weiterführende Literatur:**

**Rechtsprechungsübersichten:** *Schneider*, NStZ 2014, 192; *Schneider*, NStZ 2014, 252; *Bittmann*, ZWH 2016, 261.

**Strukturprinzipielle Überlegungen:** *Greco*, GA 2016, 1; *Sebastian*, NJ 2014, 508.

**Didaktische Ansätze:** *Schreiber-Klein*, JA 2015, 888; *Sebastian*, Die Strafprozessordnung im Lichte verfahrensbeendender Verständigung (2014), passim.

Dipl.-Jur. **Sascha Sebastian**, M.Mel

Wissenschaftlicher Mitarbeiter  
Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht  
(Prof. Dr. Christian Schröder)

Lehrbeauftragter  
Hochschule der Sächsischen Polizei (FH)  
Rothenburg/Oberlausitz

► **Inhaltsverzeichnis**

# Impressum

## Redaktion

Benjamin Baisch  
 Alexander Bechtel  
 Dominique Beck  
 Prof. Dr. Sarah Bunk  
 Pius Dolzer  
 StA Guido Philipp Ernst  
 RA Steffen Follner  
 Dr. Karin Hummel, M. A.  
 Lina Kammerer  
 RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M.  
 RA Dr. Andreas Lohbeck  
 Dipl.-Pol. Philipp Louis  
 Prof. Dr. Christian F. Majer  
*(Schriftleiter)*  
 RA Dr. Paul Popescu  
 Gabriel Schmidt  
*(Stellvertretender Schriftleiter)*  
 Amela Schön  
 Dipl. Jur. Sascha Sebastian, M.mel.  
*(Stellvertretender Schriftleiter)*  
 Philipp Trautmann  
 Richterin Anna Vögelein  
 Stephanie Walz  
 Julian Weippert  
 Julia Zaiser

## Herausgeber

Verein der Zeitschrift JSE e. V.  
 c/o Prof. Dr. Christian F. Majer  
 Konrad-Adenauer-Str. 9  
 D-72072 Tübingen

### Vereinsvorstand:

Prof. Dr. Christian F. Majer  
*(Vorsitzender)*  
 Dipl.-Jur. Sascha Sebastian, M.mel.  
*(Stellvertretender Vorsitzender)*  
 RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M.  
*(Schatzmeister)*  
 StA Guido Philipp Ernst  
*(Ressortleiter Strafrecht)*  
 Prof. Dr. Arne Pautsch  
*(Ressortleiter Öffentliches Recht)*

7. Jahrgang (2017)

ISSN 2195-044X

## Beirat

RA Dr. Felix E. Buchmann  
 Prof. Dr. Jörg Eisele  
 RAin Dr. Tabea Yasmine Glemser  
 Prof. Dr. Volker Haas  
 RA Dr. Roland Haberstroh, LL. M. (Boston University)  
 RD Jochen Heinz  
 Prof. Dr. Antonios Karampatzos, LL. M. (Tübingen)  
 RA Prof. Rainer Kirchdörfer  
 Prof. Dr. Alexander Proelß  
 Prof. Dr. Joachim Renzikowski  
 Prof. Dr. Gottfried Schiemann  
 Prof. Dr. Jan Schürnbrand  
 Prof. Dr. Dominik Skauradszun  
 RiOLG a. D. Prof. Dr. Dr. h. c. Rolf Stürner  
 RiLG Dr. Felix Tausch, Mag. rer. publ.  
 PD Dr. Christian Traulsen  
 RA Dr. Werner Walk  
 RA Dr. Andreas Wax, Maître en droit (Aix-Marseille)  
 RA Prof. Dr. Gerhard Wegen, LL. M. (Harvard)  
 MR Prof. Dr. Rüdiger Wulf

Webseite: ▶ <http://www.zeitschrift-jse.de/>

E-Mail: ▶ [redaktion@zeitschrift-jse.de](mailto:redaktion@zeitschrift-jse.de)



Die Zeitschrift JSE erscheint vierteljährlich seit 2011  
 und wird ausschließlich online als PDF-Dokument herausgegeben.  
 Die aktuelle und alle früheren Ausgaben sind auf der Webseite kostenlos abrufbar.

