



Studentische Zeitschrift  
für Rechtswissenschaft Heidelberg  
Wissenschaft Online

**AUFSÄTZE**

*Magdalena Söllner*

Die prozessuale Waffengleichheit im einstweiligen Verfügungsverfahren

*Roman Mayer*

Bestandsschutz oder Neuanfang?

Die unionsrechtliche Niederlassungsfreiheit für *UK Limiteds* nach dem Brexit

*Anna-Sophia Weber*

Die rechtlichen Regelungen der Beschneidung im Lichte des Verfassungsrechts

*Ben Brandwein*

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts  
zur Grundrechtsbindung privater Akteure

*Felicitas Burst*

Die polnischen Justizreformen ab 2015: Eine Analyse auf Grundlage der EMRK

*Maximilian Leo Linckersdorff*

*Ius deterius facere non potuisset.*

Materiell- und prozessrechtliche Überlegungen zu D. 16.3.33

# Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg

## Redaktion

Chefredaktion: Moritz Barth, Stella Elmentaler, Julia Bierlein  
Ressortleitung StudZR-WissOr: Louise Kunovic, Ruben Zimmermann

Alice Ballach	Henrik-Hugo Kohlhas	Monika Schröder
Alina Beckmann	Mihail Kolev	Josefine Schütz
Anna-Lisa Brumhard	Sophia Lehr	Carl-Friedrich Seelig
Regine Brünner	Sarah Löffler	Elias Sieger
Bozheng Chen	Oskar Luong	Patricia Sugg
Maximilian Funk	Viola Sauter	Huy Lan Tran
Julia Göbes	Lennart Schiek	Andreas Warchal
Deren Göral	Fabienne Schlachter	Johanna Wiegand
Johanna Kerscher		Anna Zitt

## Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Christian Baldus	Prof. Dr. Mark Lembke, LL.M. (Cornell)
Prof. Dr. Burkhard Binnewies	Dr. Steven Less, Esq.
Prof. Dr. Martin Borowski	Prof. Dr. Thomas Lobinger
Prof. Dr. Jens Bülte	Prof. Dr. Ute Mager
Prof. Dr. Dr. h.c. Gerhard Dannecker	Prof. Dr. Robert Magnus
Prof. Dr. Volker Erb	Dr. Christian Marxsen, LL.M. (NYU)
Prof. Dr. Stefan Geibel, Maître en droit	Prof. Dr. Boris P. Paal, M.Jur. (Oxford)
Prof. Dr. Bernd Grzeszick, LL.M. (Cambridge)	Prof. Dr. Ulrich Palm
Prof. Dr. Bernd Heinrich	Prof. Dr. Andreas Piekenbrock
Prof. Dr. Christian Heinze, LL.M. (Cambridge)	Prof. Dr. Charlotte Schmitt-Leonardy
Prof. Dr. Dres. H.c. Burkhard Hess	Dr. Felix Steffek, LL.M. (Cambridge)
Prof. Dr. Holger P. Hestermeyer	Prof. Dr. Markus Stoffels
Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Kahl, M.A.	Prof. Dr. Christoph Teichmann
Prof. Dr. Friedemann Kainer	Prof. Dr. Sebastian Unger
Prof. Dr. Christoph A. Kern, LL.M. (Harvard)	Prof. Dr. Marc-Philippe Weller
Prof. Dr. Stephan Kirste	Dr. Nika Witteborg-Erdmann, M.A.
Prof. Dr. Hanno Kube, LL.M. (Cornell)	Dr. Rumiana Yotova, LL.M. (Leiden)
Prof. Dr. Christian Laue	

### Ehemalige Chefredaktionsmitglieder:

Nicolas Nohlen, Thomas Straub, Caspar Behme, Anna-Katharina Hübler, Louisa Hansen, Till Wansleben, Laura Vásárhelyi-Nagy, Dominik Braun, Jan-Willem Prügel, Jonas von Göler, Björn Centner, Alexander Schäfer, Sebastian Schwind, David Carnal, Benedikt Bien, Johannes Tegel, Lina Rees, Amelie Berz, Leo Krause-Wichmann, Fabienne Schlachter, Patricia Sugg, Huy Lan Tran

### Vorstand des StudZR e. V.:

Niels Elsner, Johannes Tegel, Leo Krause-Wichmann

# **StudZR-WissOn 1/2022**

**Studentische Zeitschrift für  
Rechtswissenschaft Heidelberg  
Wissenschaft Online**

Erste Ausgabe des Jahres 2022

Erschienen im Juli 2022

Seiten 1 bis 211

**eISSN**

2629-7132

**DOI**

10.11588/srzwo.2022.1

**Herausgeber**

Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg e.V.

Juristisches Seminar

Friedrich-Ebert-Anlage 6–10

69117 Heidelberg

[www.studzr.de](http://www.studzr.de)

E-Mail: [vereinsvorstand@studzr.de](mailto:vereinsvorstand@studzr.de)

**Zitiervorschlag: *Autor*, StudZR-WissOn 2022, S.**

# Inhaltsverzeichnis

<b>Editorial</b>	1
<b>Aufsätze</b>	
<b>Magdalena Söllner</b> Die prozessuale Waffengleichheit im einstweiligen Verfügungsverfahren	3
<b>Roman Mayer</b> Bestandsschutz oder Neuanfang? Die unionsrechtliche Niederlassungsfreiheit für <i>UK Limiteds</i> nach dem Brexit	41
<b>Anna-Sophia Weber</b> Die rechtlichen Regelungen der Beschneidung im Lichte des Verfassungsrechts	72
<b>Ben Brandwein</b> Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Grundrechtsbindung privater Akteure	106
<b>Felicitas Burst</b> Die polnischen Justizreformen ab 2015: Eine Analyse auf Grundlage der EMRK	139
<b>Maximilian Leo Linckersdorff</b> <i>Ius deterius facere non potuisset.</i> Materiell- und prozessrechtliche Überlegungen zu D. 16.3.33	192

WissOn.studzr.de

## Editorial

# Vom Jura-Bachelor und Jodel-Diplom

Mit der Reform des Jurastudiums in Deutschland ist es so eine Sache: Während manche die Detailversessenheit juristischer Klausuren und eine übergroße Stofffülle beklagen, fordern andere dagegen die Ergänzung des Studiums um weitere Inhalte wie etwa Mediation oder Legal Tech und kritisieren den mangelnden Praxisbezug. Wieder andere wollen die Grundlagenfächer stärken, die Wissenschaftlichkeit des Studiums betonen und warnen vor einer zu frühen praxisbezogenen Spezialisierung. Wie eine vor kurzem veröffentlichte Argumentensammlung der Reforminitiative iur.reform anschaulich zeigt, gibt es nahezu keinen Reformvorschlag, der nicht im Raum steht. Sinn und Unsinn des Schwerpunktstudiums, Vor- und Nachteile der zweistufigen Ausbildung, Fairness oder Unzweckmäßigkeit der Notenskala werden so kontrovers diskutiert, dass der (gefühlte) Stillstand bei konkreten Reformen kaum überraschen kann – wenn alles kompliziert ist, ist es eben am einfachsten, nichts zu tun.

Ein Schwerpunkt der Debatte scheint sich in den letzten Tagen um die Einführung eines in den Staatsexamensstudiengang integrierten Bachelor of Laws (LL.B.) gebildet zu haben, der in verschiedenen Modellen bereits an einigen deutschen Universitäten vor der 1. Staatsprüfung angeboten wird und sich aus benoteten Studienleistungen zusammensetzt. Gegen dessen weitere Verbreitung wettete eine saarländische Rechtshistorikerin namens Prof. *Dr. Tiziana Chiusi* am 29.6.2022 in der F.A.Z.: Ein „Loser-Abschluss“, möglicherweise nicht mehr als ein „Jodel-Diplom“, das niemand brauche, würde da solchen Studenten aufgeschwatzt, die ihrem Scheitern im Staatsexamen vorbauen wollen und daher vermutlich ohnehin die Fähigkeiten missen ließen, „gute Juristen zu werden“; endlos „mitschleppen“ sollte man solche Versager sowieso nicht.

„Unverschämt und weltfremd“ (LTO v. 1.7.2022) sei diese Charakterisierung eines „wertvollen juristischen Abschlusses“ (F.A.Z. v. 4.7.2022), schoss es an Kommentaren zurück, und die angeschlossenen Kommentarspalten auf Social Media fragten erschüttert: Hat *Chiusi* überhaupt selbst ein deutsches Staatsexamen abgelegt?

Man weiß nicht genau, wer die habilitierte Profi-Jodlerin aus Saarbrücken davon überzeugt hat, dass es eine besonders gute Idee wäre, als amtierende Präsidentin

des Deutschen Juristen-Fakultätentages diesen Namensbeitrag zu veröffentlichen. Der gereizte Ton und die in der Sache nicht immer zutreffenden Argumente irritieren, gerade weil die Professorin von der Saar auf ihrer Lehrstuhlwebsite über sich in der dritten Person mitteilen lässt, dass sie „angesichts einer gewissen Tendenz unserer Zeit zu oberflächlichen Verdikten [...] gerade im wissenschaftspolitischen Bereich versucht [...] seit Jahren nach dem Motto ‚Forschen statt faseln‘ zu handeln.“ Nun ja.

Dennoch lassen sich einige ihrer Argumente hören: Ist es denn tatsächlich bewiesen, dass der Jura-Bachelor nur zu einer psychischen Entlastung der Studierenden hinsichtlich der Staatsprüfung führt, aber nicht auch den Prüfungsstress in die frühen und mittleren Studiensemester verlagert, deren Prüfungsleistungen in den Bachelor-Abschluss hineinzählen? Ist es wirklich so unwahrscheinlich, dass, wie von *Chiusi* behauptet, angesichts der kommenden Pensionierungswelle der Baby-Boomer der Ruf ertönen wird, zumindest manche, bisher beide Staatsprüfungen erfordernden Berufe auch für LL.B.-Absolventen zu öffnen? Mit diesen Argumenten sollten sich die Befürworter des Jura-Bachelor ernsthaft auseinandersetzen.

Was damit bleibt von diesem Sturm im juristischen Wasserglas ist einerseits ein Lehrstück darüber, wie man relativ mühelos die latente Gereiztheit von Jurastudierenden hochkochen kann (großes Lob an die Qualitätsjournalisten der F.A.Z.: Aus dem Titel des Beitrags in der Print-Fassung: „Ein Jodeldiplom?“ wurde für die reichweitenstärkere Online-Fassung flugs die hochgejazzte Version: „Der Bachelor ist ein Loser-Abschluss“), andererseits die zeitlose Erkenntnis, die wir spätestens seit *Loriot* kennen: Ein Jodel-Diplom? – Da hab´ ich was Eigenes!

*Moritz Barth, Stella Elmentaler, Julia Bierlein*  
Chefredaktion



Magdalena Söllner\*

## Die prozessuale Waffengleichheit im einstweiligen Verfügungsverfahren

### Abstract

Fachgerichte verfügen regelmäßig einstweilig, ohne dass der Antragsgegner (auch vorgehört) je einbezogen wurde. Dieser Verfahrensverstöß kann nicht vor den Fachgerichten gerügt werden, schon weil er aufgrund der Heilung im Widerspruchsverfahren nicht geprüft wird.

Verfassungsgerichtlicher Rechtsschutz wirkt diesem Problem im Verfügungsverfahren partiell entgegen: Der Antragsgegner kann mittels Verfassungsbeschwerde einen Verstoß gegen sein Recht auf prozessuale Waffengleichheit feststellen lassen, muss hierfür aber einen systematischen Verstoß des Fachgerichts darlegen. Durch eine Eilanordnung nach § 32 Abs. 1 BVerfGG kann der Antragsgegner zudem erreichen, dass das *BVerfG* die Verfügung aufhebt oder außer Vollzug setzt, bis über den Widerspruch entschieden ist.

Das *BVerfG* kann und will indes keinen Individualrechtsschutz leisten. Auch um das *BVerfG* zu entlasten, ist die Lösung auf fachgerichtlicher Ebene zu suchen.

---

\* Die Verfasserin studiert im zehnten Semester Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Diesem Beitrag zugrunde liegt eine Studienarbeit im Schwerpunktbereich 7: Zivilverfahrensrecht. Er bespricht zugleich: *BVerfG*, Beschl. v. 22.1.2021 – 1 BvR 2793/20, NJW 2021, 2018 und Beschl. v. 4.2.2021 – 1 BvR 2743/19, NJW 2021, 2020. Gedankt sei Prof. Dr. Andreas Piekenbrock für seine Anmerkungen und Hinweise. Der Beitrag wurde redaktionell betreut von stud. iur. Louise Kunovic.

## A. Problemaufriss

Im einstweiligen Verfügungsverfahren treten das Interesse des Antragstellers an effektivem Rechtsschutz und der Schutz des Antragsgegners vor Verfahrensfehlern in Konflikt. In dringenden Fällen eröffnet § 937 Abs. 2 Var. 1 ZPO Eilverfahren ohne mündliche Verhandlung. Die fachgerichtliche Praxis<sup>1</sup> macht diese Ausnahme zur Regel,<sup>2</sup> indem Beschlussverfügungen standardmäßig ohne mündliche Verhandlung erlassen werden.<sup>3</sup> Die *ex parte*-Beschlussverfahren finden ihre Spitze aber darin, dass die Fachgerichte regelmäßig verfügen, ohne dass der Antragsgegner (auch vorgerichtlich) je einbezogen worden ist.<sup>4</sup>

Diese Praxis berücksichtigt einseitig das Interesse des Antragstellers an effektivem Rechtsschutz. Der Antragsgegner jedoch ist bis zur Entscheidung über seinen Widerspruch ohnmächtig: Er kann seine prozessualen Waffen nicht schwingen. In der Zeit zwischen Erlass der Verfügung und ihrer Aufhebung nach Widerspruch drohen dem Antragsgegner bereits erhebliche wirtschaftliche Schäden, beispielsweise muss er einen Presseartikel zurückziehen<sup>5</sup> oder darf bestimmte Produkte nicht mehr vertreiben.<sup>6</sup> Der Antragsgegner ist aber bis zur

---

<sup>1</sup> Das *LG München* räumt sogar ein, dass die fachgerichtliche Praxis den Grundsatz der Mündlichkeit „negiert“, *LG München*, Urt. v. 24.1.2017 – 33 O 7366/16, GRUR-RS 2017, 101694, Rn. 15.

<sup>2</sup> *Fedderson*, Das summarische Verfahren und seine Entscheidung, in: Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 11. Aufl. 2015, 55. Kap., S. 781, Rn. 2a.

<sup>3</sup> Beispielsweise: *LG Köln*, Verf. v. 10.7.2017 – 28 O 200/17, BeckRS 2017, 124394, Rn. 1; *OLG Hamburg*, Beschl. v. 5.10.2017 – 7 W 108/17, BeckRS 2017, 142420.

<sup>4</sup> Beispielsweise: *LG Köln*, Verf. v. 10.7.2017 – 28 O 200/17, BeckRS 2017, 124394, Rn. 1; vgl. hierzu *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3633), Rn. 25; *LG Berlin*, Beschl. v. 30.4.2020 – 27 O 169/20; vgl. hierzu *BVerfG*, Beschl. v. 3.6.2020 – 1 BvR 1246/20, NJW 2020, 2021 (2024), Rn. 23.

Teilweise erteilten die Gerichte sogar Hinweise nur an den Antragsteller: *LG Berlin*, Beschl. v. 27.10.2020 – 27 O 374/20; *OLG Hamburg*, Beschl. v. 29.10.2020 – 7 W 127/20, GRUR-RS 2020, 40566. Kritisch dazu *Teplitzky*, Gerichtliche Hinweise im einseitigen Verfahren zur Erwirkung einer einstweiligen Unterlassungsverfügung, GRUR 2008, 34 (37 f.); *ders.*, Verfahrensgrundrechte im Recht der einstweiligen Verfügung, WRP 2016, 1181 (1186), Rn. 25 f.; *ders.*, Neuer Rechtsschutz gegen die Verletzung von Verfahrensgrundrechten beim Erlass einstweiliger Verfügungen, WRP 2017, 1163 (1166), Rn. 16 ff.

<sup>5</sup> Auch wenn die Verfügung aufgehoben werden sollte, lassen sich gerade im Presse- und Äußerungsrecht die Folgen einer Untersagung nicht mehr aufheben, *Rauscher*, in: MüKo-ZPO, 6. Aufl. 2020, vor § 1 Rn. 305.

<sup>6</sup> Schäden drohen auch, weil die betroffenen Produkte im Anschluss an die Rücknahme der Verfügung wieder in den Verkehr gebracht und etwa ein verlorener Kundenkreis

Entscheidung über den Widerspruch ohne Primärrechtsschutz, und auch der Schadensersatz nach § 945 ZPO bietet keinen sicheren Ausgleich. Denn eine Bezifferung der Schäden kann im Presse- und Lauterkeitsrecht<sup>7</sup> äußerst schwierig sein.<sup>8</sup>

Der fehlenden Einbeziehung des Antragsgegners tritt die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung seit 2018 entgegen:<sup>9</sup> Sie sieht ihn in seinem Recht auf prozessuale Waffengleichheit verletzt. Dieses Verfahrensrecht kann der Antragsgegner im Zeitpunkt seiner Verletzung jedoch immer noch nicht wirksam durchsetzen. Denn hierfür gibt es weiterhin keinen fachgerichtlichen Rechtsbehelf, und die verfassungsgerichtlichen Rechtsbehelfe kommen in aller Regel zu spät.

Um die prozessuale Ohnmacht des Antragsgegners zu verdeutlichen, ist zunächst der Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit zu beleuchten, insbesondere hinsichtlich seiner Funktion im Verfügungsverfahren (**B.**). Die anschließende Analyse der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zeigt, dass das *BVerfG* die prozessuale Waffengleichheit im Verfügungsverfahren nicht ausreichend schützen kann und will (**C.**). Infolgedessen müssen die Fachgerichte die prozessuale Waffengleichheit wahren, wofür insbesondere der Gesetzgeber gefragt ist (**D.**). Der Beitrag schließt mit dem Fazit, dass es allein effektiv wäre, die Wirkung der ursprünglichen Beschlussverfügung bloß wegen Verstoßes gegen die Waffengleichheit ohne weitere Prüfung in der Sache aufzuheben bis der Antragsgegner vortragen konnte. Er erhielte so Primärrechtsschutz und wäre nicht bloß auf Schadensersatz verwiesen (**E.**).

## **B. Prozessuale Waffengleichheit im einstweiligen Verfügungsverfahren**

Da der Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit nicht explizit im Grundgesetz oder der Zivilprozessordnung aufgestellt wird, sind nach einer Definition (**I.**) zunächst seine dogmatische Einordnung (**II.**) und seine verfassungsrechtlichen Grundlagen (**III.**) zu beleuchten. Das *BVerfG* nahm 2018 Verfassungsbeschwerden, die eine Verletzung des Rechts auf prozessuale

---

zurückgewonnen werden muss, *LG Düsseldorf*, Urt. v. 23.10.2018 – 4c O 53/18, BeckRS 2018, 26337, Rn. 114.

<sup>7</sup> Die bisherigen Beschwerden vor dem *BVerfG* betrafen Fälle aus diesen Rechtsgebieten.

<sup>8</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 22.1.2021 – 1 BvR 2793/20, NJW 2021, 2018 (2019), Rn. 19.

<sup>9</sup> Erstmals: *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 und 1 BvR 2421/17, NJW 2018, 3634.

Waffengleichheit rügen, zur Entscheidung an, um der prozessualen Ohnmacht des Antragsgegners im Verfügungsverfahren entgegenzuwirken (IV.).

### I. Definition: Waffengleichheit im Prozess

Die prozessuale Waffengleichheit führte lange Zeit nur ein „Schattendasein“<sup>10</sup> im Prozessrecht, ist heute aber als zivilprozessualer Grundsatz allgemein anerkannt.<sup>11</sup> Als das *BVerfG* 1979 im Arzthaftungsbeschluss<sup>12</sup> erstmals die Waffengleichheit diskutierte, war ihr Umfang noch strittig.<sup>13</sup> Im *common law* kommt der prozessualen Waffengleichheit dagegen seit jeher erhebliche Bedeutung zu.<sup>14</sup> Dort *wacht* der Richter primär über den Streit der Parteien; hierfür müssen gleiche Kampfbedingungen sichergestellt werden.<sup>15</sup>

Ähnlich hierzu sichert nach der Rechtsprechung des *BVerfG* von 2018 der Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit „verfassungsrechtlich die Gleichwertigkeit der prozessualen Stellung der Parteien vor dem Richter, der [...] den Prozessparteien im Rahmen der Verfahrensordnung gleichermaßen die Möglichkeit einzuräumen hat, alles für die gerichtliche Entscheidung Erhebliche vorzutragen und alle zur Abwehr des gegnerischen Angriffs erforderlichen prozessualen Verteidigungsmittel selbstständig geltend zu machen.“<sup>16</sup>

Das *BVerfG* stellte bislang fest, dass die prozessuale Waffengleichheit, neben dem Presserecht<sup>17</sup>, jedenfalls auch im Lauterkeitsrecht<sup>18</sup> anwendbar sei. Da die

<sup>10</sup> Schlosser, EMRK und Waffengleichheit im Zivilprozeß, NJW 1995, 1404 (1404).

<sup>11</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3632), Rn. 14; Jung, Waffengleichheit im Zivilprozeß, 1. Aufl. 1990, S. 212 f.; Musielak, in: Musielak/Voit, 19. Aufl. 2022, Einleitung Rn. 31; Rauscher, in: MüKo-ZPO (Fn. 5), vor § 1 Rn. 279; Vollkommer, Der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozeß – eine neue Prozeßmaxime?, in: FS Schwab, 1990, S. 503 (519).

<sup>12</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 25.7.1979 – 2 BvR 878/74, BVerfGE 52, 131 (143 ff.).

<sup>13</sup> Vier der acht Richter nahmen wegen unzulänglicher Beachtung der Waffengleichheit einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG sowie gegen Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 2 und Abs. 3 GG an. Dagegen gingen die anderen vier Richter davon aus, dass sich die Waffengleichheit in der Gleichwertigkeit der Parteien vor dem Richter erschöpfe und sich darüber hinaus keine verfassungsrechtlichen Folgen herleiten ließen. Aufgrund der Patt-Situation nach § 15 Abs. 4 S. 3 BVerfGG wurde keine Verletzung der prozessualen Waffengleichheit festgestellt, *BVerfG*, Beschl. v. 25.7.1979 – 2 BvR 878/74, BVerfGE 52, 131 (143 ff.).

<sup>14</sup> Zuckerman, Civil Procedure, 2. Aufl. 2021, Rn. 3.1, 3.160.

<sup>15</sup> *Ebd.*

<sup>16</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3632), Rn. 14.

<sup>17</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 und 1 BvR 2421/17, NJW 2018, 3634.

<sup>18</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 27.7.2020 – 1 BvR 1379/20, NJW 2020, 3023 (3024), Rn. 6, 7.

Waffengleichheit ein grundrechtsgleiches Recht ist,<sup>19</sup> das sich auf verschiedene zivilprozessuale Aspekte erstreckt,<sup>20</sup> gilt sie darüber hinaus für alle Rechtsbereiche;<sup>21</sup> insbesondere im geistigen Eigentum.<sup>22</sup> In der Folge der vom *BVerfG* geforderten Gleichbehandlung der Parteien im Verfügungsverfahren,<sup>23</sup> ist das Verfügungsverfahren ein kontradiktorisches, das *ex parte* erlassene einstweilige Verfügungen ausschließt.<sup>24</sup>

## II. Dogmatische Einordnung der prozessualen Waffengleichheit

Die Charakterisierung des Verfügungsverfahrens als kontradiktorisch überzeugt in Hinblick auf die Dogmatik des grundrechtsgleichen Rechts der prozessualen Waffengleichheit. Während sich *Bötticher*<sup>25</sup> für ein ausschließlich formelles Recht ausspricht, *Vollkommer*<sup>26</sup> und *Schack*<sup>27</sup> sich dagegen für ein materielles Verständnis positionieren, nimmt *Zuck* ein Grundrecht *sui generis* an, das formelle und materielle Elemente verschränke.<sup>28</sup>

Richtigerweise umfasst die Waffengleichheit beide Elemente: In formeller Hinsicht sind die Parteien im Prozess gleich zu stellen; es dürfen grundsätzlich keine Unterschiede allein danach gemacht werden, ob eine Partei als Kläger oder

<sup>19</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3632), Rn. 12.

<sup>20</sup> Es erstrecke sich u. a. auf das Beweisrecht und die Angleichung des Rechtsschutzes bemittelter und unbemittelter Parteien, vgl. *Piekenbrock/Kienle*, ZPO-Examinatorium, 2. Aufl. 2016, Rn. 31.

<sup>21</sup> So auch *Mantz*, Erfahrungen mit dem Recht auf Waffengleichheit im einstweiligen Verfügungsverfahren, WRP 2020, 416 (417), Rn. 5.

<sup>22</sup> So auch *Beyer*, Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit in einstweiligen Verfügungsverfahren gilt auch im Wettbewerbsrecht, jurisPR-ITR 20/2019 Anm. 6, unter D; *Herrmann*, BVerfG: Waffengleichheit im Eilrechtsschutz gilt auch im Wettbewerbsrecht, IPRB 2020, 198 (198); *Kelp*, Die prozessuale Waffengleichheit im Verfahren der einstweiligen Verfügung, IPRB 2019, 88 (88); *Laucke*, Im Zweifel ist der Gegner anzuhören: Der Grundsatz der Waffengleichheit gilt auch im wettbewerbsrechtlichen Verfügungsverfahren, AnwBl BE 2020, 467 (468); *Lerach*, Abenddämmerung für die Beschlussverfügung?, Anmerkung zu BVerfG 1. Senat 3. Kammer, stattgebender Kammerbeschluss v. 30.9.2018 - 1 BvR 2421/17, jurisPR-WettBR 11/2018 Anm. 1, unter D.

<sup>23</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3632), Rn. 14.

<sup>24</sup> So auch *Vollkommer*, Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung der prozessualen Waffengleichheit im Presserecht, MDR 2019, 965 (967); *Zuck*, Das verfassungsrechtliche Fundament der prozessualen Waffengleichheit, EuGRZ 2020, 1 (5).

<sup>25</sup> *Bötticher*, Die Gleichheit vor dem Richter, 1954, S. 9 ff.

<sup>26</sup> *Vollkommer* (Rn. 11), S. 519 f.

<sup>27</sup> *Schack*, Waffengleichheit im Zivilprozess, ZZZP 129 (4), 393 (494, 415).

<sup>28</sup> *Zuck* spricht in der Folge von einem „Fairness-Verfahrensgrundrecht“, *Zuck* (Fn. 24), S. 8.

als Beklagter auftritt.<sup>29</sup> In materieller Hinsicht hat das Verfahren die Chancengleichheit bei der Durchsetzung der subjektiven Rechte im Prozess zu gewährleisten,<sup>30</sup> insoweit ist die Waffengleichheit „gerechtigkeitstrukturiert“<sup>31</sup>. Nur ein kontradiktorisches Verfügungsverfahren zwischen gleichberechtigten Parteien kann diesen Anforderungen gerecht werden.

### III. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Dass die Waffengleichheit in dogmatischer Hinsicht materielle und formelle Elemente verschränkt, spiegelt sich auch bei der Bestimmung ihrer verfassungsrechtlichen Grundlagen wider.

Das *BVerfG* betrachtet die prozessuale Waffengleichheit als Ausprägung der Rechtsstaatlichkeit und des allgemeinen Gleichheitssatzes, wobei der Richter die Verfahrensgarantie aus Art. 103 Abs. 1 GG zu berücksichtigen habe.<sup>32</sup> Laut *BVerfG* ist das rechtliche Gehör als prozessuales Unrecht<sup>33</sup> eine „besondere Ausprägung der Waffengleichheit“.<sup>34</sup> Die Waffengleichheit soll jeder Partei eine angemessene Nutzung ihres Gehörs ermöglichen.<sup>35</sup>

Dagegen dient Art. 3 Abs. 1 GG nur der Ergänzung um ein materielles Gerechtigkeitsmoment<sup>36</sup> und ist nicht, wie teilweise angenommen,<sup>37</sup> eine

---

<sup>29</sup> So auch *Vollkommer* (Rn. 11), S. 516.

<sup>30</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3632), Rn. 14 und 1 BvR 2421/17, NJW 2018, 3634 (3635), Rn. 27; *Jung* (Fn. 11), S. 212.

<sup>31</sup> *Zuck* (Fn. 24), S. 8.

<sup>32</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3632), Rn. 14 und 1 BvR 2421/17, NJW 2018, 3634 (3635), Rn. 27.

<sup>33</sup> So bezeichnet die Rechtsprechung den Grundsatz, vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 18.6.1985 – 2 BvR 414/84, BVerfGE 70, 180 (188), unter II a). Schwab bezeichnet ihn als „Magna Charta des gerichtlichen Verfahrens“, vgl. *Schwab/Gottwald*, *Verfassung und Zivilprozess*, 1. Aufl. 1984, S. 49.

<sup>34</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3632), Rn. 15 und 1 BvR 2421/17, NJW 2018, 3634 (3635), Rn. 28.

<sup>35</sup> So auch *Rauscher*, in: MüKo-ZPO (Fn. 5), vor § 1 Rn. 279.

<sup>36</sup> So auch *Zuck* (Fn. 24), S. 6.

<sup>37</sup> So noch *BVerfG*, Beschl. v. 6.6.2017, – 1 BvQ 16/17, 1 BvQ 17/17, 1 BvR 764/17, 1 BvR 770/17, NJW 2017, 2985 (2986), Rn. 8; auch *Pickenbrock/Kienle* (Fn. 20), Rn. 31; *Schack* (Rn. 27), S. 394 will sogar den Begriff der Waffengleichheit durch Chancengleichheit austauschen. Allerdings ist eine materielle Gleichstellung der Prozessparteien faktisch gar nicht möglich: Während der Kläger Zeit und Umfang des Angriffs, Verfahrensart und bei Konkurrenz mehrerer Gerichtsstände auch das zur Entscheidung berufene Gericht bestimmt, privilegiert das Gesetz den Beklagten, indem es grundsätzlich einem für ihn vorteilhaften Gerichtsstand vorschreibt, vgl. §§ 12, 13, 17 ZPO. So schon *BVerfG*, Beschl. v. 22.1.1959 – 1 BvR 154/55, BVerfGE 9, 124 (130): „Vollständige Chancen- und Waffengleichheit ist nicht zu erreichen.“

eigenständige Grundlage der Waffengleichheit. Denn Art. 3 Abs. 1 GG als rein materielles Grundrecht ist als Grundlage nicht ausreichend, um die formellen Elemente der Waffengleichheit zu stützen.

Aus der Dogmatik der Waffengleichheit lässt sich das Fairnessgebot als weiteres Fundament ableiten.<sup>38</sup> Das *BVerfG* greift unter Berücksichtigung von Art. 6 Abs. 1 EMRK auf das Gebot der „fairen Anhörung“<sup>39</sup> zurück.<sup>40</sup> Der *EGMR* erwähnte erstmals 1968 den in Art. 6 Abs. 1 EMRK niedergelegten Begriff des fairen Verfahrens.<sup>41</sup> 25 Jahre später definierte er die „Waffengleichheit“ dahingehend, „dass jeder Partei eine vernünftige Möglichkeit eingeräumt werden muss, ihren Fall [...] vor Gericht unter Bedingungen zu präsentieren, die für diese Partei keinen substantziellen Nachteil im Verhältnis zum Prozeßgegner bedeuten.“<sup>42</sup> Auch dem *BVerfG* ging es 2018 darum, den Prozessparteien gleichermaßen die Möglichkeit einzuräumen, ihre Verfahrensziele zu erreichen.<sup>43</sup> Damit ist der Richter verpflichtet, Waffengleichheit gerade als Element des fairen Verfahrens zu gewährleisten.<sup>44</sup>

#### IV. Grund für den Rückgriff auf die prozessuale Waffengleichheit im Verfügungsverfahren

Das *BVerfG* griff 2018<sup>45</sup> auf den Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit zurück, da die fachgerichtliche Praxis einstweiliger Verfügungen den Antragsgegner vor zwei Probleme stellen kann, die ihn prozessual ohnmächtig machen:

---

<sup>38</sup> So auch *Zuck* (Fn. 24), S. 8; ähnlich auch *Conrad/Hassel*, Rechtliches Gehör und Waffengleichheit im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, IPRB 2020, 139 (140).

<sup>39</sup> *EGMR*, *Dombo Bebeer B.V. v. Niederlande*, Urt. v. 27.10.1993, Rs. 37/1992/382/460, NJW 1995, 1413 Rn. 32.

<sup>40</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3632), Rn. 16 und 1 BvR 2421/17, NJW 2018, 3634 (3635), Rn. 29.

<sup>41</sup> „(N)otion of fair trial (procès équitable) mentioned in Article 6 (1)“, *EGMR*, *Neumeister v. Österreich*, Urt. v. 27.6.1968, Rs. 1936/63, BeckRS 1968, 105102, Rn. 215.

<sup>42</sup> *EGMR*, *Dombo Bebeer B.V. v. Niederlande*, Urt. v. 27.10.1993, Rs. 37/1992/382/460, NJW 1995, 1413 (1413), Rn. 33.

<sup>43</sup> Vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3632), Rn. 14 und 1 BvR 2421/17, NJW 2018, 3634 (3635), Rn. 27.

<sup>44</sup> So auch *Jung* (Fn. 11), S. 213; *Zuck* (Fn. 24), S. 8; ähnlich *Conrad/Hassel* (Fn. 38), S. 140.

<sup>45</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 und 1 BvR 2421/17, NJW 2018, 3634.

Erstens verfügen die Fachgerichte regelmäßig, ohne dass der Antragsgegner (auch vorgerichtlich) je einbezogen worden ist.<sup>46</sup> Die Einbeziehung wird im Widerspruchsverfahren nachgeholt und so der ihr zugrunde liegende Verstoß des rechtlichen Gehörs geheilt (1.).

Zweitens kann der Antragsgegner seine fehlende Einbeziehung nicht vor den Fachgerichten rügen, schon weil dieser Verfahrensverstoß aufgrund der Heilungsmöglichkeit im Widerspruchsverfahren bei keinem der fachgerichtlichen Rechtsbehelfe geprüft wird (2.).

Das *BVerfG* versuchte 2018 beiden Problemen Abhilfe zu verschaffen, indem es zuließ, dass sich der Antragsgegner im Wege der Verfassungsbeschwerde gegen einen Verstoß seines Rechts auf prozessuale Waffengleichheit richtet (3.).

### 1. Ständige Rechtsprechung des *BVerfG*: Heilung von Gehörsverstößen

Die Heilung eines Gehörsverstoßes durch Anhörung, beispielsweise im Widerspruchsverfahren, beruht auf der ständigen Rechtsprechung der *Senate des BVerfG*.<sup>47</sup> Diese ständige Rechtsprechung konnte die *3. Kammer des Ersten Senats* bei ihren Entscheidungen 2018<sup>48</sup> zum Verfügungsverfahren nicht ändern.<sup>49</sup> Laut *Bornkamm* ist dies der eigentliche Grund dafür, dass die *Kammer* 2018 auf die prozessuale Waffengleichheit zurückgriff.<sup>50</sup> Ihm ist insoweit zuzustimmen, als das *BVerfG*, wollte es den Verfahrensfehler prüfen, nicht umhinkam, eine Verletzung der prozessualen Waffengleichheit – ohne deren Heilungsmöglichkeit im Widerspruchsverfahren – anzunehmen.<sup>51</sup>

<sup>46</sup> Beispielsweise: *LG Köln*, Verf. v. 10.7.2017 – 28 O 200/17, BeckRS 2017, 124394, Rn. 1; vgl. hierzu *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3633), Rn. 25; *LG Berlin*, Beschl. v. 30.4.2020 – 27 O 169/20; vgl. hierzu *BVerfG*, Beschl. v. 3.6.2020 – 1 BvR 1246/20, NJW 2020, 2021 (2024), Rn. 23.

<sup>47</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 25.5.1956 – 1 BvR 53/54, BVerfGE 5, 9 (10); Beschl. v. 15.5.1956 – 1 BvR 128/56, BVerfGE 5, 22 (24); Beschl. v. 29.6.1965 – 1 BvR 289/62, BVerfGE 19, 93 (99); Beschl. v. 7.10.1981 – 2 BvR 1194/80, BVerfGE 58, 208 (222).

<sup>48</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 und 1 BvR 2421/17, NJW 2018, 3634.

<sup>49</sup> Nur eine Senatsentscheidung wäre dazu imstande, die ständige Rechtsprechung zu ändern.

<sup>50</sup> *Bornkamm*, Das Ende der ex-parte-Verfügung auch im Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht, Machtwort des BVerfG zum rechtlichen Gehör im Verfügungsverfahren, GRUR 2020, 715 (721 f.).

<sup>51</sup> Damit das *BVerfG* den Verfahrensfehler prüfen konnte, musste es einen Weg finden, die Verfassungsbeschwerden zur Entscheidung anzunehmen. Bislang war das nicht möglich, da das *BVerfG* den Beschwerdeführer zur Rechtswegerschöpfung auf das Widerspruchsverfahren zu verweisen hatte; siehe auch *Bornkamm* (Fn. 50), S. 721 f.



## 2. Kein fachgerichtlicher Rechtsbehelf

Über *Bornkamms* Annahme hinaus ging es dem *BVerfG* aber vor allem um eine Gelegenheit, sich zur Praxis der Fachgerichte äußern zu können. Denn die Fachgerichte können den Antragsgegner prozessual ohnmächtig machen: Der Antragsgegner kann seine fehlende Einbeziehung nicht vor den Fachgerichten rügen, schon weil dieser Verfahrensverstöß aufgrund der Heilungsmöglichkeit bei keinem der fachgerichtlichen Rechtsbehelfe geprüft wird.

### *a) Im Widerspruchsverfahren wird ein Verfahrensverstoß nicht geprüft*

Im Widerspruchsverfahren ist wegen §§ 936, 925 I ZPO nur über die Rechtmäßigkeit der Verfügung im Zeitpunkt der nun erfolgenden mündlichen Verhandlung zu entscheiden.<sup>52</sup> Es findet keine Überprüfung bisheriger Verfahrensfehler statt.<sup>53</sup> Eine Verletzung der prozessualen Waffengleichheit als solche kann also nicht geltend gemacht werden.<sup>54</sup>

Auch wirkt sich der Verfahrensverstoß in Folge der Heilung im Widerspruchsverfahren nicht materiell aus: Regelmäßig wäre bei einem verfahrensfehlerfreien Vorgehen keine andere Entscheidung in der Sache zu erwarten gewesen.<sup>55</sup> Die Möglichkeit, die einseitig erlassene Verfügung aufzuheben und sodann inhaltsgleich, aber verfahrensfehlerfrei neu zu erlassen, wird als „unnütze Förmerei“<sup>56</sup> verworfen.

Durch einen Widerspruch kann der Antragsgegner das Verfahren fortsetzen. Der Verfahrensverstoß führt aber schon in der Zeit ab Erlass der Verfügung zu prozessualer Ungerechtigkeit, die bis zur Entscheidung im Widerspruchsverfahren bestehen bleibt. Diese Gerechtigkeit kann nur hergestellt werden, wenn die Wirkung der Verfügung bis zur Beseitigung des Verfahrensfehlers außer Vollzug gesetzt wird. Dem Antragsgegner geht es also darum, die Wirkung der Verfügung so lange aufzuheben – insbesondere das ihm durch die Verfügung verbotene Verhalten wiederaufnehmen zu können –, bis ihm Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wurde. Die Vollziehung der

---

<sup>52</sup> So auch *OLG Köln*, Beschl. v. 8.10.2018 – I-15 U 110/18, NJW-RR 2019, 240 (241 f.), Rn. 10; *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 27.2.2019 – 15 U 45/18, BeckRS 2019, 5570, Rn. 9.

<sup>53</sup> *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 27.2.2019 – 15 U 45/18, BeckRS 2019, 5570, Rn. 9.

<sup>54</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 11.1.2021 – 1 BvR 2681/20, NJW 2021, 1587 (1588), Rn. 25.

<sup>55</sup> So auch *OLG Köln*, Beschl. v. 8.10.2018 – I-15 U 110/18, NJW-RR 2019, 240 (241 f.), Rn. 10.

<sup>56</sup> *Ebd.*

Verfügung wird aber durch den Widerspruch nach §§ 936, 924 Abs. 3 S. 1 ZPO nicht gehemmt.

*b) Keine (analoge) Anwendung von § 321a ZPO*

Nach seinem Wortlaut verschafft § 321a ZPO nur Abhilfe bei einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör; insoweit erfolgt aber die Heilung im Widerspruchsverfahren. *Kettinger* argumentiert für eine Korrekturmöglichkeit über § 321a ZPO – im Interesse wirksamen Rechtsschutzes und der Entlastung des *BVerfG* – auch bei der Verletzung der Waffengleichheit.<sup>57</sup>

Entscheidend gegen *Kettinger* spricht, dass die Rechtsfolge des § 321a ZPO dem Antragsgegner im Verfügungsverfahren keine Abhilfe verschaffen könnte: Nach § 321a Abs. 1 S. 1 ZPO kann eine Fortführung des Verfahrens erreicht werden. Dies kann der Antragsgegner auch durch Einlegung des Widerspruchs erzielen. Ihm geht es aber darum, die Wirkung der einstweiligen Verfügung aufzuheben, bis ihm Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wurde. Zudem kommt ausweislich der Gesetzesmaterialien<sup>58</sup> eine analoge Anwendung des § 321a ZPO nicht in Betracht.<sup>59</sup>

### 3. Lösung des *BVerfG*

Das *BVerfG* erkannte 2018 an, dass der Antragsgegner, der vor Verfügungserlass nicht einbezogen wurde, regelmäßig machtlos, nämlich ohne prozessuale Waffen dasteht.<sup>60</sup> In der Folge ließ das *BVerfG* die Verfassungsbeschwerde wegen dieser Verletzung der prozessualen Waffengleichheit zu.<sup>61</sup>

<sup>57</sup> *Kettinger*, Die Verletzung von Verfahrensgrundrechten – Die Flucht des Gesetzgebers vor seiner Verantwortung, ZPR 2006, 152 (154 f.).

<sup>58</sup> BT-Drucks. 15/3706, S. 13 (14), A II 4. *Kettinger* (Fn. 57), S. 153 f. kritisiert diese Zurückhaltung des Gesetzgebers als äußerst bedenklich.

<sup>59</sup> Entspricht der h.M.: *BGH*, Beschl. v. 13.12.2007 – I ZR 47/06, NJW 2008, 2126 (2127), Rn. 5; Urt. v. 4.3.2011 – V ZR 123/10, NJW 2011, 1516 (1516), Rn. 9; Beschl. v. 27.4.2017 – I ZB 34/15, GRUR-RR 2017, 416 (416), Rn. 5; *Bacher*, in: BeckOK-ZPO, Ed. 44, Stand: 1.3.2022, § 321a Rn. 21; *Musielak*, in: MüKo-ZPO, 6. Aufl. 2020, § 321a Rn. 18; *Musielak*, in: *Musielak/Voit* (Fn. 11), § 321a Rn. 6; *Vollkommer*, in: *Zöller*, 34. Aufl. 2022, § 321a Rn. 3b m. w. N.; Andere Ansicht: *BGH*, Beschl. v. 19.5.2004 – IXa ZB 182/03, NJW 2004, 2529 (3529 f.); Beschl. v. 19.1.2006 – I ZR 151/02, NJW 2006, 1978 (1978 f.), Rn. 6 (letztlich aber offen gelassen); *Gravenhorst*, Anhörungsrügensgesetz und Arbeitsgerichtsverfahren, NZA 2005, 24 (27); *Kettinger* (Fn. 57), S. 155; *Kroppenberg*, Zum Rechtsschutzbereich der Rüge gemäß § 321a ZPO, ZZP (2003) 116, 421 (425 ff.).

<sup>60</sup> Vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3631 f.), Rn. 10 und 1 BvR 2421/17, NJW 2018, 3634, Rn. 23.

<sup>61</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3631), Rn. 9 und 1 BvR 2421/17, NJW 2018, 3634, Rn. 22.

Auch das *BVerfG* kann regelmäßig nicht für Linderung auf Primärebene sorgen, weil es schlicht zu spät kommt. Durch Annahme der Verfassungsbeschwerden schuf sich das *BVerfG* aber Gelegenheit, eine „vielerorts fragwürdige gerichtliche Praxis“<sup>62</sup> zu kritisieren und in der Folge Leitlinien anzugeben, damit die Fachgerichte von vornherein die Verletzung des Rechts auf Waffengleichheit verhindern können.

#### 4. Zwischenergebnis: Rückgriff auf die Waffengleichheit ist konsequent

Infolge der Qualifizierung der prozessualen Waffengleichheit als grundrechtsgleiches Recht<sup>63</sup> war es nur konsequent, auch eine Verfassungsbeschwerde zuzulassen.<sup>64</sup> Die einfachrechtlichen Verfahrensverstöße indizieren bereits eine Verletzung des Prozessgrundrechts.<sup>65</sup> Jedoch kann und möchte das *BVerfG* sich insoweit nicht zu einem allgemeinen Rechtsmittelgericht für Verletzungen der prozessualen Waffengleichheit machen, sondern der systematischen Praxis der Fachgerichte entgegenzutreten.

#### C. Kein Rechtsschutz über die verfassungsgerichtliche Ebene

Mit der „Übernahme der Lufthoheit“<sup>66</sup> im Jahr 2018<sup>67</sup> verschaffte sich das *BVerfG* vor allem Gelegenheit, Leitlinien für die Fachgerichte aufzustellen. Einen Rechtsschutz für die Antragsgegner im Einzelfall konnte das *BVerfG* kaum erreichen.

Das zeigt sich schon daran, dass die Rechtsbehelfe zur Geltendmachung der prozessualen Waffengleichheit systematisch ungeeignet sind (**I.**). Zudem lassen die einzelnen Voraussetzungen der Rechtsbehelfe (**II.**) und die Analyse der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung (**III.**) auf einen nur vereinzelt bestehenden Rechtsschutz schließen. Im Ergebnis erschöpft sich die Wirkungsmacht des *BVerfG* in einem Appell an die Fachgerichte (**IV.**).

---

<sup>62</sup> Härting, ITRB 2019, 165 (168).

<sup>63</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3632), Rn. 12.

<sup>64</sup> Vgl. Forderung findet sich schon bei *Eslami/Steinrötter*, Waffengleichheit im Zivilprozess – Diskussionsbericht, ZZP 129 (4), 417 (417).

<sup>65</sup> *Eslami/Steinrötter* (Fn. 64), S. 417; Die einfachrechtlichen Verstöße führen aber nicht ohne weiteres zu einer sanktionswürdigen Grundrechtsverletzung, *Teplitzky* (Fn. 4), S. 1655, Rn. 13.

<sup>66</sup> *Vollkommer* (Fn. 24), S. 967.

<sup>67</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 und 1 BvR 2421/17, NJW 2018, 3634.

## I. Verfassungsgerichtliche Rechtsbehelfe sind systematisch ungeeignet

Dem Antragsgegner stehen zwei verfassungsgerichtliche Rechtsbehelfe zur Verfügung: Zum einen kann er sich im Wege der Verfassungsbeschwerde gegen eine Verletzung seines Rechts auf prozessuale Waffengleichheit wegen unzureichender Einbeziehung im Verfügungsverfahren richten.<sup>68</sup> Der Antragsgegner kann so einen Verstoß feststellen lassen, auch nachdem über seinen fachgerichtlichen Rechtsbehelf entschieden ist. Zum anderen kann er über einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 32 Abs. 1 BVerfGG erwirken, dass das *BVerfG* die einstweilige Verfügung aufhebt oder außer Vollzug setzt, bis über seinen fachgerichtlichen Widerspruch entschieden ist.<sup>69</sup>

Die verfassungsgerichtlichen Rechtsbehelfe sind aber systematisch ungeeignet, um dem Antragsgegner im Verfügungsverfahren eine Geltendmachung seines Rechts auf prozessuale Waffengleichheit zu gewähren, ja nicht einmal die erfolgte Rechtsverletzung zu verkürzen. Denn mittels Verfassungsbeschwerde und auch Eilanordnung kann die Verletzung der Waffengleichheit regelmäßig nur festgestellt, nicht aber beseitigt werden.<sup>70</sup> Jedenfalls dauern durchschnittliche Beschwerdeverfahren vor dem *BVerfG* ein bis zwei Jahre<sup>71</sup> und auch die Eilverfahren in der Regel mindestens einen Monat.<sup>72</sup> Währenddessen haben Verfassungsbeschwerde und Eilantrag keine aufschiebende Wirkung; die einstweilige Verfügung wird also weiterhin vollzogen;<sup>73</sup> mithin kommen die Rechtsbehelfe regelmäßig zu spät.

---

<sup>68</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 und 1 BvR 2421/17, NJW 2018, 3634.

<sup>69</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 3.6.2020 – 1 BvR 1246/20, NJW 2020, 2021 (2022), Rn. 13.

<sup>70</sup> Zur Verfassungsbeschwerde: *BVerfG*, Beschl. v. 6.6.2017 – 1 BvQ 16/17, 1 BvQ 17/17, 1 BvR 764/17, 1 BvR 770/17, NJW 2017, 2985 (2986), Rn. 11; Beschl. v. 16.3.2021 – 1 BvR 375/21, GRUR 2021, 989 (991), Rn. 26; Zur Eilanordnung: *BVerfG*, Beschl. v. 23.8.2017 – 1 BvR 1783/17, BeckRS 2017, 123654 Rn. 10; Beschl. v. 16.3.2021 – 1 BvR 375/21, GRUR 2021, 989 (991), Rn. 23.

<sup>71</sup> *Zuck* (Fn. 24), S. 9.

<sup>72</sup> Beispielsweise setzte *BVerfG*, Beschl. v. 3.6.2020 – 1 BvR 1246/20, NJW 2020, 2021 die Verfügung des *LG Berlin* v. 30.4.2020 – 27 O 169/20 außer Vollzug; *BVerfG*, Beschl. v. 17.6.2020 – 1 BvR 1380/20, GRUR-RS 2020, 13380 setzte die Verfügung des *LG Berlin* v. 12.5.2020 – 27 O 196/20 und *BVerfG*, Beschl. v. 22.12.2020 – 1 BvR 2740/20, NJW 2021, 615 die Verfügung des *LG Berlin* v. 27.10.2020 – 27 O 374/20 außer Vollzug.

<sup>73</sup> *Zuck* (Fn. 24), S. 9. f.

## II. Voraussetzungen der verfassungsgerichtlichen Rechtsbehelfe

Ist die prozessuale Waffengleichheit verletzt, ist damit eine verfassungsgerichtliche Entscheidung noch nicht sicher: Die hohen Anforderungen an die verfassungsgerichtlichen Rechtsbehelfe lassen im Ergebnis nur gelegentlich Schutzersuchen zum *BVerfG* zu. Bei der Verfassungsbeschwerde ist zwar der Rechtsweg zum *BVerfG* problemlos erschöpft (1.).<sup>74</sup> Allerdings ist regelmäßig die Darlegung eines hinreichenden Feststellungsinteresses erforderlich, die dem Beschwerdeführenden nur bei einem systematischen Verstoß des jeweiligen Fachgerichts möglich ist (2.). Hinsichtlich der einstweiligen Anordnung besteht für das Darlegungserfordernis eines schweren Nachteils offenbar noch kein klarer und einheitlicher Maßstab (3.).