Wir danken unseren Werbepartnern der vorliegenden Ausgabe:

▶ CMS Hasche Sigle | ▶ Menold Bezler | ▶ Thümmel, Schütze & Partner

## Beiträge in früheren Ausgaben

4/2016   <i>Philipp Tolga Mavituna</i>	Die Heimtücke - ein (vermutlich) letzter Blick auf den bestehenden Mordparagrafen
4/2016   <i>Markus Meißner</i>	Neuerungen bei Ausschlussfristen in Arbeitsverträgen
3/2016   <i>Sarah Bunk</i>	Ist Ämterpatronage strafbar?
2/2016   <i>Christian F. Majer/Guido Philipp Ernst</i>	Tödliche Gewalt zur Abwehr von Eigentums- und Besitzverletzung als Notwehr?
1/2016   <i>Torsten Noak</i>	Kein „Hartz IV“ für arbeitssuchende Unionsbürger? Der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II im Lichte unions-, verfassungs- und völkerrechtlicher Vorgaben
4/2015   <i>Sascha Brüggemann</i>	Anonymität im Internet
3/2015   <i>Patrick Christian Otto</i>	Einfachgesetzliche und verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung eines Familienwahlrechts
3/2015   <i>Christian F. Majer</i>	Die Strafbarkeit der Zwangs-heirat nach § 237 StGB. Bilanz und Reformfragen
2/2015   <i>Simon Pschorr</i>	Die Zuständigkeitsordnung in der Kriegswaffenkontrolle
2/2015   <i>Arne Pautsch</i>	Die „konsultative Volksbefragung“ auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand
1/2015   <i>Christian Picker</i>	Das neue Mindestlohngesetz
4/2014   <i>Caprice Nina Doerbeck</i>	Zur Verständigung im Strafverfahren – Möglichkeiten, Kriterien und Erfolgsaussichten einer nachträglichen Lösung der Staatsanwaltschaft?
4/2014   <i>Sascha Brüggemann</i>	Datenkrake NSA
3/2014   <i>Alexander Bechtel</i>	Mord und Totschlag – eine überfällige Reform?
2/2014   <i>Christian F. Majer</i>	Scharia-Gerichte in Deutschland – eine rechtliche Bewertung
2/2014   <i>Philipp K. Kauffmann</i>	In dubio pro – Selbstanzeige?
1/2014   <i>Andreas Lohbeck</i>	Societas delinquere non potest – Ein Federstrich des Gesetzgebers und das Unternehmen ist strafbar?
4/2013   <i>Philipp Kauffmann</i>	Die Bekämpfung des globalen Terrorismus – Anti-Terror-Gesetze, Strategien und Rechtsstaat
4/2013   <i>Stanyo Dinov</i>	Maßnahmen gegen die Schuldenkrise in Europa und die Finanzkrisen in Deutschland und Japan
3/2013   <i>Sebastian Brüggemann</i>	Streaming – Moderner Medienkonsum und strafrechtliche Verantwortlichkeit
2/2013   <i>Joachim Renzikowski</i>	Inzest vor dem EGMR – Der Fall des Patrick S.
1/2013   <i>Andreas Lohbeck</i>	Die geplante Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung – von irdischer Schwere und deutschem Berufsrecht
1/2013   <i>Hartmut Kilger/Christian F. Majer</i>	Die Ethik und die Rechtsanwälte