### 1. Rechtswegerschöpfung

Bekanntlich ist die Verfassungsbeschwerde nur zulässig, sobald der Rechtsweg (im Übrigen) erschöpft ist, § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG. Im September 2018 nahm das *BVerfG* erstmals zwei Verfassungsbeschwerden zur Entscheidung an, die die Verletzung des rechtlichen Gehörs im Verfügungsverfahren rügten.<sup>75</sup> Das *BVerfG* führte aus, unabhängig von dem noch fortdauernden Ausgangsverfahren, sei der Rechtsweg erschöpft (§ 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG), denn die Rügen bezögen sich auf eine Rechtsverletzung unmittelbar durch die Handhabung des Prozessrechts im Verfügungsverfahren selbst. Die insoweit geltend gemachten Grundrechtsverletzungen können laut *BVerfG* vor den Fachgerichten nicht wirksam angegriffen werden. Der Beschwerdeführer habe sich gegen ein – seinem Vorbringen nach – bewusstes und systematisches Übergehen seiner prozessualen Rechte gewandt. Diesbezüglich bestehe kein fachgerichtlicher Rechtsbehelf. Insbesondere gibt es laut *BVerfG* keine prozessrechtliche Möglichkeit, etwa im Wege einer Feststellungsklage, eine fachgerichtliche Kontrolle eines solchen Vorgehens zu erwirken. Die

---

<sup>74</sup> Einzig im Beschl. v. 3.12.2020 hielt das *BVerfG* den Rechtsweg für nicht erschöpft. Allerdings wich der Fall insoweit von den anderen ab, als der Gegenseite vorgeworfen wurde, sie hätte wahrheitswidrig vorgetragen, die Beschwerdeführerin hätte auf die Abmahnung nicht reagiert. Eine solche Rüge könne im fachgerichtlichen Verfahren korrigiert werden, *BVerfG*, Beschl. v. 3.12.2020 – 1 BvR 2575/20, WRP 2021, 461 (462), Rn. 10, 11.

<sup>75</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 und 1 BvR 2421/17, NJW 2018, 3634.

Verfassungsbeschwerde könne damit ausnahmsweise unmittelbar gegen die einstweilige Verfügung selbst erhoben werden.<sup>76</sup>

## 2. Hinreichend gewichtiges Feststellungsinteresse

Das *BVerfG* hat darüber hinaus die Anforderung des hinreichend gewichtigen Feststellungsinteresses entwickelt, die sich so nicht im *BVerfGG* findet. Hiernach kann nicht jede Verletzung prozessualer Rechte unter Berufung auf die prozessuale Waffengleichheit im Wege einer Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden, ein bloßer *error in procedendo* reiche nicht aus. Ein Feststellungsinteresse sei erst bei Wiederholungsgefahr anzunehmen, also wenn eine hinreichend konkrete Gefahr bestehe, dass unter im Wesentlichen unveränderten rechtlichen und tatsächlichen Umständen eine gleichartige Entscheidung ergehen würde.<sup>77</sup>

Es ist also darzulegen, dass dem Fachgericht ein systematischer Verstoß vorzuwerfen ist. Während für Entscheidungen des *LG Berlin* und des *OLG Hamburg* jeder weitere Einzelfall genügen könnte, da das *BVerfG* die verfassungswidrige Praxis für die Vergangenheit bereits feststellte,<sup>78</sup> bleibt die erforderliche Darlegung des Beschwerdeführers für andere Fachgerichte nur schwer möglich. Da die Entscheidungen der Fachgerichte sachverhaltsabhängig ergehen, muss dies dargestellt werden; gerade bei Eilverfahren dürfte die Darlegung aber nur schwer möglich sein.<sup>79</sup>

Laut *BVerfG* muss ein Feststellungsinteresse nicht geltend gemacht werden, wenn die Rechtsbeeinträchtigung durch die Verfügung in Gestalt eines weiterhin vollstreckbaren Unterlassungstitels noch fort dauert. Ein Feststellungsinteresse ist für den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung entbehrlich, wenn der Antragsteller hiermit nicht Feststellung, sondern Aufhebung oder

---

<sup>76</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3631 f.), Rn. 10 und 1 BvR 2421/17, NJW 2018, 3634, Rn. 23.

<sup>77</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3632), Rn. 11 und 1 BvR 2421/17, NJW 2018, 3634, Rn. 24.

<sup>78</sup> Für das *LG Berlin*: *BVerfG*, Beschl. v. 3.6.2020 – 1 BvR 1246/20, NJW 2020, 2021 (2023), Rn. 20; Beschl. v. 17.6.2020 – 1 BvR 1380/20, GRUR-RS 2020, 13380, Rn. 13; Beschl. v. 22.12.2020 – 1 BvR 2740/20, NJW 2021, 615 (616), Rn. 17; Beschl. v. 6.2.2021 – 1 BvR 249/21, BeckRS 2021, 5190, Rn. 18; Für das *OLG Hamburg*: *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 2421/17, NJW 2018, 3634 (3636), Rn. 25; Beschl. v. 11.1.2021 – 1 BvR 2681/20, NJW 2021, 1587 (1588), Rn. 27.

<sup>79</sup> So auch *Zuck* (Fn. 24), S. 10.

Außervollzugsetzung der bestehenden Beschwer in Gestalt des weiterhin vollstreckbaren Unterlassungstitels begehrt.<sup>80</sup>

### 3. Voraussetzungen des Antrags auf einstweilige Anordnung

Nach § 32 Abs. 1 BVerfGG kann das *BVerfG* im Streitfall einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile dringend geboten ist. Der Beschwerdeführer kann so erreichen, dass der Verstoß gegen das Recht auf prozessuale Waffengleichheit festgestellt und die Wirksamkeit des angegriffenen Beschlusses bis zu einer Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde in der Hauptsache oder bis zu einer erneuten Entscheidung des Fachgerichts ausgesetzt wird.<sup>81</sup> Das *BVerfG* legt zwei verschiedene Maßstäbe im Rahmen des § 32 Abs. 1 BVerfGG an:

(a) Das *BVerfG* führte in seinem Beschluss vom 3.6.2020 aus, dass bei der im Rahmen des § 32 Abs. 1 BVerfGG vorzunehmenden Folgenabwägung<sup>82</sup> die für den Erlass einer einstweiligen Anordnung sprechenden Gründe überwiegen. Denn die wesentlichen Fragen seien bereits durch die Beschlüsse vom 30.9.2018 geklärt und die Verfassungsbeschwerde sei hinsichtlich der gerügten Verletzung der prozessualen Waffengleichheit offensichtlich zulässig und begründet.<sup>83</sup> So argumentierte das *BVerfG* auch in den Beschlüssen vom 17.6.2020<sup>84</sup>, 22.12.2020<sup>85</sup>, 11.1.2021<sup>86</sup> und 6.2.2021.<sup>87</sup>

(b) In seinem Nichtannahmebeschluss vom 16.7.2020 forderte das *BVerfG* dann aber die Darlegung eines grundrechtlich erheblichen schwerwiegenden Nachteils i. S. d. § 32 BVerfGG, wofür die fortgesetzte Belastung durch einen einseitig erstrittenen Unterlassungstitel nicht ausreiche, wenn die Beschwerdeführerin in der Sache nicht durch die Unterlassungsverpflichtung belastet ist.<sup>88</sup> So argumentierte das *BVerfG* auch in dem Nichtannahmebeschluss vom 1.9.2020.<sup>89</sup>

<sup>80</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 3.6.2020 – 1 BvR 1246/20, NJW 2020, 2021 (2022 f.), Rn. 13; Beschl. v. 17.6.2020 – 1 BvR 1380/20, GRUR-RS 2020, 13380, Rn. 12.

<sup>81</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 16.3.2021 – 1 BvR 375/21, GRUR 2021, 989 (991), Rn. 22.

<sup>82</sup> Vgl. Ständige Rechtsprechung: *BVerfG*, Beschl. v. 8.11.1985 – 1 BvR 1290/85, BVerfGE 71, 158 (161); Beschl. v. 20.4.1993 – 2 BvR 14/93, BVerfGE 88, 185 (186); Beschl. v. 8.11.1994 – 1 BvR 1814/94, BVerfGE 91, 252 (257 f.).

<sup>83</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 3.6.2020 – 1 BvR 1246/20, NJW 2020, 2021 (2022), Rn. 10, 11.

<sup>84</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 17.6.2020 – 1 BvR 1380/20, GRUR-RS 2020, 13380, Rn. 11.

<sup>85</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 22.12.2020 – 1 BvR 2740/20, NJW 2021, 615 (616), Rn. 14, 15.

<sup>86</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 11.1.2021 – 1 BvR 2681/20, NJW 2021, 1587 (1588), Rn. 22, 23.

<sup>87</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 6.2.2021 – 1 BvR 249/21, BeckRS 2021, 5190, Rn. 12, 13.

<sup>88</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 16.7.2020 – 1 BvR 1617/20, BeckRS 2020, 17682, Rn. 5.

<sup>89</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 1.9.2020 – 2 BvQ 61/20, GRUR 2020, 1345 (1346), Rn. 11.

In den Entscheidungen bezüglich wettbewerbsrechtlicher Fälle vom 27.7.2020<sup>90</sup>, 21.1.2021<sup>91</sup> und 16.3.2021<sup>92</sup> habe es an der Darlegung eines schweren Nachteils gemangelt, der durch den Schadensersatz nach § 945 ZPO nicht aufgefangen werden könnte.

### III. Analyse: Kein Rechtsschutz durch Rechtsprechung des *BVerfG*

Die Analyse der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung verdeutlicht, dass die Voraussetzungen der verfassungsgerichtlichen Rechtsbehelfe die prozessuale Waffengleichheit im Verfügungsverfahren nur gelegentlich schützen. Als Beispiel dienen zwei verfassungsgerichtliche Beschlüsse der *2. Kammer des Ersten Senats* Anfang 2021. Der erste Beschluss betrifft das Lauterkeitsrecht (**1.**), der zweite das Presserecht (**2.**).

#### 1. Der Beschluss des *BVerfG* vom 22.1.2021 – 1 BvR 2793/20

In seinem Beschluss vom 22.1.2021<sup>93</sup> nahm das *BVerfG* die Verfassungsbeschwerde gegen den Erlass einer einstweiligen Verfügung durch das *LG Münster*<sup>94</sup> nicht zur Entscheidung an. Nach Darstellung des Sachverhalts (**a.**) und Besprechung der Nichtannahmegründe (**b.**) ergeben sich bei der Analyse des Beschlusses folgende Konsequenzen: Obwohl das *BVerfG* schon im Juli 2020<sup>95</sup> betonte, dass die prozessuale Waffengleichheit nicht nur im Presse-, sondern auch im Lauterkeitsrecht gilt, zeigt es sich bei dessen Handhabung in wettbewerbsrechtlichen Konstellationen deutlich strenger (**c.**).

##### *a) Zusammenfassung des lauterkeitsrechtlichen Sachverhalts*

Die Beschwerdeführerin rügte eine Verletzung ihres Rechts auf prozessuale Waffengleichheit aus Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG, da sie nicht am Verfügungsverfahren beteiligt wurde. Die Beschwerdeführerin vertreibt Mund- und Nasenmasken. Nach erfolgloser Abmahnung wegen irreführender geschäftlicher Handlung nach § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG beantragte die Gegnerin des Ausgangsverfahrens den Erlass einer einstweiligen Verfügung.

Das *LG Münster* gab dem insoweit statt, als sie der Beschwerdeführerin untersagte, im Wettbewerb „Mund-Nasen-Schutz“ zu vertreiben, der optisch

<sup>90</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 27.7.2020 – 1 BvR 1379/20, NJW 2020, 3023 (3025), Rn. 25.

<sup>91</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 22.1.2021 – 1 BvR 2793/20, NJW 2021, 2018 (2019), Rn. 18.

<sup>92</sup> Hier ging es um ein kartellrechtliches Eilverfahren, vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 16.3.2021 – 1 BvR 375/21, GRUR 2021, 989 (990), Rn. 20.

<sup>93</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 22.1.2021 – 1 BvR 2793/20, NJW 2021, 2018.

<sup>94</sup> *LG Münster*, Beschl. v. 6.11.2020 – 025 O 89/20, GRUR-RS 2020, 37121.

<sup>95</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 27.7.2020 – 1 BvR 1379/20, NJW 2020, 3023 (3024), Rn. 6, 7.



den Eindruck erwecke, es handle sich um eine medizinische Maske, ohne auf die nicht nachgewiesene Schutzwirkung hinzuweisen.<sup>96</sup> Der Tenor dieses Verbots weicht vom Unterlassungsverlangen der Abmahnung wie auch vom Verfügungsantrag ab.<sup>97</sup>

*b) Besprechung der Nichtannahme der Entscheidung*

Das *BVerfG* nahm die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an, weil die Voraussetzungen des § 93a Abs. 2 *BVerfGG* nicht erfüllt seien. Damit wurde auch der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gegenstandslos, vgl. § 40 Abs. 3 *GOBVerfG*.

Die Beschwerdeführerin rügte zum einen, dass der Tenor des Verfügungsbeschlusses vom gestellten Verfügungsantrag abgewichen sei, ohne sie hierzu anzuhören (aa)).<sup>98</sup> Zum anderen rügte sie, dass sie trotz Abweichungen zwischen der Abmahnung und dem Verfügungsantrag sowie dessen Begründung nicht im Verfahren beteiligt wurde (bb)).<sup>99</sup>

aa) Erste Rüge: Abweichung des Tenors vom Verfügungsantrag

(1) Jedenfalls kein Feststellungsinteresse dargelegt

Hinsichtlich der ersten Rüge ließ das *BVerfG* offen, ob es sich um einen Verstoß gegen die prozessuale Waffengleichheit oder um einen Gehörsverstoß handelt.<sup>100</sup> Zudem bleibt unklar, ob hier schon der Rechtsweg nicht erschöpft gewesen sei.<sup>101</sup> Denn jedenfalls habe die Beschwerdeführerin ein hinreichendes Feststellungsinteresses nicht dargelegt.<sup>102</sup> Zudem sei die nur teilweise erlassene Verfügung weniger belastend für die Beschwerdeführerin, als wenn das *LG* – ohne die gerügte Abweichung vom Verfügungsantrag – diesem voll entsprochen und ihr die Verfahrenskosten vollständig auferlegt hätte.<sup>103</sup>

(2) Schwerer Nachteil nicht dargelegt

Wenn das *BVerfG* hinsichtlich des Antrags auf Eilanordnung ausführte, es habe an der Darlegung eines schweren Nachteils gemangelt,<sup>104</sup> der über § 945 *ZPO*

---

<sup>96</sup> *LG Münster*, Beschl. v. 6.11.2020 – 025 O 89/20, GRUR-RS 2020, 37121.

<sup>97</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 22.1.2021 – 1 BvR 2793/20, NJW 2021, 2018.

<sup>98</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 22.1.2021 – 1 BvR 2793/20, NJW 2021, 2018 (2019), Rn. 15.

<sup>99</sup> *Ebd.*, Rn. 21.

<sup>100</sup> *Ebd.*, Rn. 15.

<sup>101</sup> Vgl. *Ebd.*, Rn.16.

<sup>102</sup> *Ebd.*, Rn. 15.

<sup>103</sup> *Ebd.*, Rn. 17.

<sup>104</sup> *Ebd.*, Rn. 18.

nicht aufgefangen werden könnte, folgte es seiner Argumentation aus vorangegangenen Nichtannahmebeschlüssen.<sup>105</sup> Zur Darlegung reiche allein die fortgesetzte Belastung durch den Unterlassungstitel nicht aus; die Beschwerdeführerin müsse auch in der Sache durch die Unterlassungsverpflichtung belastet sein.<sup>106</sup> Die Beschwerdeführerin habe aber keinen irreparablen Schaden dargetan.<sup>107</sup>

bb) Zweite Rüge: Abweichungen zwischen Abmahnung und Verfügungsantrag sowie dessen Begründung

Auch bezüglich der zweiten Rüge sei jedenfalls kein Feststellungsinteresse dargelegt worden.<sup>108</sup> Es folgten Ausführungen zur mangelnden Rechtsverletzung der Beschwerdeführerin: Ihre prozessualen Rechte seien nicht aufgrund von Abweichungen zwischen Abmahnung und Verfügungsantrag sowie dessen Begründung verkürzt gewesen.<sup>109</sup> Das *BVerfG* nahm Bezug zu früheren Beschwerden,<sup>110</sup> bei denen – wie auch hier – das mit dem Verfügungsantrag beantragte und das vom Fachgericht tenorierte Verbot als „Minus“ bereits in dem außergerichtlichen Unterlassungsbegehren enthalten gewesen seien.<sup>111</sup> Eine fehlende Kongruenz sei also nur beachtlich, wenn sie sich im Tenor der fachgerichtlichen Entscheidung „niedergeschlagen hat.“<sup>112</sup> Vorliegend seien die Abweichungen im Wortlaut indes nur „gering und nicht gravierend“ („Masken“ vs. „Mund-Nasen-Schutz“).<sup>113</sup>

c) *Konsequenz: BVerfG hält Beeinträchtigungen im Presserecht für gewichtiger als Beeinträchtigungen im Wettbewerbsrecht*

Nachteile können nur dann eine einstweilige Anordnung begründen, wenn sie so schwer sind, dass sie im Individualbereich eine gewisse Opfergrenze überschreiten oder wenn grundlegende Verfassungsprinzipien in Frage stehen.<sup>114</sup> Das *BVerfG* hält für einen erfolgreichen Eilantrag zur Außerkraftsetzung der

<sup>105</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 16.7.2020 – 1 BvR 1617/20, BeckRS 2020, 17682, Rn. 5; Beschl. v. 27.7.2020 – 1 BvR 1379/20, NJW 2020, 3023 (3025), Rn. 25; Beschl. v. 1.9.2020 – 2 BvQ 61/20, GRUR 2020, 1345 (1346), Rn. 11.

<sup>106</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 22.1.2021 – 1 BvR 2793/20, NJW 2021, 2018 (2019), Rn. 18.

<sup>107</sup> Siehe dazu sogleich unten **C. III. 1. c) bb**).

<sup>108</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 22.1.2021 – 1 BvR 2793/20, NJW 2021, 2018 (2019), Rn. 21.

<sup>109</sup> *Ebd.*, Rn. 21 f.

<sup>110</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 30.7.2020 – 1 BvR 1422/20, GRUR 2020, 1236 (1237), Rn. 21; Beschl. v. 3.12.2020 – 1 BvR 2575/20, WRP 2021, 461 (463), Rn. 22.

<sup>111</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 22.1.2021 – 1 BvR 2793/20, NJW 2021, 2018 (2019 f.), Rn. 23.

<sup>112</sup> *Ebd.*, Rn. 24.

<sup>113</sup> *Ebd.*, Rn. 23.

<sup>114</sup> *Graßhof*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge *BVerfGG*, 61. EL 2021, § 32 Rn. 59.

einstweiligen Verfügung die Belastung „in der Sache“ des Antragsgegners durch die Verfügung für maßgebend.<sup>115</sup> In dem soeben besprochenen Beschluss konnte die Beschwerdeführerin infolge der einstweiligen Verfügung die Masken nicht mehr ohne Hinweis auf die nicht nachgewiesene Schutzwirkung vertreiben. Die Verfügung beeinträchtigte sie also in ihrem Recht aus Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG. Vergleicht man die Argumentation des *BVerfG* in wettbewerbsrechtlichen Fällen mit seiner Argumentation in presse- bzw. äußerungsrechtlichen Konstellationen, zeigt sich, dass das *BVerfG* die Beeinträchtigung der durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Rechte gewichtiger betrachtet als Beeinträchtigungen der Rechte aus Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG.<sup>116</sup>

aa) Argumentation in presserechtlichen Konstellationen

Alle angenommenen Anträge auf einstweilige Verfügung ergingen in presse- bzw. äußerungsrechtlichen Konstellationen. Das *BVerfG* argumentierte hier jeweils, dass bei der im Rahmen des § 32 Abs. 1 BVerfGG vorzunehmenden Folgenabwägung die für den Erlass einer einstweiligen Anordnung sprechenden Gründe überwiegen, weil die Verfassungsbeschwerden offensichtlich zulässig und begründet seien. Das *BVerfG* verlangte vom Beschwerdeführer in keinem der Beschlüsse eine besondere Darlegung darüber, dass er durch die Verfügung in seinen Rechten beeinträchtigt sei.<sup>117</sup>

bb) Argumentation in wettbewerbsrechtlichen Konstellationen

Dagegen gab das *BVerfG* den Eilanträgen in wettbewerbsrechtlichen Konstellationen nicht statt. Es verlangte jeweils die besondere Darlegung eines schweren Nachteils, der durch die Schadensersatzpflicht nach § 945 ZPO nicht aufgefangen werden könnte.<sup>118</sup>

Beispielsweise führte das *BVerfG* im Beschluss vom 22.1.2021 aus, die Beschwerdeführerin habe nicht dargetan, dass sie die Produkte aktuell nicht mehr vertreibe, Produkte habe zurückrufen müssen oder ihr Geschäftsmodell nicht

---

<sup>115</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 22.1.2021 – 1 BvR 2793/20, NJW 2021, 2018 (2019), Rn. 18.

<sup>116</sup> Vgl. *Mantz*, Die Weiterentwicklung des Rechts auf prozessuale Waffengleichheit – Licht und Schatten, WRP 2020, 1250 (1256), Rn. 36.

<sup>117</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 3.6.2020 – 1 BvR 1246/20, NJW 2020, 2021 (2022), Rn. 10, 11; Beschl. v. 17.6.2020 – 1 BvR 1380/20, GRUR-RS 2020, 13380, Rn. 11; Beschl. v. 22.12.2020 – 1 BvR 2740/20, NJW 2021, 615 (616), Rn. 14, 15; Beschl. v. 11.1.2021 – 1 BvR 2681/20, NJW 2021, 1587 (1588), Rn. 22, 23; Beschl. v. 6.2.2021 – 1 BvR 249/21, BeckRS 2021, 5190, Rn. 12, 13.

<sup>118</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 27.7.2020 – 1 BvR 1379/20, NJW 2020, 3023 (3025), Rn. 25; Beschl. v. 22.1.2021 – 1 BvR 2793/20, NJW 2021, 2018 (2019), Rn. 18; *BVerfG*, Beschl. v. 16.3.2021 – 1 BvR 375/21, GRUR 2021, 989 (990), Rn. 20.

mehr verfolgen könne.<sup>119</sup> Hier sei auch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass an der Rechtskonformität von Medizinprodukten ein hohes Allgemeininteresse bestehe.<sup>120</sup> Ähnliche Ausführungen zum Allgemeininteresse machte das *BVerfG* auch schon im Juli 2020.<sup>121</sup> Es lässt sich folgern, dass die Anforderungen an den Nachweis der Beeinträchtigung besonders hoch sind, wenn öffentliche Interessen durch das untersagte Verhalten betroffen sind.

In wettbewerbsrechtlichen Fällen verwies das *BVerfG* – anders als in presserechtlichen Fällen – zudem auf die Kompensationsmöglichkeit nach § 945 ZPO. Das *BVerfG* gestand jedoch selbst ein, dass in lauterkeitsrechtlichen Fällen –vergleichbar mit presserechtlichen Fällen – eine Bezifferung etwa des nicht erzielten Gewinns besonders schwierig ist. Allerdings muss der Beschwerdeführer auch hier eine solche Schwierigkeit explizit darlegen; ansonsten bleibt er auf § 945 ZPO verwiesen.<sup>122</sup>

Diese besonderen Darlegungserfordernisse – die das *BVerfG* in presserechtlichen Konstellationen nicht aufstellte – zeigen, dass das *BVerfG* in wettbewerbsrechtlichen Fällen im Grundsatz davon ausgeht, dass der Beschwerdeführer durch die Verfügung nicht so sehr beeinträchtigt ist. Gegenteiliges muss er explizit darlegen.

Die unterschiedliche verfassungsgerichtliche Handhabung lässt den Schluss zu, dass das *BVerfG* die Beeinträchtigung der durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Rechte gewichtiger betrachtet als Beeinträchtigungen der Rechte aus Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG. Nur in ersteren Fällen hält es regelmäßig ein verfassungsgerichtliches Eingreifen mittels Außerkräftsetzung der Verfügung für notwendig.

## 2. Der Beschluss des *BVerfG* vom 4.2.2021 – 1 BvR 2743/19

Zum zweiten Mal<sup>123</sup> lag der Prüfung des *BVerfG* im Beschluss vom 4.2.2021<sup>124</sup> ein presserechtliches Verfahren des *LG Frankfurt a. M.*<sup>125</sup> zugrunde (a)). Die Beschwerdeführerin sei „offenkundig“<sup>126</sup> in ihrem Recht auf prozessuale

---

<sup>119</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 22.1.2021 – 1 BvR 2793/20, NJW 2021, 2018, (2019), Rn. 18.

<sup>120</sup> *Ebd.*, Rn. 20.

<sup>121</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 27.7.2020 – 1 BvR 1379/20, NJW 2020, 3023 (3025), Rn. 25.

<sup>122</sup> Vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 22.1.2021 – 1 BvR 2793/20, NJW 2021, 2018 (2019), Rn. 19.

<sup>123</sup> Zuvor: *BVerfG*, Beschl. v. 8.10.2019 – 1 BvR 1078/19, 1 BvR 1260/19, BeckRS 2019, 30365.

<sup>124</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 4.2.2021 – 1 BvR 2743/19, NJW 2021, 2020.

<sup>125</sup> *LG Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 31.10.2019 – 2-03 O 457119, BeckRS 2019, 54047.

<sup>126</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 4.2.2021 – 1 BvR 2743/19, NJW 2021, 2020 (2022), Rn. 26.

Waffengleichheit verletzt (*b*). Der Beschluss deckt sich wesentlich mit der bisherigen Rechtsprechung; es lohnt sich aber ein Gehör für die Zwischentöne, um die Entscheidung einzuordnen: Der Appell an die Fachgerichte wird lauter (*c*). Zudem zeigt sich, dass das Kongruenzerfordernis hinsichtlich Abmahnung und Verfügungsantrag zu Rechtsunsicherheit führt (*d*).

*a) Zusammenfassung des presserechtlichen Sachverhalts*

Die Beschwerdeführerin veröffentlichte einen Artikel zu angeblich fragwürdigen Praktiken der Passvergabe durch bestimmte Staaten, in dem auch der Antragsteller erwähnt und ein Foto von ihm gezeigt wurde. Die Beschwerdeführerin wies die Abmahnung des Antragstellers wegen unzulässiger Verdachtsberichterstattung zurück. Der folgende Verfügungsantrag des Antragstellers ging auf das Erwidernsschreiben der Beschwerdeführerin ein und erläuterte erstmals den geltend gemachten Verstoß gegen die §§ 22 f. KUG sowie die angebliche Verletzung von Urheberrechten. Das *LG Frankfurt a. M.* gab dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ohne mündliche Verhandlung statt und verpflichtete die Beschwerdeführerin antragsgemäß, die Veröffentlichung der angegriffenen Berichterstattung zu unterlassen. Auf den Widerspruch der Beschwerdeführerin hin hob das *LG* die Verfügung auf.

*b) Besprechung der Entscheidungsgründe*

aa) Feststellungsinteresse in Form einer Wiederholungsgefahr dargelegt

Im Gegensatz zu dem zuvor besprochenen Beschluss hielt das *BVerfG* hier ein auf Wiederholungsgefahr gestütztes Feststellungsinteresse für hinreichend dargelegt: Ausweislich des Vortrags der Beschwerdeführerin handelte es sich bei der Vorgehensweise der Frankfurter *Pressekammer* nicht um einen Einzelfall. Es sei zu vermuten, dass die *Pressekammer* die Rechtsprechung des *BVerfG* zur prozessualen Waffengleichheit „grundlegend verkannt“ habe.<sup>127</sup> So bestehe ein Feststellungsinteresse und „damit“<sup>128</sup> auch ein Rechtsschutzbedürfnis, obwohl das *LG* die angegriffene Verfügung aufgehoben hat.

bb) Das Recht auf prozessuale Waffengleichheit sei verletzt

Die Beschwerdeführerin sei „offenkundig“<sup>129</sup> in ihrem Recht auf prozessuale Waffengleichheit verletzt. Das *BVerfG* betonte mit Verweis auf vorangegangene

<sup>127</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 4.2.2021 – 1 BvR 2743/19, NJW 2021, 2020 (2021 f.), Rn. 18.

<sup>128</sup> *Ebd.*, Rn. 15.

<sup>129</sup> *Ebd.*, Rn. 26.

Beschlüsse<sup>130</sup>, es habe die maßgeblichen Rechtsfragen bereits entschieden.<sup>131</sup> Durch den Erlass der einstweiligen Verfügung ohne vorherige Anhörung der Beschwerdeführerin sei keine Gleichwertigkeit ihrer prozessualen Stellung gegenüber dem Verfahrensgegner gewährleistet gewesen.<sup>132</sup>

Zwar habe der Verfahrensgegner vorgerichtlich abgemahnt und eine Frist zur Stellungnahme gesetzt, die erfolglos abgelaufen sei. Er sei sodann aber „offensichtlich nachlässig“ in der Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs gewesen, indem er 40 Tage verstreichen ließ, ohne gerichtliche Hilfe in Anspruch zu nehmen.<sup>133</sup>

Erneut<sup>134</sup> sei die Beschwerdeführerin schon aufgrund fehlender Kongruenz zwischen Abmahnung und Verfügungsantrag einzubeziehen gewesen. Der Unterschied im Umfang der Dokumente (sieben Seiten gegenüber 20 Seiten) sei „augenscheinlich“ gewesen. Deutliche Worte fand das *BVerfG* auch, als es meinte, eine Einbeziehung des Antragsgegners wäre dem Antragsteller selbst bei – „hier gerade nicht vorliegender“ – besonderer Dringlichkeit zumutbar gewesen. Denn der Umfang der Abmahnung sowie deren Kongruenz mit dem Verfügungsantrag „liegen in seiner Hand“.<sup>135</sup>

*c) Erste Konsequenz: Appel an die Fachgerichte wieder lauter*

Am 15.4.2019 nahm das *BVerfG* noch mit einstimmigem Beschluss vier Verfassungsbeschwerden<sup>136</sup> verschiedener Medienunternehmen in vergleichbaren Sachverhaltskonstellationen nicht zur Entscheidung an, da ihnen nach den bisherigen Beschlüssen „keine grundsätzliche verfassungsrechtliche

---

<sup>130</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3632), Rn. 14 ff. und 1 BvR 2421/17, NJW 2018, 3634 (3635), Rn. 25 ff.; Beschl. v. 3.6.2020 – 1 BvR 1246/20, NJW 2020, 2021 (2023), Rn. 15 ff.; Beschl. v. 17.6.2020 – 1 BvR 1380/20, GRUR-RS 2020, 13380, Rn. 14; Beschl. v. 22.12.2020 – 1 BvR 2740/20, NJW 2021, 615 (616), Rn. 19 ff.

<sup>131</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 4.2.2021 – 1 BvR 2743/19, NJW 2021, 2020 (2022), Rn. 20.

<sup>132</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 4.2.2021 – 1 BvR 2743/19, NJW 2021, 2020 (2022), Rn. 27.

<sup>133</sup> *Ebd.*

<sup>134</sup> So zuvor schon: *BVerfG*, Beschl. v. 3.6.2020 – 1 BvR 1246/20, NJW 2020, 2021 (2023 f.), Rn. 21.; Beschl. v. 17.6.2020 – 1 BvR 1380/20, GRUR-RS 2020, 13380, Rn. 16; Beschl. v. 22.12.2020 – 1 BvR 2740/20, NJW 2021, 615 (617) Rn. 25.

<sup>135</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 4.2.2021 – 1 BvR 2743/19, NJW 2021, 2020 (2022 f.), Rn. 28.

<sup>136</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 15.4.2019 – 1 BvR 1811/17, 1 BvR 218/18, 1 BvR 871/18, 1 BvR 872/18 (juris).

Bedeutung“ mehr zugekommen sei.<sup>137</sup> Doch offensichtlich verfehlten die bisherigen Beschlüsse ihre „generalpräventive Wirkung“.<sup>138</sup>

Vorliegend ließ das *BVerfG* deutliche Worte vernehmen: „offensichtlich nachlässige Geltendmachung“,<sup>139</sup> „augenscheinliche[r] Unterschied“,<sup>140</sup> Einbeziehung „offensichtlich geboten gewesen“.<sup>141</sup> Der angegriffene Beschluss verletze die Beschwerdeführerin deshalb „offenkundig“<sup>142</sup> in ihrem grundrechtsgleichen Recht auf prozessuale Waffengleichheit, obwohl man doch die „maßgeblichen Rechtsfragen [...] bereits entschieden“<sup>143</sup> hatte.

Die *Kammer* schloss mit einem Appell an das Fachgericht, ohne dass dies für die Begründung der Entscheidung erforderlich gewesen wäre.<sup>144</sup> Es ist eine klare Vermutung zur Motivlage herauszuhören: „Unzulässig ist es jedoch, wegen einer gegebenenfalls [...] befürchteten Verzögerung oder wegen einer durch die Stellungnahme erforderlichen, arbeitsintensiven Auseinandersetzung [...] gänzlich von einer Einbeziehung der Gegenseite abzusehen.“<sup>145</sup>

*d) Zweite Konsequenz: Zu strenges Kongruenzerfordernis*

Wenn das *BVerfG* in dem soeben besprochenen Beschluss pauschal eine Kongruenz zwischen Abmahnung und Verfügungsantrag forderte,<sup>146</sup> ist dieses Erfordernis zu streng: Es wirkt praxisfern und unterläuft teilweise den Schutzzweck der Abmahnung.

aa) Identitätserfordernis ist praxisfern

Das Kongruenzerfordernis ist im Hinblick auf anwaltliche wie richterliche Praxis zu streng. Schließlich ist dem Gericht der relevante Sachverhalt oft umfassender darzulegen, weil der Abmahnungsempfänger sein Verhalten kennt, dessentwegen er abgemahnt wird. Bei der Abmahnung will der Abmahnende ein bestimmtes Verhalten vom Abmahnungsempfänger erzielen; bei dem Verfügungsantrag

---

<sup>137</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 15.4.2019 – 1 BvR 1811/17, Rn. 4 (juris).

<sup>138</sup> *Hartmann*, Prozessuale Waffengleichheit? – Aus Karlsruhe nichts Neues, Zugleich Kommentar zu *BVerfG*, Beschl. v. 11.1.2021 – 1 BvR 2681/20, K&R 2021, 229 (230).

<sup>139</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 4.2.2021 – 1 BvR 2743/19, NJW 2021, 2020 (2022), Rn. 27.

<sup>140</sup> *Ebd.*, S. 2022 f., Rn. 28.

<sup>141</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 4.2.2021 – 1 BvR 2743/19, NJW 2021, 2020 (2023), Rn. 29.

<sup>142</sup> *Ebd.*, S. 2022, Rn. 26.

<sup>143</sup> *Ebd.*, Rn. 20.

<sup>144</sup> Vgl. *Hartmann* (Fn. 138), S. 230.

<sup>145</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 4.2.2021 – 1 BvR 2743/19, NJW 2021, 2020 (2023), Rn. 29.

<sup>146</sup> *Ebd.*, S. 2022 f., Rn. 28.

möchte er dagegen das Gericht dazu bewegen, dieses Verhalten vom Anderen autoritativ zu motivieren.<sup>147</sup>

Zudem enthält die Abmahnung keine Anträge an das Gericht, und ihr sind keine Glaubhaftmachungsmittel beizufügen.<sup>148</sup> Da die Beurteilungsmaßstäbe und Anforderungen an den Inhalt nicht identisch sind, muss sich dies in sprachlicher Form, Stil, Umfang sowie Argumentation niederschlagen.<sup>149</sup>

Gegen das Identitätserfordernis spricht außerdem, dass schon für den Abmahnungsgegner erkennbar ist, dass sich die Unterlassensauforderung primär auf den Inhalt der zu unterlassenden Handlung bezieht und nur sekundär auf die konkrete Formulierung.<sup>150</sup> Das strenge Kongruenzerfordernis des *BVerfG* ist also nicht zwingend notwendig, um die Einbeziehung des Antragstellers ausreichend zu gewährleisten. Es muss genügen, dass der Antragsgegner in der Abmahnung mit den Argumenten des Antragstellers konfrontiert wurde; Sachverhaltsdarstellungen und gerichtliche Anträge sollten hier dagegen entbehrlich sein. Das *BVerfG* sollte hier klarstellen, dass „kerngleiche Beanstandungen“<sup>151</sup> dem Erfordernis entsprechen.

bb) Schutzzweck der Abmahnung wird teilweise unterlaufen

Durch das Kongruenzerfordernis besteht die Gefahr, dass der Schutzzweck der Abmahnung unterlaufen wird. Die Abmahnung soll dem Abgemahnten einen einfachen Weg aus der Rechtsverletzung unter Vermeidung eines gerichtlichen Verfahrens ermöglichen.<sup>152</sup> Um durch das Kongruenzerfordernis den Nachteil einer späteren Verzögerung zu vermeiden, besteht die Gefahr, dass Abmahnende künftig keine Unterlassungserklärungen für den Abgemahnten vorformulieren, sondern die Formulierung vielmehr dem Abgemahnten selbst überlassen wird.<sup>153</sup> In der Folge wird der Abmahnende aber vermutlich trotzdem eine einstweilige

---

<sup>147</sup> *Bordat*, *BVerfG* zur Waffengleichheit, *LHR-Magazin* v. 1.7.2020, abrufbar unter: <https://www.lhr-law.de/magazin/verhandlungsstrategie-prozesstaktik/das-bverfg-zur-waffengleichheit-in-einstweiligen-verfuegungsverfahren-gleichbehandlung-des-ungleichen/> (zuletzt abgerufen am 24.6.2022).

<sup>148</sup> *Mantz*, Konkretisierung des Rechts auf prozessuale Waffengleichheit durch das *BVerfG*, *NJW* 2019, 953 (955).

<sup>149</sup> *Lerach*, Waffengleichheit im UWG-Verfügungsverfahren, *GRUR-Prax* 2020, 401 (404).

<sup>150</sup> Vgl. *Tyra*, *BVerfG*-Vorgaben im UWG-Eilverfahren: Ausgewählte Aspekte für die rechtsanwaltliche Praxis, *WRP* 2020, 1525 (1528), Rn. 15.

<sup>151</sup> *Ebd.*, S. 1533, Rn. 41.

<sup>152</sup> *Bacher*, Die Abmahnung, in: *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 11. Aufl. 2015, 41. Kap., S. 493 Rn. 7, S. 500 Rn. 19 m. w. N.

<sup>153</sup> *Mantz* (Fn. 116), S. 1252 Rn. 15.



Verfügung beantragen, da ihm die vom Abgemahnten selbst formulierte Unterlassungserklärung regelmäßig nicht umfassend oder ernsthaft genug sein dürfte.<sup>154</sup> Damit geht aber auch der Abmahner das Risiko ein, dass er vor Gericht unterliegt, weil das Gericht die bereits unterschriebene Erklärung als ausreichend erachtet. Die Kongruenz zu umgehen, birgt also neue Rechtsprobleme.

cc) Kongruenz liegt nur bedingt in der Hand des Antragstellers

Wenn das *BVerfG* in dem soeben besprochenen Beschluss ausführt, sowohl der Umfang der Abmahnung als auch deren Kongruenz mit dem Verfügungsantrag lägen in der Hand des Antragstellers,<sup>155</sup> übersieht es die Einflussmöglichkeiten des Antragsgegners hinsichtlich der Kongruenz. Denn der Abgemahnte kann den Abmahner in eine Zwickmühle bringen, indem er umfangreich auf die Abmahnung antwortet. Dem Abmahner bleiben zwei Möglichkeiten: Zum einen der außergerichtliche Streit, dem häufig die Dringlichkeit der Sache entgegensteht. Zum anderen kann er direkt den Verfügungsantrag stellen, ohne die Erwiderung des Abgemahnten zu entkräften, um nicht die Identität von Abmahnung und Antrag zu gefährden.<sup>156</sup>

Es besteht dann aber nicht wie *Bordat* meint, eine *potenzierte* Gefahr für den Antragsteller dadurch, dass das Gericht den ausführlichen Argumenten des Abgemahnten folgen könnte, weil der Abmahner dazu nichts einwenden konnte.<sup>157</sup> Letztlich besteht dieselbe Gefahr, wenn dieser Austausch vor Gericht stattgefunden hätte: Der Antragsteller hätte vorgetragen, daraufhin hätte der Antragsgegner geantwortet, und das Gericht hätte zu entscheiden oder eine zweite Anhörung beider Parteien anzuberaumen.

#### **IV. Zwischenergebnis: Wirkungsmacht erschöpft sich in einem Appell an die Fachgerichte**

Die Wirkungsmacht der Beschlüsse des *BVerfG* erschöpft sich weitestgehend in einem Appell an die Fachgerichte. Denn die Rechtsprechung des *BVerfG* bietet den Antragsgegnern nur teilweise – nämlich mittels Außervollzugsetzung der Verfügung nach § 32 Abs. 1 BVerfGG – konkreten Rechtsschutz. Eine Außervollzugsetzung erfolgt regelmäßig bei Beeinträchtigungen von

---

<sup>154</sup> *Mantz* (Fn. 116), S. 1252 Rn. 15.

<sup>155</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 4.2.2021 – 1 BvR 2743/19, NJW 2021, 2020 (2021), Rn. 28.

<sup>156</sup> Siehe auch *Bordat* (Fn. 147).

<sup>157</sup> *Ebd.*

Art. 5 Abs. 1 GG; ist dagegen Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG betroffen, prüft das *BVerfG* strenger, ob ein schwerer Nachteil dargelegt wurde.

Das *BVerfG* kann im Übrigen Verletzungen gegen die Waffengleichheit regelmäßig nur feststellen. Für eine erfolgreiche Verfassungsbeschwerde muss es dem Antragsgegner aber gelingen, ein hinreichend gewichtiges Feststellungsinteresse darzulegen.

Im Ergebnis kann und will das *BVerfG* auch im Rahmen des § 32 BVerfGG keinen ausreichenden effektiven Rechtsschutz gewähren. Denn für das *BVerfG* ist „die Kontrolle von Verstößen der Fachgerichte gegen Verfahrensgrundrechte nur eine unter vielen, für das Staatsganze bedeutungsvolleren Aufgaben.“<sup>158</sup> Letztlich folgt aus dem Rechtsstaatsprinzip, dass zunächst die sachnäheren Fachgerichte die Grundrechte zu schützen<sup>159</sup> und so das *BVerfG* zu entlasten haben.

#### **D. Effektiver Rechtsschutz über die fachgerichtliche Ebene**

Obwohl das *BVerfG* anerkennt, dass Antragsgegner regelmäßig in ihrer prozessualen Waffengleichheit verletzt sind, droht weiterhin eine Ohnmacht der Antragsgegner innerhalb des Verfügungsverfahrens. Denn das *BVerfG* konnte und wollte keinen direkten Einfluss auf die fachgerichtliche Verfügungspraxis nehmen und sich auch nicht zum allgemeinen Rechtsmittelgericht bei Verletzungen der prozessualen Waffengleichheit machen.

Die Wirkung der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen zeigt sich aber im Mittelbaren: Zum einen *de lege lata* in den Leitlinien zum Schutz der prozessualen Waffengleichheit durch die Fachgerichte (**I.**); zum anderen machen die Entscheidungen des *BVerfG* deutlich, dass auch *de lege ferenda* weitergehende rechtspolitische Lösungen erwogen werden sollten (**II.**).

#### **I. Leitlinien für die Praxis der Fachgerichte**

Art. 20 Abs. 3 GG bindet die Fachgerichte an das grundrechtsgleiche Recht auf prozessuale Waffengleichheit und – über seinen einfachgesetzlichen Ausfluss in § 31 BVerfGG – an die verfassungsgerichtlichen Entscheidungen. Aus den Entscheidungen des *BVerfG* lassen sich die folgenden Leitlinien für die Fachgerichte zur Wahrung der prozessualen Waffengleichheit im Verfügungsverfahren herausarbeiten:

---

<sup>158</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 30.6.1976 – 2 BvR 164/76, BVerfGE 42, 243 (249).

<sup>159</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 30.4.2003 – 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 395 (414), Rn. 2b.

- (1.) Der Antragsgegner ist im Verfügungsverfahren miteinzubeziehen.
- (2.) Die Erwidlungsmöglichkeiten auf eine Abmahnung genügen der prozessualen Waffengleichheit, wenn der Antragsgegner hinreichend Gelegenheit hatte, sich zu dem vor Gericht geltend gemachten Vorbringen des Antragstellers in gebotenem Umfang zu äußern.
- (3.) Das Gericht kann für die Gewährung des Gehörs auch eine Schutzschrift einbeziehen, wenn der Antragsgegner im Anschluss an eine vorangehende Abmahnung eine solche hinterlegt hat.

### 1. Leitlinie: Der Antragsgegner ist einzubeziehen

Die Fachgerichte haben die Antragsgegner in Verfügungsverfahren ausreichen einzubeziehen. Nach dem *BVerfG* ergibt sich aus dem Grundsatz der Waffengleichheit, dass ein Gericht vor dem Erlass einer einstweiligen Verfügung nicht von einer „Anhörung und Äußerungsmöglichkeit“ des Antragsgegners absehen darf.<sup>160</sup> So ist nach Art. 103 Abs. 1 GG der Gegenseite grundsätzlich vor einer Entscheidung Gehör und damit die Gelegenheit zu gewähren, auf eine bevorstehende gerichtliche Entscheidung Einfluss zu nehmen.<sup>161</sup> Das Anhörungserfordernis ist von dem Grundsatz der mündlichen Verhandlung zu trennen.<sup>162</sup>

Im Ergebnis kann die mündliche Verhandlung im „dringenden Fall“ entfallen (*a*); dagegen ist die Anhörung regelmäßig trotz Dringlichkeit nicht zu unterlassen (*b*). Aufgrund des Einbeziehungserfordernisses sind Hinweisen nach § 139 ZPO (*c*) und den Antrag zurückweisende Beschlüsse (*d*) dem Antragsgegner mitzuteilen.

#### *a) Mündliche Verhandlung kann in „dringendem Fall“ unterbleiben*

Grundsätzlich erfolgt im Verfügungsverfahren eine mündliche Verhandlung.<sup>163</sup> Nach § 937 Abs. 2 Var. 1 ZPO kann die Entscheidung dringender Fälle ohne mündliche Verhandlung ergehen. Das *BVerfG* räumt den Fachgerichten für die

---

<sup>160</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3633), Rn. 18.

<sup>161</sup> *Ebd.*, S. 3632, Rn. 15.

<sup>162</sup> *Ebd.*, S. 3633, Rn. 19.

<sup>163</sup> Das Erfordernis einer mündlichen Verhandlung wird nicht verfassungsrechtlich vorgegeben, folgt aber mittelbar aus Verfassungsrecht, insbesondere aus der Garantie effektiven Rechtsschutzes, der Justizgewährungsverpflichtung und dem Grundsatz der Öffentlichkeit mündlicher Verhandlungen (§ 169 Abs. 1 S. 1 GVG) als Teil des Rechtsstaatsprinzips, vgl. *BVerfG*, Urt. v. 24.1.2001 – 1 BvR 2623/95, 622/99, BVerfGE 103, 44 (63).

Beurteilung eines „dringenden Falls“ einen weiten Wertungsrahmen ein.<sup>164</sup> Im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes könne es sogar geboten sein, Unterlassungsansprüchen besonders zeitnah zur Geltung zu verhelfen und hierfür auf eine mündliche Verhandlung zu verzichten.<sup>165</sup>

*b) Anhörung ist dagegen nicht zu unterlassen*

Demgegenüber berechtige der Verzicht auf eine mündliche Verhandlung nicht ohne weiteres dazu, den Antragsgegner bis zur Entscheidung über den Verfügungsantrag aus dem Verfahren herauszuhalten.<sup>166</sup> Eine vorherige Anhörung ist nur in Ausnahmefällen entbehrlich, wenn sie den Zweck des Verfahrens (wirksamer vorläufiger Rechtsschutz in Eilfällen) vereiteln würde.<sup>167</sup>

Ansonsten soll die Gegenseite jedenfalls vor Erlass der Verfügung Gelegenheit haben, auf das im Antrag Vorgebrachte zu erwidern.<sup>168</sup> Hierzu könne die Antwort auf eine Abmahnung oder eine hinterlegte Schutzschrift berücksichtigt werden.<sup>169</sup> In der Folge sind Gerichte einem „größeren Begründungsdruck“<sup>170</sup> ausgesetzt, wenn sie Verfügungen erlassen, ohne den Antragsgegner am Verfahren zu beteiligen. Dies gilt umso mehr, wenn technische Mittel kurzfristige Stellungnahmen ermöglichen.<sup>171</sup>

*c) Hinweise nach § 139 ZPO sind dem Antragsgegner mitzuteilen*

Laut *BVerfG* ist dem Antragsgegner Gehör zu gewähren, wenn das Gericht dem Antragsteller Hinweise nach § 139 ZPO erteilt.<sup>172</sup> Die Hinweise sind dem Antragsgegner zeitnah mitzuteilen und vollständig zu dokumentieren.<sup>173</sup> Allerdings kann diese Mitteilungspflicht zu nicht notwendigen und wenig sachdienlichen Verzögerungen führen, insbesondere da nicht jeder richterliche

<sup>164</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3633), Rn. 19.

<sup>165</sup> *Ebd.*

<sup>166</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3633), Rn. 21.

<sup>167</sup> So könne es in den dem ZPO-Arrestverfahren gleichgelagerten Fällen ausreichen, nachträglich Gehör zu gewähren, *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3632), Rn. 15.

<sup>168</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3633), Rn. 21.

<sup>169</sup> *Ebd.*, Rn. 22.

<sup>170</sup> *Dobrosz*, Prozessuale Waffengleichheit auch im lauterkeitsrechtlichen Eilverfahren, *EWiR* 2020, 703 (704).

<sup>171</sup> Gerichte haben gegebenenfalls auch fernmündlich oder per E-Mail Gelegenheit zur Stellungnahme, *BVerfG*, Beschl. v. 3.6.2020 – 1 BvR 1246/20, NJW 2020, 2021 (2023 f.), Rn. 21.

<sup>172</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3633), Rn. 24.

<sup>173</sup> *Ebd.*

Hinweis auch Einfluss auf die Sachentscheidung hat.<sup>174</sup> Gerade die einseitige Vorabkommunikation zur Antragstellung zwischen Gericht und Antragsteller kann prozessökonomisch sinnvoll sein,<sup>175</sup> beispielsweise wenn sich die Antragsgegnerin zu allen relevanten Sach- und Rechtsfragen bereits verhalten hatte.<sup>176</sup> Jedoch sind „sachlich begründete Bagatellausnahmen“<sup>177</sup> auf solche Hinweise zu beschränken, die dem Antragsteller keine ungerechtfertigten Vorteile verschaffen. Die fehlende Mitteilung kann nämlich zu Befangenheitsanträgen nach §§ 42 ff. ZPO führen.<sup>178</sup>

*d) Der den Antrag zurückweisende Beschluss ist mitzuteilen*

Verlangt der Grundsatz der Waffengleichheit, dass der Antragsgegner über Hinweise nach § 139 ZPO zu informieren ist, gilt dies erst recht für den Beschluss, der den Antrag endgültig zurückweist.<sup>179</sup> Insofern ist die Anwendbarkeit des § 922 Abs. 3 ZPO im Verfügungsverfahren teleologisch dahingehen zu reduzieren, dass eine Mitteilung nur dann ausnahmsweise unterbleiben darf, wenn es auf den Überraschungseffekt einer Verfügung ankommt.<sup>180</sup>

Sinn und Zweck des § 922 Abs. 3 ZPO ist es, dem Antragsteller nach Zurückweisung seines ersten Arrestantrags Gelegenheit zu geben, den Antrag mit neuen Glaubhaftmachungsmitteln erneut zu stellen, ohne dass der

---

<sup>174</sup> Hinweise, die nur eine sprachliche Klarstellung bezwecken, sollen keine Anhörungspflicht des Antragsgegners auslösen, *Petersenn/Peters*, Das Äußerungsrecht zwischen unlauterem Wettbewerb und einstweiliger Verfügung, NJW 2021, 725 (730), Rn. 45.