- 4/2012** | *Tobias Rist* Gleichberechtigung und Sorgerecht – Die Stärkung der Rechte der Väter unehelicher Kinder durch den Entwurf zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern
- 3/2012** | *Christian F. Majer* Der Prostitutionsvertrag und die guten Sitten
- 2/2012** | *Paul Popescu* Stuttgart 21 und „Störung der Geschäftsgrundlage“? – Eine Analyse zum nachträglich gegen die Vertragsabwicklung gebildeten Volkswillen und hieraus resultierender Folgen als Vertragsaufhebungsgründe
- 1/2012** | *Julius Forschner* Die Haftung von Ratingagenturen
- 1/2012** | *Nicolas Sonder* Eurobonds, EZB-Anleihenkäufe, Vertragsänderungen ... neue Lösungen oder alte Spiralen in der europäischen Staatsschuldenkrise?
- 1/2011** | *Dominik Skauradszun/Felix Hornfischer* Es kann nicht sein, was nicht sein darf – Die Insolvenz von Staaten
- 1/2011** | *Werner Walk/Nils Wiese* Wer klaut, der fliegt – oder etwa doch nicht? Das Problem der Bagatellkündigungen in der aktuellen Rechtsprechung

– sowie zahlreiche Klausuren, Hausarbeiten und Entscheidungsbesprechungen aus den unterschiedlichen Rechtsgebieten –

Alle früheren Ausgaben der Zeitschrift JSE sind kostenlos abrufbar im Archiv auf unserer Webseite unter  
▶ [www.zeitschrift-jse.de](http://www.zeitschrift-jse.de).

## Autorinnen und Autoren gesucht!

### Ihre Veröffentlichung in der Zeitschrift Jura Studium & Examen

Die Zeitschrift JSE richtet sich vorwiegend an Jurastudenten und Rechtsreferendare. Unsere Redaktion besteht zum größten Teil selbst aus jungen Juristen und möchte neben erfahrenen Rechtswissenschaftlern und Praktikern ausdrücklich auch ihresgleichen ein Forum bieten. Beiträge von Lesern sind daher jederzeit herzlich willkommen. Ob Professor oder Studentin, Richterin oder Referendar – bei uns bekommen alle ihre Chance. Was zählt, sind nicht Titel, Berufserfahrung oder Renommee des Autors, sondern einzig und allein die wissenschaftliche Qualität und thematische Relevanz des Beitrags, die im Verfahren des „peer review“ von einem Fachbeirat begutachtet werden.

Junge Juristen, Jurastudenten und Rechtsreferendare möchten wir ermutigen, mit einem Beitrag in der JSE eine – vielleicht ihre erste – wissenschaftliche Veröffentlichung zu wagen. Interessiert sind wir an Aufsätzen zu Themen mit politischem, rechtspolitischem oder rechtsethischem Bezug sowie an Klausuren und Hausarbeiten jeder Art. Die Beiträge in der vorliegenden und in früheren Ausgaben, die Sie auf unserer Webseite finden, können Ihrer Orientierung dienen.

Erfahrene Juristen aus Wissenschaft und Praxis möchten wir ermutigen, mit einem Beitrag in der JSE ihr Wissen und ihre Erfahrung an die nachfolgende Generation weiterzugeben.

Als eine junge und kostenlos erhältliche Zeitschrift mit ehrenamtlich tätiger Redaktion können wir leider kein Autorenhonorar bezahlen. Was wir aber bieten können, ist ein freundlicher, kooperativer und unbürokratischer Umgang mit den Autoren und ihren Beiträgen. Den Verfassern von Arbeiten, die unseren Qualitätsstandards und Relevanzkriterien genügen, garantieren wir eine zeitnahe Veröffentlichung in der nächsten oder übernächsten Ausgabe. (Und sollte doch einmal ein Beitrag beim ersten Mal abgelehnt werden, dann erhält der Autor hilfreiches Feedback und immer eine zweite Chance.)

Wenn Sie interessiert sind, zögern Sie nicht, sondern schreiben Sie eine E-Mail an [redaktion@zeitschrift-jse.de](mailto:redaktion@zeitschrift-jse.de). Unter ▶ <http://www.zeitschrift-jse.de/autorenhinweise.html> finden Sie unsere technischen Autorenhinweise.

Wir freuen uns auf Ihre Kontaktaufnahme.

### Die Redaktion der Zeitschrift Jura Studium & Examen