<sup>175</sup> v. *Walter*, Anmerkung zu einer Entscheidung des BVerfG, Beschl. v. 30.9.2018 (1 BvR 1783/17 und 1 BvR 2421/17), Zur Reichweite der Verpflichtung zur Herstellung prozessualer Waffengleichheit insbesondere in Verfahren um einstweiligen Rechtsschutz, K&R 2019, 38 (39).

<sup>176</sup> *LG Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 11.1.2019 – 2-03 O 12/19, BeckRS 2019, 1506, Rn. 26.

<sup>177</sup> *Conrad/Hassel* (Fn. 38), S. 141.

<sup>178</sup> *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 6.3.2019 – 11 W 70/18, GRUR-RR 2019, 286 (287), Rn. 12.

<sup>179</sup> Nach *Jung* (Fn. 11), S. 212 f. ist eine Norm im Zweifel so auszulegen, dass die prozessuale Waffengleichheit möglichst weitgehend umgesetzt wird; vgl. auch *Bornkamm* (Fn. 50), S. 721, Rn. 4; *Feddersen* (Fn. 2), S. 779 f., Rn. 1b.

<sup>180</sup> So auch *Bornkamm*, Befreit die einstweilige Verfügung von den Fesseln des Arrestes! Plädoyer gegen eine entsprechende Anwendung des § 922 Abs. 3 ZPO auf das Verfügungsverfahren, WRP 2019, 1242 (1243), Rn. 5; *Lerach* (Rn. 22), unter D. V.; *Mantz* (Fn. 21), S. 421, Rn. 40 ff.; *Möller*, Das Bundesverfassungsgericht und das einstweilige Verfügungsverfahren – Vorhang gefallen? Zugleich Besprechung von BVerfG, 3.6.2020 – 1 BvR 1246/20, WRP 2020, 982 (986), Rn. 18; *Schumann*, Keine Geheimverfahren bei einstweiligen Verfügungen in Pressesachen, Zu *BVerfG*, Beschlüsse v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, 2421/17, JZ 2019, 398 (402 f.).

Antragsgegner vorgewarnt wird.<sup>181</sup> Dieser Gedanke ist so nicht auf die einstweilige Verfügung übertragbar: Der Antragsteller im Verfügungsverfahren kann seinen Verfügungsantrag, der vom ersten Gericht abgelehnt wurde, nochmals bei einem anderen Gericht stellen. Deshalb ist es erforderlich, dass der Antragsgegner die Ablehnungsgründe erfährt.<sup>182</sup> Insbesondere bei auf Leistung zielenden Unterlassungsverfügungen ist § 922 Abs. 3 ZPO nicht mit Art. 103 Abs. 1 GG vereinbar.<sup>183</sup> Zudem spricht für eine restriktivere Handhabung des § 922 Abs. 3 ZPO, dass eine gegenteilige Handhabung dem Antragsteller ermöglichte, die Gerichte der Reihe nach bis zum Erfolgsfall anzurufen.<sup>184</sup>

## 2. Leitlinie: Einbeziehung mittels Antwort auf eine Abmahnung

Trotz Verzichts auf eine mündliche Verhandlung soll der Antragsgegner vor Erlass der Verfügung Gelegenheit haben, auf das im Antrag Vorgebrachte zu erwidern. Bezieht das Gericht die Möglichkeiten ein, die es der Gegenseite vorprozessual erlauben, sich zu dem Verfügungsantrag zu äußern, werde in der Folge eine weitere Anhörung entbehrlich.<sup>185</sup>

Nach dem *BVerfG* genügt die Antwort auf eine Abmahnung den Anforderungen der prozessualen Waffengleichheit dann, wenn der Antragsgegner hinreichend Gelegenheit hatte, sich zu dem Vorbringen des Antragstellers zu äußern.<sup>186</sup> Dies ist der Fall, wenn die abgemahnte Äußerung sowie die Begründung für die begehrte Unterlassung mit dem bei Gericht geltend gemachten Unterlassungsbegehren identisch sind,<sup>187</sup> der Antragsteller die Verfügung im Anschluss an die Abmahnung nach Ablauf einer angemessenen Frist für die

---

<sup>181</sup> *Drescher*, in: MüKo-ZPO, 6. Aufl. 2020, § 922 Rn. 1; *Bornkamm* (Fn. 180), S. 1242, Rn. 2.

<sup>182</sup> So auch *Löffel*, Anmerkung zu einer Entscheidung des *OLG München*, Beschl. v. 8.8.2019 (29 W 940/19), Zur dringlichkeitswahrenden Sachbehandlung im einstweiligen Verfügungsverfahren sowie zum Mitteilungsverbot des § 922 Abs. 3 ZPO, WRP 2019, 1378 (1379), Rn. 7.

<sup>183</sup> *Feddersen* (Fn. 2), S. 781 f., Rn. 3.

<sup>184</sup> Für die Unzulässigkeit des Forum-Hoppings: *LG Frankfurt a. M.*, 27.8.2018 – 2–03 O 307/18, BeckRS 2018, 21749; für die Zulässigkeit: *LG Hamburg*, 25.7.2014 – 324 O 252/14, BeckRS 2016, 20821; siehe auch *Löffel* (Fn. 182), S. 1379, Rn. 7.

<sup>185</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3633), Rn. 21.

<sup>186</sup> *Ebd.*, Rn. 23.

<sup>187</sup> Es fehlt an der gebotenen Kongruenz, wenn der Antrag im Vergleich zur Abmahnung (wesentlich) umfassender ist und auch auf Einwände aus der Abmahnbeantwortung erwidert, *BVerfG*, Beschl. v. 4.2.2021 – 1 BvR 2743/19, NJW 2021, 2020 (2022 f.), Rn. 28. Jedenfalls bei Änderung des oder Einführung eines neuen Streitgegenstands liegt offenkundig keine Kongruenz vor, so auch *Mantz* (Fn. 21), S. 419, Rn. 22.

begehrte Unterlassungserklärung unverzüglich bei Gericht beantragt, und der Antragsteller ein etwaiges Zurückweisungsschreiben des Antragsgegners zusammen mit der Antragschrift eingereicht hat.<sup>188</sup>

Täuscht der Antragsteller das Gericht über das Vorliegen einer Reaktion auf die Abmahnung, sieht das *BVerfG* hierin keinen Verstoß gegen die prozessuale Waffengleichheit, sondern eine missbräuchliche Titelterschleichung, der auf fachgerichtlicher Ebene zu begegnen ist.<sup>189</sup>

### 3. Leitlinie: Einbeziehung durch Berücksichtigung einer Schutzschrift

Das Gericht kann für die Gewährung des Gehörs auch eine Schutzschrift einbeziehen, wenn der Antragsgegner nach einer vorangehenden Abmahnung eine solche hinterlegt hat.<sup>190</sup> Hatte der Antragsgegner in der Schutzschrift – vergleichbar mit einer Erwidermöglichkeit auf die Abmahnung<sup>191</sup> – ausreichend Gelegenheit auf das im Verfügungsantrag Vorgebrachte zu antworten, genügt dies dem Anhörungserfordernis. Im Gegensatz zur Antwort auf die Abmahnung, die vom Antragsteller wahrheitswidrig verschwiegen werden kann, ist das Gericht verpflichtet, selbst nach einer hinterlegten Schutzschrift zu recherchieren und diese zu berücksichtigen.<sup>192</sup>

Die Relevanz der Schutzschrift ist höher einzuschätzen als bisher geschehen, da sie mit der seit 2.12.2020 geltenden UWG-Novelle durch das Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs<sup>193</sup> aufgewertet wurde.<sup>194</sup> Bislang schreckten

<sup>188</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3633), Rn. 23.

<sup>189</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 3.12.2020 – 1 BvR 2575/20, WRP 2021, 461 (463), Rn. 19; in der Folge sind die wahrheitsgemäßen, vollständigen Angaben zur vorgerichtlichen Korrespondenz vom Antragsteller darzulegen, vgl. *Dienstbühl*, Die (versuchte) Titelterschleichung im Verfügungsverfahren und ihre Konsequenzen, WRP 2021, 441 (446), Rn. 15.

<sup>190</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3633), Rn. 22.

<sup>191</sup> *Ebd.*, Rn. 21.

<sup>192</sup> Aufgrund des zentralen, länderübergreifenden elektronischen Registers ist gewährleistet, dass eine Schutzschrift dem entscheidenden Gericht zur Kenntnis gelangt, vgl. § 945a Abs. 2 S. 1 ZPO.

<sup>193</sup> Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs v. 26.11.2020, BGBl. I 2001 Nr. 56, S. 2568 ff.

<sup>194</sup> *Stöve*, Prozessuale Waffengleichheit, dusIP, abrufbar unter: <https://www.dusip.de/2021/05/14/prozessuale-waffengleichheit-im-lauterkeitsrechtlichen-einstweiligen-verfuegungsverfahren-und-die-bedeutung-der-schutzschrift/> (zuletzt abgerufen am 24.6.2022). Dem gegenüber eher kritisch: *Löffel*, Bleibt alles anders? – Prozessuale Waffengleichheit im einstweiligen Verfügungsverfahren: auch und gerade im Wettbewerbsrecht, Zugleich Anmerkung zu *BVerfG*, 30.9.2018 – 1 BvR 2421/17 und *BVerfG*, 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, WRP

Verkehrsteilnehmer aus Sorge, im Falle eines unterbleibenden Verfügungsantrags die Kosten nicht ersetzt zu bekommen, meist vor der Hinterlegung einer Schutzschrift zurück.<sup>195</sup> Nach § 13 Abs. 5 UWG hat der unberechtigt Abgemahnte gegen den Abmahnenden nun aber einen Ersatzanspruch bezüglich der für die Rechtsverteidigung erforderlichen Aufwendungen. Ausweislich der Gesetzesbegründung ist diese Vorschrift für Abmahnungen relevant, die nicht der gerichtlichen Klärung zugeführt werden.<sup>196</sup> Hierunter können die Kosten der Schutzschrift subsumiert werden,<sup>197</sup> sodass der Abgemahnte diese über § 13 Abs. 5 UWG ersetzt verlangen kann, wenn der Abmahnende doch keinen Verfügungsantrag bei Gericht stellt.

#### 4. Zwischenergebnis: Kontradiktorisches Verfügungsverfahren

Im Ergebnis haben die Fachgerichte das Verfügungsverfahren als kontradiktorisches zwischen gleichberechtigten Parteien zu führen: Antragsgegner müssen durch die Gerichte einbezogen werden. Ausnahmen gelten nur dann, wenn die Antragsgegner bereits zuvor eine Äußerungsmöglichkeit hatten.

## II. Rechtspolitische Lösungen auf fachgerichtlicher Eben

Um die Ohnmacht des Antragsgegners im Verfügungsverfahren zu beseitigen, wenn das Fachgericht gegen die Leitlinien des *BVerfG* verstößt, sind rechtspolitische Lösungen zu suchen.

Eine Sicherheitsleistung des Antragstellers beseitigte nicht das Problem fehlenden Primärrechtsschutzes (1.). Eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung wiederum verschafft der Ohnmacht des Antragsgegners keine effektive Abhilfe (2.). Ein Ausgleich der Interessen beider Parteien kann aber mittels Einführung einer Waffengleichheitsbeschwerde erzielt werden (3.). Hieraus folgt weiterer rechtspolitischer Handlungsbedarf (4.).

---

2019, 8 (14), Rn. 41: „Ob Schutzschriften zukünftig an Bedeutung verlieren werden, weil sie meist die gleichen Ausführungen enthalten wie eine Antwort auf Abmahnungen, bleibt abzuwarten.“

<sup>195</sup> Bisher ließ der *BGH* den Kostenersatz nur über § 91 ZPO zu, wenn ein entsprechender Verfügungsantrag bei Gericht einging, *BGH*, Beschl. v. 13.2.2003 - I ZB 23/02, *NJW* 2003, 1257; vgl. auch *Stöve* (Fn. 194).

<sup>196</sup> *BT-Drucks.* 19/12084, S. 31 (32 f.), Zu Absatz 5.

<sup>197</sup> *Stöve* (Fn. 194).



## 1. Sicherheitsleistung durch Antragsteller

Eine Sicherheitsleistung des Antragstellers würde der vermögensmäßigen Absicherung des Antragsgegners dienen.<sup>198</sup> Nach §§ 921 S. 2, 936 ZPO<sup>199</sup> können die Gerichte die Anordnung der Verfügung trotz Glaubhaftmachung von einer bestimmten Sicherheitsleistung durch den Antragsteller abhängig machen.<sup>200</sup> Verschiedene *Fachgerichte*<sup>201</sup> verlangten bislang, dass der Antragsteller eine Sicherheitsleistung erbringt, die die aus § 945 ZPO ergebenden Schadenersatzansprüche des Antragsgegners absichert.<sup>202</sup> Die *Gerichte* argumentierten, die Vollziehung einer Unterlassungsverfügung könne keinen geringeren Anforderungen unterliegen als die Vollstreckung eines erstinstanzlichen Unterlassungsurteils, denn wegen der eingeschränkten Erkenntnismöglichkeiten im Eilverfahren sei nicht ausgeschlossen, dass sich die Verfügung im Hauptsacheverfahren als ungerechtfertigt erweist.<sup>203</sup>

Wird eine Sicherheitsleistung *vor* dem Erlass der Verfügung gefordert, kann sie allein zu einem vermögensmäßigen Ausgleich führen, wobei erneut die Bezifferung der Schäden im Presse- und Lauterkeitsrecht äußerst schwierig bleibt.<sup>204</sup> Darüber hinaus beseitigt sie aber gerade nicht die Verletzung des Prozessgrundrechts; bietet also keinen Primärrechtsschutz.

Kann die Sicherheitsleistung im Vorhinein vom Antragsteller nicht geleistet werden, ist der effektive Rechtsschutz des Antragstellers bedroht. Zahlt er dagegen die erforderliche Summe, können Liquiditätsprobleme drohen. Wenn

---

<sup>198</sup> Ein solches Vorgehen ist im US-amerikanischen Zivilprozessrecht der Standard: Das Gericht kann nach Rule 65 (c) der *Federal Rules of Civil Procedure* eine einstweilige Verfügung nur erlassen, wenn der Antragsteller eine Sicherheit in einer Höhe leistet, die das Gericht als angemessen erachtet, um die Kosten und den Schadenersatz zu begleichen, der einer Partei entsteht, wenn sich die Verfügung als ungerechtfertigt herausstellt.

<sup>199</sup> § 921 ZPO ist auf die einstweilige Verfügung anwendbar, *Huber*, in: Musielak/Voit, 19. Aufl. 2022, § 936 Rn. 2.

<sup>200</sup> Vergleichbar zum deutschen Recht kann in Schottland die einstweilige Verfügung bei besonderer Eilbedürftigkeit ohne Anhörung des Antragsgegners ergehen. Es steht dann im Ermessen des Gerichts, den Erlass der Verfügung von einer Sicherheitsleistung abhängig zu machen, *Bunge*, *Zivilprozess in England und Schottland*, 2. Aufl. 2005, § 193 S. 303.

<sup>201</sup> Nach *Fedderson* (Fn. 2), S. 782 f., Rn. 4 machen die Fachgerichte aber viel zu selten von dieser Möglichkeit gebrauch; Gedanke auch bei *Retzer*, *Widerlegung der „Dringlichkeitsvermutung“ durch Interessenabwägung?*, GRUR 2009, 329 (333).

<sup>202</sup> *LG Düsseldorf*, Urt. v. 23.10.2018 – 4c O 53/18, BeckRS 2018, 26337, Rn. 112; *KG Berlin*, Urt. v. 26.6.2003 – 2 U 20/02 Kart, WRP 2004, 112 (116 f.).

<sup>203</sup> *LG Düsseldorf*, Urt. v. 23.10.2018 – 4c O 53/18, BeckRS 2018, 26337, Rn. 112.

<sup>204</sup> Vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 22.1.2021 – 1 BvR 2793/20, NJW 2021, 2018 (2019), Rn. 19.

der Antragsteller zur Sicherheitsleistung nicht in der Lage ist, aber die Voraussetzungen für eine Verfügung unzweifelhaft vorliegen, käme die Anordnung einer Sicherheitsleistung sogar einer Rechtsverweigerung nahe.<sup>205</sup> Je nach Schwere des dem Antragsgegner drohenden Schadens ist jedoch im Einzelfall in Kauf zu nehmen, dass ein zur Sicherheitsleistung nicht fähiger Antragsteller den Verfügungsantrag nicht stellen kann.<sup>206</sup> Hier ist eine Abwägung der den Parteien jeweils drohenden Beeinträchtigungen und der Möglichkeiten des Antragstellers, Sicherheit zu leisten, vorzunehmen.<sup>207</sup>

Letztlich macht eine Sicherheitsleistung *nach* Verfügungserlass die Verletzung der prozessualen Waffengleichheit gegenstandslos, wenn die Sicherheitsleistung nicht erfolgt. Erfolgt sie dagegen, kommt es erneut höchstens zu einem Vermögensausgleich, jedoch nicht zu Primärrechtsschutz.

## 2. Einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung

Eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung wiederum verschafft der Ohnmacht des Antragsgegners im Verfügungsverfahren keine effektive Abhilfe.

### a) Gegen Sicherheitsleistung

Die Aufhebung einer einstweiligen Verfügung kann durch Antrag auf Aufhebung – ohne den Gang ins Widerspruchsverfahren – nur unter besonderen Umständen und gegen Sicherheitsleistung gestattet werden, vgl. § 939 ZPO. In der Folge wird die Belastung durch den Verfahrensfehler (aufgrund der fehlenden Einbeziehung) nur mildernd ersetzt durch die Belastung einer Sicherheitsleistung. Diese setzt aber einen bezifferbaren Schaden seitens des Stellers des Antrags auf einstweilige Verfügung voraus. Auch hier dürfte die Bezifferung in presse- und lauterkeitsrechtlichen Fällen regelmäßig nicht möglich sein.

Wird Widerspruch eingelegt, verweist § 936 ZPO grundsätzlich auch auf den einstweiligen Vollstreckungsschutz nach § 924 Abs. 3 S. 2 ZPO.<sup>208</sup> Jedenfalls kann das Gericht nach § 924 Abs. 3 S. 2 ZPO nur eine einstweilige Anordnung nach § 707 ZPO treffen; § 707 Abs. 1 S. 2 ZPO ist dagegen nicht anzuwenden. Auch hiernach müsste der Antragsgegner des Verfügungsverfahrens aber

---

<sup>205</sup> *Drescher*, in: MüKo-ZPO (Fn. 181), § 921 Rn. 4.

<sup>206</sup> Auch § 710 ZPO ist hier nicht entsprechend anwendbar, *OLG Köln*, *Entsch. v. 14.4.1989 – 4 W 7/89*, MDR 1989, 920; *Mayer*, in: BeckOK-ZPO, Ed. 44, Stand: 1.3.2022, § 921 Rn. 3; *Vollkommer*, in: *Zöller* (Fn. 59), § 921 Rn. 7.

<sup>207</sup> *Mayer*, in: BeckOK-ZPO (Fn. 206), § 921 Rn. 3.

<sup>208</sup> *Ebd.*, § 936 Rn. 11.

Sicherheit leisten; das ursprüngliche Übel (Verfahrensfehler) wäre also nur durch ein anderes (Sicherheitsleistung) ersetzt.

*b) Ohne Sicherheitsleistung*

Möglich wäre, für die einstweilige Verfügung auch § 707 Abs. 1 S. 2 ZPO in den Verweis des § 924 Abs. 3 S. 2 ZPO miteinzubeziehen.<sup>209</sup> Denn nur unter den Voraussetzungen des § 707 Abs. 1 S. 2 ZPO ist eine Einstellung der Zwangsvollstreckung ohne Sicherheitsleistung zulässig; allerdings muss glaubhaft gemacht werden, dass der Antragsgegner des Verfügungsverfahrens zur Sicherheitsleistung nicht in der Lage ist und die Vollstreckung einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde.

Die Einstellungsanordnung nach § 707 Abs. 1 ZPO wirkt, wenn sie von vornherein zeitlich begrenzt war, bis zum Ablauf der Frist; ansonsten endet sie mit Erlass der Endentscheidung der Instanz.<sup>210</sup> Wird eine solche Frist gesetzt, könnte sich der Antragsgegner des Verfügungsverfahrens zwar äußern, wäre aber immer noch nicht in die Entscheidung in der Sache einbezogen.

Selbst wenn der Gesetzgeber die Beschränkung des § 924 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 ZPO insoweit aufweichen würde, könnte die Missachtung von Verfahrensrechten als solche nicht geltend gemacht werden. Der Verfahrensfehler, unter dem die Verfügung zustande kam, wäre nicht beseitigt; der Antragsgegner des Verfügungsverfahrens nur mangels Vollzugs der Verfügung nicht weiterhin durch die Verletzung seines Rechts auf Waffengleichheit belastet.

Jedenfalls wäre eine aufschiebende Wirkung bis zur Sachentscheidung im Widerspruchsverfahren nicht notwendig, um das Recht des Antragsgegners auf prozessuale Waffengleichheit zu schützen; ausreichend wäre eine Aufschiebung, bis das Gericht unter Einbeziehung des Antragsgegners eine Entscheidung getroffen hat. Gleichzeitig würde die lange Wirkung aber den Antragsteller bis zur Entscheidung im Widerspruchsverfahren schutzlos stellen und damit seinem Recht auf effektiven Rechtsschutz nicht genüge tun.

Vorzugswürdig ist deshalb ein Rechtsbehelf, der eine kurzzeitige aufschiebende Wirkung hat, um dem Antragsgegner Gelegenheit zur Stellungnahme, mithin zur

---

<sup>209</sup> *Mantz* hält eine Ergänzung der Vorschriften zur einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung in §§ 924, 707 Abs. 1 S. 2 ZPO durch den Gesetzgeber für denkbar, *Mantz*, Konkretisierung des Rechts auf prozessuale Waffengleichheit durch das *BVerfG*, NJW 2020, 2007 (2007), Rn. 7.

<sup>210</sup> *Götz*, in: MüKo-ZPO, 6. Aufl. 2020, § 707 Rn. 10, 20; *Lackmann*, in: Musielak/Voit, 19. Aufl. 2022, § 707 Rn. 11.

Verteidigung seines Rechts auf prozessuale Waffengleichheit zu geben, und dann unter Berücksichtigung dessen nochmal eine Entscheidung erfordert. Hierfür dürften regelmäßig ein bis zwei Tage genügen. Denn meist hat der Antragsgegner sich zuvor schon im Wege der Abmahnung mit den Vorwürfen des Antragstellers auseinandergesetzt und wird nun zu den Ergänzungen Stellung nehmen. Im Ergebnis wäre so eine Balance zwischen dem Recht des Antragstellers auf effektivem Rechtsschutz und dem Recht des Antragsgegners auf prozessuale Waffengleichheit geschaffen.

### 3. Waffengleichheitsbeschwerde

Eine solche Wirkung könnte mittels Einführung einer Beschwerde zur Rüge der Waffengleichheit erzielt werden.<sup>211</sup>

Hat das Gericht eine einstweilige Verfügung erlassen, ohne dem Antragsgegner zuvor Gelegenheit zu geben, seine prozessualen Waffen zu schwingen, könnte der Antragsgegner unmittelbar den Verfahrensfehler im Wege der Waffengleichheitsbeschwerde rügen. Nach kurzer Prüfung der Schlüssigkeit dieses Vortrags wäre die Wirkung der einstweiligen Verfügung zunächst ohne weitere Prüfung aufzuheben und dem Antragsgegner eine kurze Frist zur Stellungnahme zu setzen. Die kurze Schlüssigkeitsprüfung und das Setzen einer knappen Frist schaffen einen Ausgleich zwischen dem Interesse des Antragstellers an effektivem Rechtsschutz und dem Schutz des Antragsgegners vor Verfahrensfehlern. Bei der Schlüssigkeitsprüfung hätten sich die Fachgerichte an den verfassungsgerichtlichen Leitlinien zur Wahrung der Waffengleichheit im Verfügungsverfahren zu orientieren. Nach Stellungnahme des Antragsgegners würde das Gericht dann erneut über die Wirksamkeit der Verfügung entscheiden.

Denkbar wäre, die Waffengleichheitsbeschwerde ähnlich der sofortigen Beschwerde nach §§ 567 ff. ZPO zu gestalten. Nach § 572 Abs. 1 S. 1 ZPO hat das Gericht, dessen Entscheidung angefochten wird, der Beschwerde abzuhelpen, wenn es sie für begründet hält; andernfalls ist die Beschwerde unverzüglich dem Beschwerdegericht vorzulegen. Wie bei der sofortigen Beschwerde würde auch bei der Waffengleichheitsbeschwerde die generelle Abhilfebefugnis des *index a quo* der Selbstkontrolle des erstinstanzlichen Gerichts und damit zugleich der Verkürzung des Verfahrens und der Entlastung der

---

<sup>211</sup> Namentlich *Vollkommer*, Rechtliches Gehör: Verletzung der prozessualen Waffengleichheit bei Beschlussverfügung ohne Anhörung des Gegners, MDR 2020, 904 (906) fordert eine solche „Waffengleichheits-Beschwerde“.

Beschwerdegerichte dienen.<sup>212</sup> Eine reine Konzentration auf oberlandesgerichtliche Ebene ist nicht sinnvoll.<sup>213</sup> Es wäre im Ergebnis effizienter und entspräche dem Eilcharakter des Verfügungsverfahrens, die Beschwerde zunächst beim Ausgangsgericht zu prüfen.

#### 4. Allgemeiner rechtspolitischer Handlungsbedarf

Im Ergebnis kann nur eine Waffengleichheitsbeschwerde der bislang bestehenden Ohnmacht des Antragsgegners abhelfen und gleichzeitig einen Ausgleich der Interessen der Parteien schaffen. Jedoch ist damit zu rechnen, dass Antragsgegner im Falle einer vor Verfügungserlass unterbliebenen Einbeziehung diese stets rügen werden. In der Folge müssten die Gerichte die kurze Schlüssigkeitsprüfung durchführen, eine Frist setzen, das Vorbringen des Antragsgegners berücksichtigen und dann erneut entscheiden. Dabei hätte das Gericht äußerst zügig vorzugehen, um das Interesse des Antragstellers an effektivem Rechtsschutz zu wahren. Dies führte offensichtlich zu einer erheblichen Mehrbelastung und einer Verzögerung anderer Verfahren.<sup>214</sup> Schafft der Gesetzgeber eine Waffengleichheitsbeschwerde, ergibt sich also weiterer Handlungsbedarf, das Verfügungsverfahren effizienter zu gestalten.

#### E. Zusammenfassung

Die fachgerichtliche Praxis einstweiliger Verfügungen kann Antragsgegner vor zwei Probleme stellen, die sie prozessual ohnmächtig machen (**B. IV.**):

1. Die Fachgerichte verfügen regelmäßig, ohne dass der Antragsgegner (auch vorgerichtlich) je einbezogen worden ist. Dieses *ex parte*-Beschlussverfahren verletzt den Antragsgegner in seinem Recht auf prozessuale Waffengleichheit.
2. Der Antragsgegner kann seine fehlende Einbeziehung jedoch nicht vor den Fachgerichten rügen, schon weil dieser Verfahrensverstoß aufgrund der Heilungsmöglichkeit im Widerspruchsverfahren bei keinem der fachgerichtlichen Rechtsbehelfe geprüft wird.

Das *BVerfG* versucht den Problemen im Verfügungsverfahren entgegenzuwirken, indem es zwei verfassungsgerichtliche Rechtsbehelfe zulässt:

---

<sup>212</sup> Siehe zur sofortigen Beschwerde: *Ball*, in: Musielak/Voit, 19. Aufl. 2022, § 572 Rn. 1.

<sup>213</sup> Nach *Vollkommer* (Fn. 211), S. 906 soll sich die Beschwerde auf oberlandesgerichtliche Ebene konzentrieren.

<sup>214</sup> Vgl. *Mantz* (Fn. 209), S. 2009, Rn. 16.

1. Der Antragsgegner kann im Wege der Verfassungsbeschwerde einen Verstoß gegen sein Recht auf prozessuale Waffengleichheit feststellen lassen, auch nachdem über seinen fachgerichtlichen Rechtsbehelf entschieden ist. Hierfür muss er aber regelmäßig ein hinreichend gewichtiges Feststellungsinteresse, mithin einen systematischen Verstoß des Fachgerichts, darlegen (**C. II. 2.**).
2. Mittels Eilanordnung nach § 32 Abs. 1 BVerfGG kann der Antragsgegner erreichen, dass das *BVerfG* die gegen ihn erlassene Verfügung aufhebt oder außer Vollzug setzt, bis über seinen fachgerichtlichen Widerspruch entschieden ist (**C. II. 3.**).

Das *BVerfG* kann und will aber keinen Individualrechtsschutz leisten, sondern die Fachgerichte zur Änderung ihrer Praxis bewegen. Auch um das *BVerfG* zu entlasten, ist die Lösung auf fachgerichtlicher Ebene zu suchen:

1. *De lege lata* haben sich die Fachgerichte an die verfassungsgerichtlichen Leitlinien zu halten und das Verfügungsverfahren als kontradiktorisches zu führen. Denn prozessuale Waffengleichheit gebietet Einbeziehung, keine Geheimverfahren (**D. I.**).
2. *De lege ferenda* ist vom Gesetzgeber eine fachgerichtliche Waffengleichheitsbeschwerde einzuführen. Der Antragsgegner erhielte so auch außerhalb des § 32 Abs. 1 BVerfGG Primärrechtsschutz und wäre nicht bloß auf Schadensersatz verwiesen (**D. II. 3.**).

Roman Mayer\*

## Bestandsschutz oder Neuanfang? Die unionsrechtliche Niederlassungsfreiheit für *UK Limiteds* nach dem Brexit

### Abstract

Der Beitrag thematisiert die gesellschaftsrechtliche Anerkennung der *private companies limited by shares* des Vereinigten Königreichs mit Verwaltungssitz in Deutschland nach Vollzug des Brexits. Hierbei wird zunächst das *EU-UK Trade and Cooperation Agreement* analysiert und ermittelt, inwieweit sich hieraus eine Niederlassungsfreiheit ergeben kann. Anschließend wird untersucht, ob sich aufgrund der fehlenden Ansätze des deutschen Rechts eine teleologische Reduktion des § 128 HGB zumindest für Altverbindlichkeiten ergibt, die auf die Grundsätze des Intertemporalen Rechts zurückzuführen ist.

The article explores German company law mechanisms for the recognition of UK *private companies limited by shares* with administrative headquarters in Germany after Brexit. The author analyzes whether freedom of establishment can be derived from the *EU-UK Trade and Cooperation Agreement*. Subsequently, the article discusses if a teleological interpretation of § 128 German Commercial Code (HGB), at least regarding pre-Brexit liabilities, can be drawn from the principles of intertemporal law given the lack of such an approach in express German company law.

---

\* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaft im siebten Fachsemester an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und ist studentische Hilfskraft am Institut Öffentliches Recht Abt. IV. Der vorliegende Beitrag ist im Rahmen eines von Prof. Dr. Jan Lieder, LL.M. (Harvard) im Wintersemester 2021/22 angebotenen Seminars zum Deutschen, Europäischen und Internationalen Unternehmensrecht entstanden und wurde redaktionell betreut von stud. iur. Moritz Barth.

## A. Einleitung

In den Anfängen der 2000er Jahre wurden mit zunehmender Tendenz *private companies limited by shares*<sup>1</sup> nach dem Recht des *United Kingdom*<sup>2</sup> gegründet, deren Tätigkeitsschwerpunkt und Verwaltungssitz nach Deutschland verlegt wurde bzw. die diesen auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland hatten. Hierfür ausschlaggebend war zum einen, dass der *EuGH* in seiner fortlaufenden Rechtsprechung<sup>3</sup> zur Niederlassungsfreiheit gemäß Artt. 49, 54 AEUV die Gründungstheorie für zwingend anzuwenden erklärte und so die Verlegung des Verwaltungssitzes nach Deutschland unter gleichzeitiger Anerkennung der Rechtsform ermöglichte. Zum anderen erfreute sich diese Gesellschaftsform bei deutschen Unternehmern einer steigenden Beliebtheit, da es zu diesem Zeitpunkt nach den Rechtsnormen des deutschen Gesellschaftsrechts keine Form einer Kapitalgesellschaft gab, die ohne Stammkapital bzw. mit einem sich aus der Praxis ergebenden Mindeststammkapital von einem Pfund (GBP) gegründet werden konnte.<sup>4</sup> So war bei Gründung einer GmbH ein Mindeststammkapital von 25.000 € und bei einer AG ein Gründungskapital von 50.000 € erforderlich. Hinzu kam, dass bis zur Änderung des GmbHG im Zuge des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)<sup>5</sup> im Oktober 2008 bei einer Einmann-GmbH-Gründung das Stammkapital bei Gründung in voller Höhe bzw. in Höhe von 50% eingezahlt werden und bei nicht voller Einzahlung der Gesellschaft Sicherheiten für die ausstehende Einlage geleistet werden mussten.<sup>6</sup> Infolge der wachsenden Popularität der *UK Limited* in Deutschland hat der deutsche Gesetzgeber reagiert und mit Wirkung zum 1.11.2008 über § 5a GmbHG die Rechtsform der Unternehmensgesellschaft<sup>7</sup> (haftungsbeschränkt) eingeführt.<sup>8</sup> Diese gesetzliche Änderung und weitere Umstände führten dazu, dass die Anzahl der Neugründungen der *UK Limited* mit Verwaltungssitz in Deutschland bereits im Jahr 2009 ihren Höhepunkt erreicht hatte.<sup>9</sup> Unabhängig davon gab es auch im

---

<sup>1</sup> Folgend: *UK Limited*.

<sup>2</sup> Folgend: *UK*.

<sup>3</sup> *EuGH*, Urt. v. 9.3.1999, C-212/97, *Centros Ltd ./. Erbvervs- og Selskabsstyrelsen*; Urt. v. 5.11.2002, C-2008/00, *Überseering BV ./. NCC*; *EuGH*, Urt. v. 30.9.2003, C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam ./. Inspire Art Ltd*.

<sup>4</sup> *Kadel*, Die englische Limited, MittBayNot 2006, 102 (108).

<sup>5</sup> Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen v. 28.10.2008, BGBl. I 2008, S. 2026.

<sup>6</sup> Zum Ganzen: *Limpert*, in: MüKo-GmbHG, 3. Aufl. 2018, § 65 Rn. 4.

<sup>7</sup> Folgend: *UG*.

<sup>8</sup> *Servatius*, in: Baumbach/Hueck, 23. Aufl. 2022, § 5a Rn. 1.

<sup>9</sup> *Heckschen*, in: Widmann/Mayer, 1. Aufl. 2002, Stand: 1.7.2019, § 122m Rn. 4.



Jahr 2018 schätzungsweise noch zwischen 8.000 und 10.000 *UK Limited* mit Verwaltungssitz in Deutschland.<sup>10</sup>

Mittlerweile führt diese Konstellation zu Problemen, da sich die Bürger des *UK* am 23.6.2016 bei einem Referendum über den Verbleib oder Austritt aus der Europäischen Union<sup>11</sup> für einen Austritt aus der EU entschieden haben.<sup>12</sup> Der Europäische Rat hat nach diesem Gesuch am 29.3.2017 das Austrittsverfahren nach Art. 50 AEUV eingeleitet. Bereits am 18.11.2018 wurde ein Vertrag zwischen der EU und dem *UK* über die Austrittsmodalitäten geschlossen, dem aber das *House of Parliament* nicht zustimmte und der somit scheiterte.<sup>13</sup> Darauf folgte bis in den Dezember 2020 eine von Ungewissheit geprägte Zeit, in der auch mit einem „harten“ Brexit, also einem Austritt ohne Abkommen zu rechnen war.

Zu der vorgenannten Problemstellung ist auf das mit Wirkung zum 1.1.2021 zwischen der EU und dem *UK* getroffene Abkommen, das *EU-UK Trade and Cooperation Agreement*<sup>14</sup> hinzuweisen, das von beiden Seiten vereinbart und anschließend unterzeichnet wurde. Seit Veröffentlichung dieses Abkommens steht sowohl in der Fachliteratur<sup>15</sup>, als auch in den Medien<sup>16</sup> in der Diskussion, inwieweit sich hieraus eine Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften auf dem Gebiet des *UK* im Bereich der EU ergibt bzw. aufrechtzuerhalten bleibt. Dazu wird im Folgenden das *EU-UK Trade and Cooperation Agreement* analysiert, ausgelegt und es werden weitere Abkommen zum Vergleich hinzugezogen. Sollte sich weder aus dem Abkommen noch aus anderen Rechtsquellen eine Niederlassungsfreiheit ergeben, führt dies in der Konsequenz zur Anwendung

---

<sup>10</sup> *Gesetzesentwurf der Bundesregierung*, Entwurf eines Vierten Gesetzes zu Änderung des Umwandlungsgesetzes, BT-Drs. 19/5463.

<sup>11</sup> In Folgenden: EU.

<sup>12</sup> Vgl. Übersicht der Referenden im *UK*, abrufbar unter: <https://www.parliament.uk/business/publications/research/eu-referendum/background-uk-eu-referendum-2016/> (zuletzt aufgerufen am 2.7.2022).

<sup>13</sup> Zum Ganzen: *Heckschen*, in: Widmann/Mayer (Fn. 9), § 122m Rn. 1.

<sup>14</sup> Abl. EU 2021 Nr. L 149, 10.

<sup>15</sup> Stellvertretend: *Schmidt*, Brexit: Implikationen des EU-UK TCA im Bereich des Gesellschaftsrechts, GmbHR 2021, 229 ff.; *Schollmeyer*, Geht es für die britische Ltd. nach dem Brexit zurück auf die Trabrennbahn, NZG 2021, 692 ff.

<sup>16</sup> Beispielhaft: *Thölke*, Persönliche Haftung über Nacht, FAZ-Einspruch v. 10.2.2021, abrufbar unter: <https://www.faz.net/einspruch/limited-nach-dem-brexit-persoenliche-haftung-ueber-nacht-17190653.html> (zuletzt aufgerufen am 2.7.2022); *Eggenberger*, Ende der *UK Limited* mit Verwaltungssitz in Deutschland?, Steuern & Recht - der Blog v. 23.6.2021, abrufbar unter: <https://www.fgs-blog.de/ende-der-uk-limited-mit-verwaltungssitz-in-deutschland/> (zuletzt aufgerufen am 2.7.2022).

der in Deutschland vorherrschend vertretenen Sitztheorie.<sup>17</sup> Hiernach würden die *UK Limited* mit Verwaltungssitz in Deutschland zwangsläufig zu Personengesellschaften oder Einzelkaufleuten umqualifiziert.<sup>18</sup> Infolge dieser möglichen Umqualifizierung könnte es zum Aufleben der persönlichen Haftung der Gesellschafter kommen. Hierbei wird sich auch die Frage stellen, ob dieser Umstand *ex tunc* oder *ex nunc* eintritt und inwieweit dies dem Vertrauensschutz der Gesellschafter, dem Gläubigerschutz und dem Arbeitnehmerschutz Rechnung trägt.

## **B. Gilt die Niederlassungsfreiheit noch immer?**

Im Folgenden wird zunächst die Problematik des EU-Austritts des *UK* im gesellschaftsrechtlichen Kontext am Beispiel der *UK Limited* erläutert und anschließend ein Lösungsansatz dargelegt, welcher auch dem grundrechtlichen Vertrauensschutz Rechnung trägt.

## **I. Die europäische Niederlassungsfreiheit der *UK Limited***

### **1. Rechtslage vor dem 31.1.2020**

Vor dem Inkrafttreten des Austrittsabkommens<sup>19</sup> mit Ablauf des 31.1.2020 war das *UK* Mitgliedsstaat der EU. Demnach waren sämtliche sich aus Primär- und Sekundärrecht ergebenden Rechte auf Bürger:innen des *UK* anwendbar. Primärrecht versteht sich als das durch die Mitgliedsstaaten gesetzte Recht, zum Teil normiert in EUV und AEUV, Sekundärrecht wiederum ist das auf Grundlage des Primärrechts erlassene Recht.<sup>20</sup> Eine *UK Limited* konnte sich somit bis zu diesem Zeitpunkt auf die sich aus Primärrecht ergebende Niederlassungsfreiheit gemäß Artt. 49, 54 AEUV berufen. Hieraus entwickelte sich in Deutschland und einigen anderen Mitgliedsstaaten<sup>21</sup> eine Konkurrenz zwischen der Gründungs- und der Sitztheorie.

---

<sup>17</sup> *Kindler*, in: MüKo-BGB XIII, 8. Aufl. 2021, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 423; *Großerichter/Zwirlein-Forschner*, in: BeckOGK-BGB, Stand: 1.12.2021, IPR Internationales Gesellschaftsrecht – Allgemeiner Teil Internationales Gesellschaftsrecht – Allgemeiner Teil Rn. 90; *BGH*, NJW 2009, 289 ff.

<sup>18</sup> *Heckschen*, in: Widmann/Mayer (Fn. 9), § 122m Rn. 1.

<sup>19</sup> ABl. C 384I v. 12.11.2019, S. 1.

<sup>20</sup> *Klöpper*, Verfassungsrecht I, 1. Aufl. 2011, § 41 Rn. 2, 4.

<sup>21</sup> *Kindler*, in: MüKo-BGB XIII (Fn. 17), Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 423.

*a) Sitztheorie*

In Deutschland besteht keine ausdrückliche Regelung für die Bestimmung des Gesellschaftsstatuts,<sup>22</sup> jedoch wird vorherrschend die Sitztheorie vertreten.<sup>23</sup> Danach werden die Rechtsverhältnisse einer Gesellschaft nach der an ihrem effektiven Verwaltungssitz geltenden Rechtsordnung bestimmt.<sup>24</sup> Hat also eine *UK Limited* ihren Satzungssitz im UK und verlegt ihren Verwaltungssitz nach Deutschland, so ist sie deutschem Recht zu unterstellen und nach deutschem Recht zu gründen, da sie dort ihren Tätigkeitsschwerpunkt hat.<sup>25</sup> Problematisch ist das vor allem dann, wenn die Gesellschaft des Herkunftslands dort anderen (Gründungs-)Voraussetzungen unterliegt, bzw. wenn bei Kapitalgesellschaften die Eintragungspflichten im Land des Verwaltungssitzes nicht vollständig erbracht werden. Die *UK Limited* ist vergleichbar mit der deutschen UG (haftungsbeschränkt), § 5a GmbHG, die infolge der wachsenden Popularität der *UK Limited* in Deutschland eingeführt wurde.<sup>26</sup> Die Eintragungsvoraussetzungen des deutschen Handelsregisters der *UK Limited* für ihren Verwaltungssitz entsprechen aber mangels konstitutiver Wirkung weder denen einer UG (haftungsbeschränkt) noch einer sonstigen deutschen oder europäischen Kapitalgesellschaft (vgl. § 11 Abs. 1 GmbHG, § 41 Abs. 1 S. 1 AktG).<sup>27</sup> Folgt man also der Sitztheorie, so wäre mangels erfolgreicher Eintragung in ein Handelsregister, bzw. mangels zulässiger Rechtsform einer Kapitalgesellschaft, keine solche entstanden. Somit würde im Wege der Umqualifizierung eine Personengesellschaft entstehen oder – sollte an der Gesellschaft nur ein Gesellschafter beteiligt sein – durch Zuordnung zum Gesellschaftervermögen ein Einzelkaufmann.<sup>28</sup>

---

<sup>22</sup> *Fingerhuth/Rumpf*, MoMiG und die grenzüberschreitende Sitzverlegung – Die Sitztheorie ein (lebendes) Fossil?, IPRax 2008, 90 (90).

<sup>23</sup> Grundlegend: RG, JW 1904, 231 f.; BGH, NJW 2002, 3539 ff.; ebenfalls vertreten gegenüber der Schweiz: BGHZ 178, 192 ff. („Trabrennbahn“); *Kindler*, in MüKo-BGB XIII (Fn. 17), Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 423.

<sup>24</sup> *Schaub*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB I, 4. Aufl. 2020, § 12 Rn. 7.

<sup>25</sup> A.; BGH, NJW 1967, 36 ff.

<sup>26</sup> *Servatius*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 8), § 5a Rn. 1.

<sup>27</sup> *Mäsch/Gausing/Peters*, Deutsche Ltd., PLC und LLP: Gesellschaften mit beschränkter Lebensdauer? – Folgen eines Brexits für pseudo-englische Gesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland, IPRax 2017, 49 (52).

<sup>28</sup> Folgend: e.K.

*b) Gründungstheorie*

Demgegenüber wird in den Rechtsordnungen einiger europäischer Staaten die Gründungstheorie vertreten.<sup>29</sup> Diese ordnet die Geltung derjenigen Rechtsordnung an, nach der die betroffene Gesellschaft gegründet wurde.<sup>30</sup> Hierbei soll also das Gesellschaftsstatut vom Willen der Gründer bestimmt werden und deren Rechtswahl allgemein anerkannt sein.<sup>31</sup> Vorliegend würde also eine im UK wirksam gegründete *UK Limited* mit Satzungssitz im UK und Verwaltungssitz in Deutschland auch in Deutschland als wirksam gegründete Kapitalgesellschaft des UK anerkannt werden.

*c) Konkurrenz*

Zwischen der Sitz- und der Gründungstheorie besteht eine Konkurrenz. Diese wurde durch den *EuGH* in fortlaufender Rechtsprechung durch die zentralen Urteile *Centros*<sup>32</sup>, *Überseering*<sup>33</sup> und *Inspire Art*<sup>34</sup> dahingehend geklärt, dass für alle Gesellschaften in Mitgliedstaaten der EU die Gründungstheorie anzuwenden ist.<sup>35</sup> Hierfür lässt sich anführen, dass die Gründungstheorie ein einheitlich anwendbares Kriterium für eine klare und unstreitige Ermittlung des Gesellschaftsstatuts bietet.<sup>36</sup> Zugleich spricht für die Anwendung der Gründungstheorie, dass im europäischen Kontext eines freien Binnenmarkts entsprechend der Vorgaben des Art. 3 Abs. 3 EUV die Anwendung der Sitztheorie nicht förderlich wäre und entgegen dessen Zielrichtung bürokratische Hürden aufbauen würde.<sup>37</sup> Handelt es sich also um eine im Mitgliedsstaat wirksam gegründete Kapitalgesellschaft, so gilt diese aufgrund der Niederlassungsfreiheit, Artt. 49, 54 AEUV, gemäß der Gründungstheorie in jedem Mitgliedsstaat als wirksam gegründet. Jede Gesellschaft mit Satzungssitz

<sup>29</sup> *Großrichter/Zwirlein-Forschner*, in: BeckOGK-BGB (Fn. 17), IPR Internationales Gesellschaftsrecht – Allgemeiner Teil Internationales Gesellschaftsrecht – Allgemeiner Teil Rn. 90 ff.

<sup>30</sup> *Kindler*, in: MüKo-BGB XIII (Fn. 17), Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 364; *Großrichter/Zwirlein-Forschner*, in: BeckOGK-BGB (Fn. 17), IPR Internationales Gesellschaftsrecht – Allgemeiner Teil Internationales Gesellschaftsrecht – Allgemeiner Teil Rn. 50.

<sup>31</sup> *Schaub*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB I (Fn. 24), § 12 Rn. 13.

<sup>32</sup> *EuGH*, Urt. v. 9.3.1999, C-212/97, *Centros Ltd ./.* *Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*.

<sup>33</sup> *EuGH*, Urt. v. 5.11.2002, C-2008/00, *Überseering BV ./.* *NCC*.

<sup>34</sup> *EuGH*, Urt. v. 30.9.2003, C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam ./.* *Inspire Art Ltd*.

<sup>35</sup> *Henssler*, Internationale Anwaltskonzerne – berechtigte und überholte Hürden im nationalen Recht, in: FS Windbichler, 2020, S. 741 (742).

<sup>36</sup> *Kindler*, in: MüKo-BGB XIII (Fn. 17), Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 364.

<sup>37</sup> Vgl. *Ebd.*, Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 367.

im UK konnte ihren Verwaltungssitz auch außerhalb des UK in den EU-Raum und somit auch nach Deutschland verlegen. Der Mitgliedsstaat musste gemäß Art. 49 Abs. 2 i. V. m. Art. 54 AEUV die Rechtsform der (mit dem Verwaltungssitz) zugezogenen Gesellschaft anerkennen.<sup>38</sup>

## 2. Übergangsphase vom 1.2.2020 bis 31.12.2020

Mit Wirkung zum 1.2.2020 ist das UK aus der EU ausgetreten. In Art. 126 des Austrittsabkommens<sup>39</sup> wurde jedoch eine Übergangsphase vereinbart, in der bestimmte Grundfreiheiten und unionsrechtliche Regelungen vorübergehend bis zum 31.12.2020 weitergelten sollten. In Art. 126 i. V. m. Art. 127 Abs. 1 des Austrittsabkommens ist festgehalten, dass das materielle Unionsrecht für diesen Zeitraum weiter anzuwenden ist. Umfasst war hiervon auch die Niederlassungsfreiheit aus Artt. 49 ff. AEUV. Somit war der Betrieb einer UK *Limited* mit Verwaltungssitz in Deutschland vorübergehend weiterhin und unter Anerkennung bzw. Fortgeltung aller Rechte möglich.

## 3. Rechtslage seit dem 1.1.2021

Mit Ablauf der Übergangsfrist sind zum 31.12.2020 die Regelungen des Übergangsabkommens erloschen.

### a) Niederlassungsfreiheit aus dem AEUV

Das Vereinigte Königreich ist aufgrund des Austritts und des Ablaufs der Übergangsfrist kein Mitgliedsstaat der EU mehr; die unionsrechtlichen Regelungen gelten für das UK nicht mehr. Aufgrund dessen ist es als Drittstaat zu behandeln,<sup>40</sup> somit entfällt auch die Geltung des Primär- und Sekundärrecht.<sup>41</sup> Die durch Primärrecht entstandene Niederlassungsfreiheit (Artt. 49, 54 AEUV) erlosch demnach zum 1.1.2021 für natürliche und juristische Personen aus dem UK und somit auch für die UK *Limited*.

### b) Niederlassungsfreiheit nach Art. 31 EWRAbk

Die sich aus Artt. 31, 34 des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum<sup>42</sup> ergebende Niederlassungsfreiheit ist nicht zugunsten des UK anzuwenden, da das UK durch den Austritt dem Anwendungsbereich des EWR-

<sup>38</sup> Müller-Graff, in: Streinz, 3. Aufl. 2018, Art. 49 Rn. 34.

<sup>39</sup> ABl. C 384I v. 12.11.2019, S. 1.

<sup>40</sup> Calliess, in: Calliess/Ruffert, 5. Aufl. 2016, Art. 50 Rn. 6.

<sup>41</sup> BGH, NZG 2021, 692 ff.; Schmidt (Fn. 15), S. 230; Otte-Gräbener, Kommentar: „Keine EU-Niederlassungspflicht mehr für die englische Limited, aber Anerkennung in Deutschland nach dem EU-UK TCA“, BB 2021, 717 (717).

<sup>42</sup> Folgend: EWRAbk.

Abkommens nicht mehr unterfällt. Dieses findet gemäß Art. 126 Abs. 1 EWRAbk ausdrücklich nur für die Gebiete, in denen der Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (heute AEUV) gilt, Anwendung und ist nach Maßgabe jenes Vertrags für die Hoheitsgebiete Islands, des Fürstentums Liechtenstein und des Königreichs Norwegen gültig. Im UK ist gerade durch den Austritt aus der EU der AEUV nicht mehr anzuwenden, sodass mangels Eröffnung des Anwendungsbereichs die Niederlassungsfreiheit aus Artt. 31, 34 EWRAbk nicht zugunsten von im UK gegründeten Gesellschaften wirken.<sup>43</sup>

*c) EU-UK TCA als Rechtsquelle der Niederlassungsfreiheit*

Gegebenenfalls könnte sich aber eine Niederlassungsfreiheit aus einem anderen Abkommen ergeben. Vor Ablauf der Übergangszeit wurde am 30.12.2020 das *EU-UK Trade and Cooperation Agreement*<sup>44</sup> zwischen der EU, der Europäischen Atomgemeinschaft und dem UK unterzeichnet<sup>45</sup>, welches zum 1.1.2021 vorläufig in Kraft trat.<sup>46</sup> Diesem Abkommen hat anschließend das Europäische Parlament zugestimmt<sup>47</sup> und der Europäische Rat hat am 29.4.2021 das Abkommen beschlossen.<sup>48</sup> Am 1.5.2021 trat, unter Einhaltung der Voraussetzungen des Art. FINPROV.9 des vorläufigen Abkommens<sup>49</sup> das Handels- und Kooperationsabkommen (EU-UK TCA)<sup>50</sup> endgültig in Kraft.<sup>51</sup> Festzustellen ist hierbei, dass dieses Abkommen lediglich zwischen der EU und dem UK

<sup>43</sup> *Grzeszick/Verse*, Auswirkungen eines harten Brexit auf Britische Gesellschaften in Deutschland – der Gesetzgeber ist gefragt!, NZG 2019, 1129 (1129 f.).

<sup>44</sup> ABl. L 444 v. 31.12.2020, S. 14.

<sup>45</sup> Pressemitteilung des Europäischen Rats v. 30.12.2020, abrufbar unter: <https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2020/12/30/press-release-signature-of-the-eu-uk-agreement-30-december-2020/> (zuletzt abgerufen am 2.7.2022).

<sup>46</sup> ABl. L 1 v. 1.1.2021, S. 1.

<sup>47</sup> Pressemitteilung des Europäischen Parlaments v. 28.4.2021, abrufbar unter: <https://www.europarl.europa.eu/news/de/press-room/20210423IPR02772/parlament-billigt-handels-und-kooperationsabkommen-mit-vereinigtem-koenigreich> (zuletzt abgerufen am 10.6.2022).

<sup>48</sup> Beschl. des Europäischen Rats (EU) 2021/689 v. 29.4.2021, über den Abschluss – im Namen der Union – des Abkommens über Handel und Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft einerseits und dem Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland andererseits und des Abkommens zwischen der Europäischen Union und dem Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland über die Sicherheitsverfahren für den Austausch und den Schutz von Verschlussachen, ABl. L 149 v. 30.4.2021, S. 2.

<sup>49</sup> ABl. L 444 v. 31.12.2020, S. 14.

<sup>50</sup> ABl. L 149 v. 30.4.2021, S. 10.

<sup>51</sup> In Zukunft zitierte Artikel aus dem Abkommen (*EU-UK TCA*) sind der Fassung des Abl.EU 2021 Nr. L 149,10 zu entnehmen.

geschlossen wurde, es jedoch alle Mitgliedsstaaten, also auch Deutschland, miteinbezieht.<sup>52</sup>

Das Recht auf Niederlassungsfreiheit wurde in diesem Abkommen nicht explizit vereinbart. Es ist allerdings umstritten, inwieweit Kapitalgesellschaften wie die *UK Limited* durch das EU-UK TCA in der EU und somit ebenfalls in Deutschland weiter als solche anerkannt werden bzw. sich eine Niederlassungsfreiheit durch Auslegung des Abkommens ergeben kann.<sup>53</sup> Sollte dies nicht der Fall sein, wäre nichts weiter zu der Gründungstheorie auszuführen. Somit wäre die Sitztheorie in Deutschland anzuwenden, wodurch eine Anerkennung der *UK Limited* nach hiesigem Recht als Kapitalgesellschaften nicht möglich wäre. Sie würde zwangsläufig zur rechtsfähigen Personengesellschaft (GbR oder OHG) umqualifiziert werden oder dem Gesellschafter anwachsen (Ein-Personen-*limited*)<sup>54</sup>, woraus die persönliche Haftung der Gesellschafter resultiert.<sup>55</sup>

## II. Kann die Gründungstheorie weiter vertreten werden?

Es bleibt somit zu klären, inwieweit die Gründungstheorie weiter Anwendung findet und die *UK Limited* in der Rechtsform der Kapitalgesellschaft mit Verwaltungssitz in Deutschland fortbestehen kann.

### 1. Anwendung der Gründungstheorie durch Auslegung des EU-UK TCA zugunsten einer Niederlassungsfreiheit

Das EU-UK TCA benennt die Niederlassungsfreiheit zwar nicht ausdrücklich, jedoch könnte sich eine solche durch Auslegung des Abkommens ergeben.

In Art. 128 des EU-UK TCA wird der Marktzugang für ein Unternehmen oder einen Investor angeführt. Unternehmen ist in diesem Abschnitt des Abkommens als juristische Person oder Zweigniederlassung einer juristischen Person zu verstehen (Art. 124 (g) EU-UK TCA). Der Marktzugang ist nach Art. 128 EU-UK TCA im Grundsatz unbeschränkt und unbeschränkbar, es sind nur spezielle, in der Norm aufgelistete Ausnahmen zulässig. Ebenfalls ist eine Inländerbehandlung, Art. 129 EU-UK TCA, vereinbart, nach der die umfassten

<sup>52</sup> *Terbechte*, All's well that ends well? – Das EU/VK-Handels- und Kooperationsabkommen, NJW 2021, 417 Rn. 4; *Kainer*, Keine Berufung einer britischen Limited auf Niederlassungsfreiheit nach Brexit, GmbHR 2021, 486 (491).

<sup>53</sup> Vgl. *Lieder*, Eine Berufung einer britischen private company limited by shares auf Niederlassungsfreiheit nach Brexit („All in One Star Ltd.“), EWiR 2021, 423 (424).

<sup>54</sup> *Tepper*, Geltung der Sitztheorie im Verhältnis Deutschland – Schweiz („Trabrennbahn“), EWiR 2009, 355 (356); BGHZ 178, 192 ff.

<sup>55</sup> *OLG Celle*, NJW-RR 2012, 1065 ff.

Unternehmen in vergleichbaren Situationen in Bezug auf die Niederlassung und den Betrieb nicht weniger günstig behandelt werden dürfen als nach inländischem Recht gegründete Unternehmen. Die Niederlassung beschreibt die Errichtung und den Erwerb einer juristischen Person im Gebiet der Vertragspartei (Art. 124 (h) EU-UK TCA). Ebenfalls ist in diesem Abkommen ein Meistbegünstigungsrecht vereinbart, wonach Investoren und erfasste Unternehmen nicht weniger günstig behandelt werden dürfen als Unternehmen in vergleichbaren Situationen im Gebiet der Niederlassung (Art. 130 Abs. 1 EU-UK TCA).<sup>56</sup>

Für diese sich aus dem Abkommen ergebende Regelung müsste auch der Anwendungsbereich für die *UK Limited* eröffnet sein. Dies ist der Fall, soweit es sich bei ihr um einen „Investor einer Vertragspartei und ein erfasstes Unternehmen“ handelt. Gemäß Art. 124 (j) EU-UK TCA ist dies eine natürliche oder juristische Person einer Vertragspartei. „Juristische Person einer Vertragspartei“ ist auf Seiten des UK wiederum eine juristische Person, die nach dem Recht des Vereinigten Königreichs gegründet oder errichtet wurde und dort ihre „*substantive business operations*“ betreibt (Art. 124 (k, ii, A)).<sup>57</sup> Für *substantive business operations* ist die deutsche Übersetzung zu „wesentlichen Geschäftstätigkeit“<sup>58</sup> nicht konkret genug, weshalb im Folgenden der englische Begriff als Begriff der Verhandlungssprache verwendet wird.<sup>59</sup> Eine *UK Limited* müsste also gerade diese Schwelle überschritten haben. Vorliegend betroffen sind aber ausschließlich Gesellschaften, die ihren Verwaltungssitz nach Deutschland verlegt und somit in den Gründungsländern meist nur ihren Sitz gemeldet haben. Es bleibt also zu klären, ob eine solche Gesellschaft noch unter den Begriff der *substantive business operations* fällt oder ob somit die wesentliche Geschäftstätigkeit der Gesellschaft das Sitzland verlassen hat. *Substantive business operations* erfordern jedoch gerade nicht, dass sich der Verwaltungssitz einer Gesellschaft im Sitzland befindet.<sup>60</sup> Es genügen auch angemietete oder eigene Räumlichkeiten sowie das

---

<sup>56</sup> Zum Ganzen: *Schmidt* (Fn. 15), Rn. 12 ff; *Großerichter/Zwirlein-Forschner*, in: BeckOGK-BGB (Fn. 17), IPR Internationales Gesellschaftsrecht – Allgemeiner Teil Internationales Gesellschaftsrecht – Allgemeiner Teil Rn. 32.

<sup>57</sup> Vgl. hierzu *Großerichter/Zwirlein-Forschner*, in: BeckOGK-BGB (Fn. 17), IPR Internationales Gesellschaftsrecht – Allgemeiner Teil Internationales Gesellschaftsrecht – Allgemeiner Teil Rn. 33.

<sup>58</sup> *Schmidt* (Fn. 15), Fn. 35.

<sup>59</sup> Vgl. hierzu *Ebd.*

<sup>60</sup> *Zwirlein-Forschner*, *Jenseits des Acquis – Probleme der Registeranmeldung einer Limited nach Ende des Brexit-Übergangszeitraum*, IPRax 2021, 357 (361); *Schmidt* (Fn. 15), S. 232 Rn. 22.



Entrichten beispielsweise der Gewerbesteuer.<sup>61</sup> Hierfür ist anzuführen, dass der Begriff der *substantive business operations* dem Kriterium des „*genuine link*“ nahezu entspricht, bei dem bereits die Führung eines Aktiendepots im Gründungsland oder die Nutzung eines Telefonanschlusses genügt hatte.<sup>62</sup> Im Grundsatz ist anerkannt, dass an die Voraussetzungen des im Völkerrecht bekannten *genuine link* keine hohen Anforderungen gestellt werden dürfen.<sup>63</sup> Dies muss auch für die *substantive business operations* gelten. Sinn der Norm ist zu verhindern, dass Investoren aus Drittstaaten mit in der EU oder dem UK errichteten „Briefkastengesellschaften“ Ansprüche gegen die EU, deren Mitgliedsstaaten oder dem UK geltend machen können.<sup>64</sup>

Demnach würde sich im Ergebnis ein Recht auf Niederlassungsfreiheit durch Auslegung ergeben und es zu der Anwendung der Gründungstheorie kommen. Kapitalgesellschaften aus dem UK, also auch die *UK Limited*, wären also weiter in Deutschland anzuerkennen.

## 2. Anwendung der Sitztheorie mangels Verpflichtung aus dem EU-UK TCA

Gegen dieses Ergebnis lässt sich jedoch anführen, dass eine Niederlassungsfreiheit im EU-UK TCA nicht ausdrücklich und unmittelbar vereinbart ist und somit gerade die Sitztheorie Anwendung findet. Es bestehen daher Zweifel, dass sich aus den Bestimmungen der EU-UK TCA über die Investitionsfreiheit und den Marktzugang eine solche ergeben kann.<sup>65</sup> Aus den unter **B. II. 1.** genannten Normen des Abkommens, also zum Marktzugang Art. 128 EU-UK TCA, zur Inländerbehandlung Art. 129 Abs. 1 EU-UK TCA und zum Meistbegünstigungsrecht Art. 130 Abs. 1 EU-UK TCA, unter Berücksichtigung der *substantive business operations*, muss nicht zwingend eine Niederlassungsfreiheit resultieren. Es gilt also zu ermitteln, inwieweit die Niederlassungsfreiheit zur Erfüllung der einzelnen Normen des Abkommens notwendig ist.

---

<sup>61</sup> Schmidt (Fn. 15), S. 232 Rn. 22; im Original: *Fink/Nikomborirak*, World Bank Policy Research Paper 4130, 2007, S. 7.

<sup>62</sup> Kindler, in: MüKo-BGB XIII (Fn. 17), Teil 10. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 345; Schmidt, Im Labyrinth des Gesellschaftskollisionsrechts: Gründungstheorie statt „zurück auf die Trabrennbahn“, EuZW 2021, 613 (616).

<sup>63</sup> OLG Düsseldorf, NJW-RR 1995, 1124 (1125); Servatius, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, GesR, Internationales Gesellschaftsrecht A. Mobilität der Gesellschaften Rn. 27.

<sup>64</sup> Schmidt (Fn. 15), S. 233 Rn. 23.

<sup>65</sup> Schollmeyer (Fn. 15), S. 694.

Für den Marktzugang (Art. 128 EU-UK TCA) ist erforderlich, dass jedes erfasste Unternehmen Zugang zum Markt der anderen Vertragspartei erhält. Somit müsste die *UK Limited* auf den Markt der EU, also auch den deutschen Markt Zugang haben. Wäre die Niederlassungsfreiheit nicht gewährleistet, würde die *UK Limited* als nicht anerkannte Kapitalgesellschaft in Deutschland zur Personengesellschaft umqualifiziert werden. Auch die GbR<sup>66</sup> und die OHG<sup>67</sup> sind nach der deutschen Rechtsordnung rechtsfähig. Der Marktzugang an sich ist somit auch ohne Gewähr der Niederlassungsfreiheit gegeben. Ein Anspruch auf Marktzugang in genau der gewünschten Rechtsform ergibt sich indes aus der Regelung des Art. 128 EU-UK TCA nicht.<sup>68</sup>

Weiterhin wird im Falle der Inländerbehandlung (Art. 129 EU-UK TCA) vorausgesetzt, dass ein erfasstes Unternehmen genauso behandelt wird wie ein vergleichbares inländisches Unternehmen. Auch hier würde durch die Umqualifizierung der *UK Limited* zu einer Personengesellschaft diese nicht zwingend eine Schlechterstellung gegenüber inländischen Gesellschaften bedeuten.

Bei dem Meistbegünstigungsrecht ist zudem zu berücksichtigen, dass sowohl die Niederlassung als auch die Gründung einer deutschen Zweigniederlassung durch die Umqualifizierung in eine Personengesellschaft nicht ausgeschlossen ist. Es ändert sich lediglich die Frage der Haftung: von einer Kapitalhaftungsbegrenzung zu einer unbegrenzten persönlichen Haftung.

Das Recht bzw. der Anspruch auf Niederlassungsfreiheit ist im Abkommen nicht konkret vereinbart. Im Zuge der Auslegung ist unter Berücksichtigung der langjährigen Beziehungen zwischen dem UK und der EU und den damit verbundenen rechtlichen und wirtschaftlichen Freizügigkeiten in und auf dem Gebiet der EU aber davon auszugehen, dass die Parteien eine Regelung zur Niederlassungsfreiheit explizit vereinbart hätten, wenn sie darüber eine Aussage hätten treffen wollen.<sup>69</sup>

Im Ergebnis kann mithin auch im Wege der Auslegung des Abkommens die Niederlassungsfreiheit aus dem EU-UK TCA nicht abgeleitet werden. Somit wäre dieses Abkommen auch nicht auf die Frage der Niederlassungsfreiheit der

---

<sup>66</sup> *Schöne*, in BeckOK-BGB, Stand: 1.2.2022, § 705 Rn. 13.

<sup>67</sup> § 124 Abs. 1 HGB.

<sup>68</sup> Zum Ganzen: *Schollmeyer* (Fn. 15), S. 694.

<sup>69</sup> *Kainer* (Fn. 52), S. 490.

*UK Limited* anzuwenden und diese durch Anwendung der Sitztheorie als Personengesellschaft umzuqualifizieren.

### III. Bewertung und Entscheidung

Nachdem beide Ansichten zu grundlegend unterschiedlichen Ergebnissen kommen, gilt es im Folgenden zu entscheiden, welcher der beiden überzeugt und ob die Ansätze endgültig anzuwenden sind oder ob eine Anpassung vorzunehmen ist.

#### 1. Ist die Gründungs- oder die Sitztheorie anzuwenden?

Die entscheidende Fragestellung lautet also: Ergibt sich aus dem EU-UK TCA ein Recht auf Niederlassungsfreiheit?

Zum einen gilt hierbei zu beachten, dass die Niederlassungsfreiheit als subjektives Recht zum Zeitpunkt der Eintragung bzw. der Gründung der Gesellschaft, soweit diese vor dem 31.12.2020 lag, noch gegeben war und nicht ohne Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entzogen werden kann.<sup>70</sup> Würde also die Gründungstheorie weiter angewandt werden, so würde kein Eingriff in die Rechte der bestehenden *UK Limited* vorliegen und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wäre gewahrt.

Ebenfalls ist zugunsten der Niederlassungsfreiheit zu bedenken, dass ein europäischer Flickenteppich entstünde, sollte Deutschland die Sitztheorie vertreten und andere EU-Länder, wie beispielhaft angeführt Italien, Estland und Slowenien<sup>71</sup>, die Gründungstheorie.<sup>72</sup> Hiernach wäre in einem Land, welches die Gründungstheorie vertritt, eine *UK Limited* als Kapitalgesellschaft anerkannt, in Deutschland wäre dieselbe jedoch als Personengesellschaft (oder e. K.) umzuqualifizieren. Eine solche Rechtsfolge würde dazu führen, dass es innerhalb der EU zu gesellschaftsrechtlichen Divergenzen käme. Dieses Ergebnis sollte sich aber nicht aus dem EU-UK TCA als europäisches Abkommen ergeben, da dieses den europäischen Grundsätzen eines freien Binnenmarktes widersprechen würde.

---

<sup>70</sup> *Ego*, in: MüKo-AktG, 5. Aufl. 2021, Europäisches Aktienrecht B. Europäische Niederlassung Rn. 24.

<sup>71</sup> *Schaub*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB I (Fn. 24), nach § 12 Rn. 18; *Großerichter/Zwirlein-Forschner*, in: BeckOGK-BGB (Fn. 17), IPR Internationales Gesellschaftsrecht – Allgemeiner Teil Internationales Gesellschaftsrecht – Allgemeiner Teil Rn. 90.

<sup>72</sup> Vergleiche Argumentation zum CETA: *Mäsch*, in: BeckOK-BGB, Stand: 1.2.2022, EGBGB Art. 12 Rn. 8.

Auch ist zu berücksichtigen, inwieweit die Argumentation, die beim *Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, dem Handelsabkommen zwischen der EU und Kanada und beim Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsabkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den USA, angewandt wurde, auf das vorliegende Abkommen zu übertragen ist. Vorrangig heranzuziehen sind hier die Vorschriften des Kapitel 8 CETA.<sup>73</sup> Artt. 123 ff. EU-UK TCA sind diesem Kapitel des CETA nachgebildet. Art. 8.1 CETA definiert Unternehmen i. V. m. Art. 1.1 CETA im Ergebnis ähnlich wie Art. 124 (g) EU-UK TCA. Beide nehmen Bezug auf die Eigenschaft „juristische Person einer Vertragspartei“. Diese sind, wie bereits ausgeführt, Unternehmen, die nach dem jeweiligen Recht der Vertragspartei gegründet wurden. Vorliegend müsste aufgrund der Ähnlichkeit der Normen die gleiche Rechtsfolge entstehen, bzw. müsste sich hieraus die Anwendung der Gründungstheorie ergeben.<sup>74</sup>

Ebenfalls gilt zu beachten, dass der BGH in der Grundsatzentscheidung zu dem Abkommen mit den USA argumentiert: „Wenn Inländerbehandlung, Meistbegünstigung und Niederlassungsfreiheit vereinbart sind und eine Gesellschaft demgemäß sich in einem anderen Land geschäftlich betätigen darf, kann ihr dort nicht die Rechtspersönlichkeit abgesprochen werden, die ihr nach dem Recht des Staates zusteht, in dem sie errichtet worden ist.“<sup>75</sup> Im vorliegenden Fall des EU-UK TCA wurden sowohl Inländerbehandlung (Art. 129 EU-UK TCA) Meistbegünstigung (Art. 130 EU-UK TCA) und Marktzugang mit Niederlassungsmöglichkeiten (Art. 128 EU-UK TCA) vereinbart. Es könnte also angenommen werden, dass sich hieraus auch die Anwendung der Gründungstheorie ergibt.<sup>76</sup>

Die Ähnlichkeit zu CETA und zum Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsabkommen lässt eine Anwendbarkeit der Gründungstheorie also plausibel erscheinen.

Ebenfalls begünstigend für die Anwendung der Gründungstheorie ist, dass aufgrund der Rücktrittsmöglichkeit des UK lange Zeit unklar war, ob der Brexit vollzogen wird und inwieweit dieser als „harter“ Brexit zu qualifizieren ist oder ob ein Abkommen auch zugunsten einer Niederlassungsfreiheit zustande

---

<sup>73</sup> Zum Ganzen: *Ego*, in: MüKo-AktG (Fn. 70), Europäisches Aktienrecht B. Europäische Niederlassung Rn. 20; *Schmidt* (Fn. 15), S. 231 f.

<sup>74</sup> Vgl. zum Ganzen: *Schmidt* (Fn. 15), S. 232 Rn. 18.

<sup>75</sup> BGH, NJW 2003, 1607 ff.

<sup>76</sup> Zum Ganzen: *Schmidt* (Fn. 15), S. 232 Rn. 18.

kommt.<sup>77</sup> Die hierdurch entstehende Rechtsunsicherheit hätte mit der Annahme der Niederlassungsfreiheit und der damit einhergehenden Fortgeltung der Gründungstheorie beseitigt werden können.<sup>78</sup>

Auch ist zugunsten der Anwendung der Gründungstheorie anzumerken, dass in Abs. 10 der Präambel des EU-UK TCA eventuelle finanzielle Risiken für kleine und mittlere Unternehmen angesprochen werden. So kann die Umqualifizierung einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft dazu führen, dass diese u.a. aufgrund des geänderten Haftungsregimes vermehrt mit wirtschaftlich gravierenden Folgen zu rechnen haben.

Jedoch gilt zu beachten, dass sich nur mit „erheblichem Auslegungs- und Argumentationsaufwand“ eine Niederlassungsfreiheit aus dem Abkommen ergibt.<sup>79</sup> Eine Auslegung ausschließlich aus dem Abkommen selbst genügt nicht für die Begründung einer Niederlassungsfreiheit. Stattdessen müssen für die Auslegung des Abkommens weitere (z.B. CETA) hinzugezogen werden, um eine ausreichende Auslegungsgrundlage zu schaffen. Unterstützend hierfür wurde in Abs. 5 der Präambel des EU-UK TCA vereinbart, dass eine ordnungsgemäße Auslegung gewährleistet sein soll. Eine ordnungsgemäße Auslegung staatsvertraglicher Normen wird über deren Sinn und Zweck hergeleitet, immer im Hinblick auf die Sicherstellung internationaler Einheitlichkeit.<sup>80</sup> Bei der Weite dieser Auslegung, um eine Niederlassungsfreiheit anzunehmen, könnte auf den Sinn und Zweck des EU-UK TCA abgestellt werden. Dieser besteht unter anderem darin, den Handelsverkehr zwischen der EU und dem Vereinigten Königreich auch nach dessen Austritt zu ermöglichen und aufrechtzuerhalten.<sup>81</sup> Auch wird durch die Annahme einer Niederlassungsfreiheit die internationale Einheitlichkeit nicht gefährdet. Somit handelt es sich in diesem Fall um eine ordnungsgemäße Auslegung. Ebenso kann es aber auch dem Sinn und Zweck des EU-UK TCA entsprechen, keine Niederlassungsfreiheit anzunehmen.

Ebenfalls gilt zu beachten, dass ein diskriminierungsfreier Handel zwischen dem UK und der EU auch ohne Niederlassungsfreiheit möglich ist.<sup>82</sup> Die Kapitalgesellschaften des UK sind in Deutschland weiter in Form von Personengesellschaften (oder e. K.) rechtsfähig und können somit in der EU und

---

<sup>77</sup> *Ego*, in: MüKo-AktG (Fn. 70), Europäisches Aktienrecht B. Europäische Niederlassung Rn. 25.

<sup>78</sup> Vgl. im Ergebnis *Schmidt* (Fn. 15), S. 232.

<sup>79</sup> *Kainer* (Fn. 52), S. 491.

<sup>80</sup> *v. Hein*, in: MüKo-BGB XII, 8. Aufl. 2021, EGBGB Art. 3 Rn. 191.

<sup>81</sup> Vgl. hierzu u.a. Abs. 3, 8, 10, 16 der Präambel des EU-UK TCA.

<sup>82</sup> **B. II. 2.**; *Schollmeyer* (Fn. 15), S. 694 f.

in Deutschland Handel treiben. Auch ist eine Niederlassungsfreiheit, in der Weite, in der sie der *EuGH* versteht,<sup>83</sup> gerade nicht für einen solchen Handel erforderlich.<sup>84</sup>

Ebenfalls unter Beachtung der Präambel kann bei gleichzeitiger Berücksichtigung folgender Gesichtspunkte eine Niederlassungsfreiheit nicht angenommen werden. Zum einen wird in Abs. 7 der Präambel des Abkommens die Autonomie der jeweiligen Vertragsparteien vereinbart, auf die auch in Abs. 19 der Präambel und den Art. 1 des EU-UK TCA noch einmal Bezug genommen wird. Ebenso gilt zu beachten, dass in Abs. 10 der Präambel des Abkommens vereinbart wird, dass ein offener und sicherer Markt erhalten werden soll. Ein offener Markt ist auch ohne Niederlassungsfreiheit gegeben. Darüber hinaus ist die Anwendung der Gründungstheorie für einen sicheren Markt die gerade nicht vorteilhaft. Nach dem Brexit kann das *UK* seine handelsrechtlichen Vorschriften ändern, ohne dass die *EU* Einfluss darauf ausüben kann. Dies würde im Hinblick auf den Gläubiger-, den Kapitalerhaltungsschutz, evtl. Arbeitnehmerschutzinteressen und Rechtssicherheit zu Problemen führen. Würde das *UK* seine Rechtsgrundlagen hierfür ändern, könnte dies sich zu einem kollisionsrechtlichen Problem entwickeln. Dies spricht eher für die Anwendung der Sitztheorie als maßgebliches Kriterium.

Auch im Hinblick auf die Regelung in Anhang 20 Nr. 9 EU-UK TCA lässt sich schließen, dass eine Niederlassungsfreiheit gerade nicht vereinbart werden sollte.<sup>85</sup> Dort heißt es, dass zur Klarstellung angemerkt sei, dass die Verpflichtung zur Inländerbehandlung nicht mit den Anforderungen verbunden ist, welche auf die Behandlung juristischer Personen aus dem Vereinigten Königreich auszudehnen ist, die ihre Hauptverwaltung in der Union haben. Ebenfalls erwähnt wird dies im Anhang 21 Nr. 4 und im Anhang 22 Nr. 8 EU-UK TCA. Auch hieraus lässt sich also nur auf die Annahme der Sitztheorie schließen.<sup>86</sup>

Weiterhin gilt festzuhalten, dass in Art. XXV Abs. 5 S. 2 Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsabkommen explizit die Anerkennung des rechtlichen Status einer juristischen Person vereinbart ist. Hieraus lässt sich ausschließlich

---

<sup>83</sup> *EuGH*, Urt. v. 25.10.2017, C-106/16, *Polbud ./.* *Wykonawstwo*.

<sup>84</sup> *Schollmeyer* (Fn. 15), S. 694 f.

<sup>85</sup> *Schollmeyer* (Fn. 15), S. 695.

<sup>86</sup> Zum Ganzen: vgl. *OLG München*, *EuZW* 2021, 955 Rn. 22 – Ausführung zu *SERVIN-1* Nr. 10; *Reuter*, Parteilähigkeit einer britischen Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland nach dem Brexit, *GPR* 2022, 97 (98); *Schollmeyer* (Fn. 15), S. 695.

die Anwendung der Gründungstheorie ableiten.<sup>87</sup> Folgt man der Argumentation des *BGH*, dass sich aus Inländerbehandlung, Meistbegünstigung und Niederlassungsfreiheit die Gründungstheorie ergibt, so wurde vorliegend (im EU-UK TCA) kein Bezug auf die Niederlassungsfreiheit genommen bzw. diese nicht vereinbart. In diesem Punkt unterscheiden sich das Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den USA (und auch CETA) und das EU-UK TCA.<sup>88</sup> Somit kann sich auch unter Berücksichtigung bzw. Heranziehung der Regelungen der anderen angeführten Abkommen kein Anspruch auf Niederlassungsfreiheit ergeben, mithin auch keine Anwendung der Gründungstheorie.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass das *UK* aus der EU austreten wollte. Aufgrund dessen kann man nicht von einer Privilegierung ohne korrespondierende Lastentragung sprechen. Ansonsten käme man im Resultat zu einer „Rosinenpickerei“ zugunsten des *UK*.<sup>89</sup> Dies würde das *UK* ohne sachlichen Grund privilegieren, da das *UK* bewusst sowohl die EU als auch den EWR verlassen hat und auch bewusst im Abkommen keine diesbezüglichen Regelungen getroffen wurden.<sup>90</sup>

Folgt man diesem Argumentationsstrang, so kommt man zu dem Ergebnis, dass sich aus dem EU-UK TCA eine Anwendung der Gründungstheorie bzw. eine Niederlassungsfreiheit gerade nicht ergeben kann. Der Vergleich zu anderen Abkommen (CETA, Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsabkommen) führt nicht zu einer solchen Anwendung. Auch gilt zu beachten, dass die Europäische Kommission vor einer solchen international-privatrechtlichen Behandlung von Drittstaatengesellschaften gerade zurückschreckte.<sup>91</sup> Ebenfalls zu berücksichtigen ist, dass das *UK* jederzeit (bis zum 31.1.2020) vom Austrittsabkommen hätte zurücktreten können.<sup>92</sup> Dies war jedoch aufgrund der politischen Lage nicht zu erwarten.

Es kommt im Ergebnis somit zur Anwendung der Sitztheorie nach deutschem Recht und zur Umqualifizierung sämtlicher *UK Limited* mit Satzungssitz im *UK*

---

<sup>87</sup> *BGH*, NZG 2003, 531 (532); zustimmend: *Großerichter/Zwirlein-Forschner*, in: BeckOGK-BGB (Fn. 17), IPR Internationales Gesellschaftsrecht – Allgemeiner Teil Internationales Gesellschaftsrecht – Allgemeiner Teil Rn. 19.

<sup>88</sup> *Kainer* (Fn. 52), S. 491.

<sup>89</sup> *Jung*, Anwendung der Gründungstheorie auf Gesellschaften schweizerischen Rechts?, NZG 2008, 681 (684).

<sup>90</sup> Vgl. zum Ganzen: *Kainer* (Fn. 52), S. 491.

<sup>91</sup> *Schollmeyer* (Fn. 15), S. 694 f.

<sup>92</sup> *Ego*, in: MüKo-AktG (Fn. 70), Europäisches Aktienrecht B. Europäische Niederlassung Rn. 25.

und Verwaltungssitz in Deutschland in Personengesellschaften (bzw. e.K.).<sup>93</sup> Vorliegend kommen also die Ergebnisse durch die Anwendung der Sitztheorie einem „harten Brexit“ in Bezug auf Kapitalgesellschaften gleich. Problematisch bleibt, dass die Niederlassungsfreiheit als subjektives Recht zum Zeitpunkt der Eintragungen der Gesellschaften ihres Verwaltungssitzes in Deutschland vorlag.<sup>94</sup>

## 2. Mögliche Einschränkungen der Sitztheorie

Fraglich ist daher, inwieweit die Anwendung der Sitztheorie den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit entspricht und falls nicht, inwieweit und wodurch die Sitztheorie eingeschränkt werden muss. Die haftungsbeschränkten *UK Limited* mit Verwaltungssitz in Deutschland werden durch Umqualifizierung zu persönlich haftenden Personengesellschaften oder Einzelkaufleuten.<sup>95</sup> Hierdurch würde die persönliche Haftung der Gesellschafter ohne deren Zutun und ohne dies vermeiden zu können, aufleben. Zu klären bleibt zum einen, ob dieser Umstand *ex tunc*<sup>96</sup> oder *ex nunc*<sup>97</sup> eintritt. Hierbei handelt es sich um eine rein sachrechtliche Frage, die einer grundsätzlichen Teilbarkeit nicht entgegensteht.<sup>98</sup> Würde die persönliche Haftung *ex tunc* aufleben, so würden die (Alt-) Gesellschafter gemäß § 128 S. 1 HGB (im Falle der Umqualifizierung in eine GbR: § 128 S. 1 HGB analog)<sup>99</sup> persönlich für Altverbindlichkeiten haften.<sup>100</sup> Zum anderen ist umstritten, ob ein vorübergehender Bestandsschutz für bestehende *UK Limiteds* in Betracht kommt.<sup>101</sup> Auch im Falle einer *Limited & Co. KG* würde eine solche Umqualifizierung stattfinden, da auch eine Personengesellschaft persönlich haftende Gesellschafterin einer KG sein

<sup>93</sup> Hierzu unterstützend: *OLG München*, EuZW 2021, 955 Rn. 10 - keine Parteifähigkeit, mangels Rechtsfähigkeit, einer britischen Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland nach dem Brexit.

<sup>94</sup> Vgl. zum Ganzen, im Ergebnis: *Kainer* (Fn. 52), S. 491; *Schollmeyer* (Fn. 15), S. 694 f.; *BGH*, NZG 2021, 702.

<sup>95</sup> *Teichmann/Kainer*, Auswirkungen des Brexit auf das Gesellschaftsrecht, EuZW-Sonderausgabe 1/2020, 14 (19).

<sup>96</sup> *Freitag/Korch*, Gedanken zum Brexit – Mögliche Auswirkungen im Internationalen Gesellschaftsrecht, ZIP 2016, 1361 (1363).

<sup>97</sup> *Weller/Thomale/Benz*, Englische Gesellschaften und Unternehmensinsolvenzen in der Post-Brexit-EU, NJW 2016, 2378 (2381 f.).

<sup>98</sup> *v. Bary/Ziereis*, Rückwirkung in grenzüberschreitenden Sachverhalten: Zwischen Statutenwechsel und ordre public, *RabelsZ* 85, 146 (162).

<sup>99</sup> Folgend wird § 128 S. 1 HGB zitiert, gemeint ist, § 128 S. 1 HGB für die OHG und § 128 S. 1 HGB analog für die GbR.

<sup>100</sup> *Ego*, in: *MüKo-AktG* (Fn. 70), Europäisches Aktienrecht B. Europäische Niederlassungsfreiheit Rn. 20 f; *Reuter*, (Fn. 86), S. 99.

<sup>101</sup> Vgl. im Ergebnis: *Teichmann/Kainer* (Fn. 95), S. 14.



kann.<sup>102</sup> Dies führt zwangsläufig, auch wenn die Komplementärin durch eine UG ersetzt werden würde, im Hinblick auf § 160 Abs. 1 HGB zu einer persönlichen (Nach-)Haftung der Gesellschafter.<sup>103</sup>

Vorerst gilt zu klären, ob der Umstand im Allgemeinen *ex tunc* oder *ex nunc* wirkt. Teilweise wird der Wechsel des Statuts an allgemeine Grundsätze des intertemporalen Rechts angeglichen.<sup>104</sup> Hierbei wird an Art. 220 Abs. 1 EGBGB angeknüpft, worin Übergangsvorschriften zur Neuregelung des internationalen Privatrechts festgehalten werden. So wird im internationalen Familien-, Sachen- oder auch Erbrecht diskutiert und angenommen, dass bei einem Statutenwechsel das neue Statut lediglich „*pro futuro*“ gilt.<sup>105</sup> Es kommt also zu einem Statutenwechsel mit *ex nunc* - Wirkung. Jedoch gilt zu beachten, dass eine dem Art. 220 Abs. 1 EGBGB entsprechende Regelung für das Gesellschaftsrecht gerade nicht getroffen wurde.<sup>106</sup> Ebenfalls ergibt sich aus §§ 128 S. 1, 129 HGB auch eine akzessorische und persönliche Haftung der Gesellschafter für Altschulden der Gesellschaft. Zusätzlich ist zu bedenken, dass durch den Statutenwechsel zur Personengesellschaft<sup>107</sup> die Insolvenzantragspflicht gemäß § 15a Abs. 1 InsO nicht mehr zum Tragen kommt, wodurch ein wichtiger Baustein des Systems des Gläubigerschutzes entfällt.<sup>108</sup> Ebenfalls begünstigend für eine Rückwirkung ist die bewirkte Kontinuität des Rechtsträgers.<sup>109</sup> Somit ist davon auszugehen, dass der Statutenwechsel *ex tunc* wirkt.<sup>110</sup> Hiernach haften die Gesellschafter also für Altverbindlichkeiten.

Fraglich ist, inwieweit dies unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes möglich und ob hierfür eine teleologische Reduktion des § 128 S. 1 HGB erforderlich ist.

#### a) Teleologische Reduktion des § 128 HGB aufgrund anerkannter Grundsätze

In Betracht kommt eine teleologische Reduktion des § 128 S. 1 HGB nach bereits anerkannten Grundsätzen zugunsten der Gesellschafter. Diese könnte

---

<sup>102</sup> OLG Celle, NZG 2012, 667 (667).

<sup>103</sup> Dostal, in: Münchener Anwaltshandbuch: GmbH-Recht, 4. Aufl. 2018, § 26 Rn. 481.

<sup>104</sup> Heß, Intertemporales Privatrecht, 1. Aufl. 1998, S. 237 ff.

<sup>105</sup> Freitag/Korb (Fn. 96), S. 1363.

<sup>106</sup> Mäsch/Gausing/Peters (Fn. 27), S. 53.

<sup>107</sup> Ausgenommen GmbH & Co KG, diese kann in der Konstellation nicht vorliegen.

<sup>108</sup> Freitag/Korb (Fn. 96), S. 1363; vgl. hierzu auch: Hess, Back to the Past: BREXIT und das europäische internationale Privat- und Verfahrensrecht, IPRax 2016, 409 (416).

<sup>109</sup> Teichmann/Kainer (Fn. 95), S. 19.

<sup>110</sup> Mayer/Manz, Der Brexit und seine Folgen auf den Rechtsverkehr zwischen der EU und dem Vereinigte Königreich seit dem 1.1.2021, BB 2021, 451 (452); Ego, in: MüKo-AktG (Fn. 70), Europäisches Aktienrecht B. Europäische Niederlassung Rn. 206.

individualvertraglich oder auch konkludent ausgestaltet sein.<sup>111</sup> Eine vertragliche Reduktion ist im EU-UK TCA aber nicht vereinbart. Es bleibt somit lediglich eine konkludente Reduktionsmöglichkeit. Zwar ist ein Ausschluss, der zwischen Gesellschaftern geschlossen wurde, nur im Innenverhältnis wirksam, § 128 S. 2 HGB, jedoch kann auch eine Vereinbarung mit dem Gläubiger getroffen werden.<sup>112</sup> Möglich ist dies auch stillschweigend, aber nur dann, wenn der Dritte, also der Gläubiger, nach den Umständen des Einzelfalls das Festhalten an der Haftung des Gesellschafters hätte erklären müssen.<sup>113</sup> Von diesem Umstand kann vorliegend nicht ausgegangen werden, da die Gläubiger dieser Gesellschaften nicht damit rechnen konnten, dass die Gesellschafter persönlich für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften würden und es zu einer Umqualifizierung kommen würde.

Anderenfalls bleibt noch der institutionelle Haftungsausschluss wegen kapitalistischer Eigenart (geschlossene Immobilienfonds<sup>114</sup>).<sup>115</sup> Dies wurde durch den *BGH* für jene Gesellschaften mit einem festen Anlegerkreis angenommen, bei welchen von Anfang an das Investmentvolumen vereinbart wurde.<sup>116</sup> Daraus lässt sich schließen, dass die Beteiligung an diesen Fonds lediglich einer Kapitalanlage gleicht, weshalb die Vertragspartner nicht treuwidrig, unangemessen oder überraschend benachteiligt wurden.<sup>117</sup> Hiervon kann aber bei einer *UK Limited* nicht ausgegangen werden, da diese nicht als geschlossener Fonds auftritt, sondern als allgemein werbend tätige Gesellschaft. Eine ausreichend vergleichbare Position liegt also nicht vor.<sup>118</sup>

Somit ist ein sich aus einer teleologischen Reduktion nach anerkannten Grundsätzen ergebenden Haftungsausschluss nicht möglich, da der Schutzvorschrift des § 128 S.1 HGB nicht ausreichend Genüge getan würde.

#### *b) Vertrauensschutz für Neugesellschaften*

Es könnte ein Vertrauensschutz für Neugesellschaften in Frage kommen. Wie Neugesellschaften zu definieren sind, ist umstritten. Teilweise wird an

---

<sup>111</sup> Vgl. *Nazari-Khanachayi*, Gesellschaftsrechtliche Folgen des Brexit: Zum Problem der drohenden persönlichen und unbeschränkten Haftung der Gesellschafter für „Altverbindlichkeiten“, WM 2017, 2371 (2375).

<sup>112</sup> *BGH*, BB 1971, 975 ff.

<sup>113</sup> *Roth*, in: Baumbach/Hopt, 40. Aufl. 2020, § 128 Rn. 38.

<sup>114</sup> *BGH*, NJW 2002, 1642 ff.

<sup>115</sup> Vgl. *Nazari-Khanachayi* (Fn. 111), S. 2376.

<sup>116</sup> *BGHZ* 150, 1 (4).

<sup>117</sup> Vgl. zum Ganzen: *Nazari-Khanachayi* (Fn. 111), S. 2376.

<sup>118</sup> a.A.: *Nazari-Khanachayi* (Fn. 111), S. 2376.

Gesellschaften angeknüpft, die nach dem Referendum gegründet bzw. ihren Verwaltungssitz nach Deutschland verlegt haben.<sup>119</sup> Andernfalls kann an den 31.1.2020 oder an den Ablauf der Übergangsfrist, am 31.12.2020 angeknüpft werden.<sup>120</sup> Neugesellschaften sind in diesem Zusammenhang solche, die nach dem Inkrafttreten des Austrittsabkommens gegründet wurden, bzw. dann ihren Verwaltungssitz nach Deutschland verlegt haben. Der Übergangszeitraum ist hierfür nicht relevant, da zu diesem Zeitpunkt bereits klar war, dass das UK kein Mitglied der EU und somit auch das Primär- und Sekundärrecht nicht mehr anwendbar sein würde. Vor dem 31.1.2020 hätte das UK jederzeit einseitig den Rücktritt des Austritts bekanntgeben können. Danach besteht kein schutzwürdiges Interesse der Gesellschafter mehr, da auch mit einem „harten Brexit“ zu rechnen war. Somit sind als Neugesellschaften diejenigen zu betrachten, die ihren Verwaltungssitz nach dem 31.1.2020 nach Deutschland verlegt haben. Diese Gesellschaften des UK waren zu keinem Zeitpunkt durch die Niederlassungsfreiheit aus Artt. 49, 54 AEUV geschützt und können somit kein solches Vertrauen genießen. Insofern kann für Neugesellschaften kein Vertrauensschutz bestehen.

*c) Vertrauensschutz für Altgesellschaften*

Möglich wäre aber ein Vertrauensschutz zugunsten der Altgesellschaften. Altgesellschaften sind solche Gesellschaften des UK, die vor dem Inkrafttreten des Austrittsabkommens schon bestanden und ihren Verwaltungssitz bereits davor nach Deutschland verlegt hatten. Diese Gesellschaften haben das Recht auf Niederlassungsfreiheit innerhalb der Union genossen. Somit könnte ihnen zumindest in Bezug auf die Anwendung von § 128 S. 1 HGB, also dem Nichtbestehen der rückwirkenden persönlichen Haftung, ein Vertrauensschutz zustehen.

*aa) Vertrauensschutz aus europäischem Recht*

Ein solcher Vertrauensschutz könnte sich aus dem Primär- oder Sekundärrecht ergeben. In Betracht kommt hier der mögliche Fortbestand der Artt. 49, 54 AEUV. Fraglich ist, ob diese auch nach dem Austritt eines EU-Mitgliedsstaats ihre Wirkung, zumindest als Vertrauensschutz, entfalten. Maßstab ist Art. 50 EUV, die Möglichkeit des Austritts aus der Union. Lässt dieser einen Vertrauensschutz zu oder bestimmt einen solchen, so kann ein schutzwürdiges Vertrauen der Gesellschaften bestehen. Art. 50 Abs. 3 EUV gibt

---

<sup>119</sup> *Weller/Thomale/Zwirlein*, Brexit: Statutenwechsel und Acqis communautaire, ZEuP 2018, 892 (903).

<sup>120</sup> *Ebd.*

jedoch vor, dass nach Inkrafttreten des Austrittsabkommens sämtliche Verträge auf den Austrittsstaat keine Anwendung mehr finden. Hieraus ergibt sich, dass die Grundrechte der EU sowie deren Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit nicht mehr anwendbar sind, sodass sich daraus auch kein Vertrauensschutz ergeben kann.<sup>121</sup> Auch ergibt sich aus dem EU-UK TCA kein Tatbestand, der ein auf Artt. 49, 54 AEUV basierenden Vertrauensschutz rechtfertigt.<sup>122</sup> Ein europäischer Vertrauensschutz ist somit nicht ersichtlich.

bb) Vertrauensschutz aus deutschem Recht

Es könnte sich jedoch aus dem deutschen Recht ein Vertrauensschutz ergeben, der zugunsten der Kapitalgesellschaften des UK gilt.

(1) Einfachgesetzlicher Vertrauensschutz

Ein Fortbestehen der *UK Limited* mit Verwaltungssitz in Deutschland könnte sich bereits aus einfachgesetzlichen Regelungen ergeben. Entwickeln könnte sich dieser aus dem Rechtsgedanken des Art. 7 Abs. 2 EGBGB. Danach wird die Rechts- und Geschäftsfähigkeit natürlicher Personen nach dem Recht ihrer Staatsangehörigkeit beurteilt. Absatz 2 bestimmt, dass diese Fähigkeit durch Wohnsitzwechsel in den Wirkungsgrad eines anderen Statuts nicht beeinträchtigt wird. Wer zum Beispiel als Deutscher mit Vollendung des 18. Lebensjahres voll geschäftsfähig geworden ist (§ 2 BGB), wird nicht wieder in die rechtsfähige Position eines Minderjährigen zurückgestuft, wenn er eine andere Staatsbürgerschaft erhält und nach dessen Rechtsordnung erst im Alter von 21 Jahren die Volljährigkeit erlangt.<sup>123</sup> Eine Anwendung des Art. 7 EGBGB kann jedoch, auch analog, nicht angenommen werden, da Art. 7 EGBGB ausschließlich und ganz bewusst nur von der Rechts- und Geschäftsfähigkeit natürlicher Personen spricht und somit nicht auf juristische Personen angewandt werden kann.<sup>124</sup> Angedacht wird aber ein Rückgriff auf den Rechtsgedanken des Absatz 2 im Fall des Brexits, bei welchem zwar bewusst nicht von juristischen Personen gesprochen wurde, dies jedoch kein Verbot darstellt.<sup>125</sup> Diesem kann ohne Rechtsgrundlage einfachgesetzlich nicht gefolgt werden, da eine analoge Anwendung aus genannten Gründen ausscheidet. Somit scheidet eine

---

<sup>121</sup> *Grzeszick/Verse* (Fn. 43), S. 1132.

<sup>122</sup> *Ebd.*

<sup>123</sup> *Mäsch/Gausing/Peters* (Fn. 27), S. 54.

<sup>124</sup> *Lipp*, in: MüKo-BGB XII, 8. Aufl. 2020, EGBGB Art. 7 Rn. 1; *Mäsch*, in: BeckOK-BGB (Fn. 72), EGBGB Art. 7 Rn. 2.

<sup>125</sup> *Mäsch/Gausing/Peters* (Fn. 27), S. 55.

Anwendung des Art. 7 Abs. 2 EGBGB (analog) und auch dessen Rechtsgedankens ohne Rechtsgrundlage.

(2) Verfassungsrechtlicher Vertrauensschutz

Schließlich kommt ein verfassungsrechtlicher Vertrauensschutz in Betracht. Dieser besteht dann, wenn ein Vertrauenstatbestand, welcher Rechtssicherheit gewährt, nachträglich durch ein neues Gesetz verändert wird.<sup>126</sup> Ein solcher Eingriff wird als Rückwirkung bezeichnet. Diese Rückwirkung muss aber mit dem allgemeinen Rechtsstaatsprinzip vereinbar sein, ein Verbot einer solchen ergibt sich also aus Art. 20 Abs 3 GG.<sup>127</sup>

(a) Vorliegen einer die Rückwirkung begründenden Gesetzesänderung

Es müsste sich um eine Gesetzesänderung des deutschen Gesetzgebers handeln. Vorliegend hat jedoch nicht der deutsche Gesetzgeber gehandelt, sondern der des UK, indem der Austritt aus der EU beschlossen wurde. Fraglich ist aber, ob die Bundesrepublik eine Mitverantwortung aufgrund des geschaffenen Vertrauenstatbestands trägt. Der Tatbestand, an den hier angeknüpft wird, muss nicht zwingend aus einem vom deutschen Gesetzgeber verabschiedeten Gesetz resultieren, sondern kann auch durch dessen Verhalten und Mitverantwortung entstehen.<sup>128</sup> In Betracht kommt hierfür die aus der EU-Mitgliedschaft resultierende Möglichkeit, dass sich Gesellschaften anderer Mitgliedsländer in Deutschland niederlassen.<sup>129</sup> Auch gilt zu berücksichtigen, dass diese Niederlassungsfreiheit gebilligt und bis zum 31.12.2020 auch angewandt wurde. Vorliegend geht es also um die „Verlässlichkeit der Rechtsordnung“<sup>130,131</sup> „Der Gesetzgeber ist [...] bei der Aufhebung oder Modifizierung geschützter Rechtspositionen, auch wenn der Eingriff verfassungsrechtlich zulässig ist, auf Grund des rechtsstaatlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit verpflichtet, eine angemessene Übergangsregelung zu treffen.“<sup>132</sup> Die hier geschützte Rechtsposition ist die Niederlassungsfreiheit der britischen Kapitalgesellschaften. Zwar ist der deutsche Gesetzgeber nicht unmittelbar verantwortlich für die Änderung der Rechtslage, jedoch hätte er bei einem so

---

<sup>126</sup> BVerfG, NVwZ 2013, 1004 ff.

<sup>127</sup> Vgl. Grzeszick/Verse (Fn. 43), S. 1132.

<sup>128</sup> Ebd., S. 1133.

<sup>129</sup> Ebd.

<sup>130</sup> BVerfG, NVwZ 2013, 1004 (1005).

<sup>131</sup> Jarass, in: Jarass/Pieroth, 16. Aufl. 2020, Art. 20 Rn. 95.

<sup>132</sup> BVerfGE 58, 300 (351); vgl. auch BVerfG, NVwZ 2017, 1111 (1124).

gewichtigen Eingriff tätig werden und zumindest eine Übergangslösung schaffen müssen.

Von dem deutschen Gesetzgeber wurde allerdings eine Regelung zugunsten der betroffenen Gesellschaften und Gesellschafter getroffen. So wurde der § 122m UmwG mit Wirkung zum 1.1.2019 eingeführt, der die grenzüberschreitende Verschmelzung von Gesellschaften mit Satzungssitz im UK ermöglicht.<sup>133</sup> Nach dieser Norm hätten Gesellschaften aus dem UK bis spätestens zum 31.12.2020 einen Verschmelzungsvertrag notariell beurkunden lassen müssen und würden dann für zwei Jahre oder bis zum Ende des Verschmelzungsvorgangs Bestandsschutz genießen. Diese Regelung müsste aber dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen. Damit die gewünschte Rechtsfolge des § 122m UmwG eintreten kann, müssen neben diesen Voraussetzungen auch die §§ 122a ff. UmwG erfüllt werden. So ist eine Verschmelzungsbescheinigung, § 122l Abs. 1 S. 2 UmwG, mit der Anmeldung einzureichen, die nicht älter als 6 Monate sein darf.<sup>134</sup> Diese muss aufgrund der durch die Umsetzungsvorschriften des Vereinigten Königreichs zu Art. 127 der GesR-RL von der für die übertragende Gesellschaft zuständigen Stelle im Vereinigten Königreich ausgestellt werden.<sup>135</sup> Problematisch wird dies dadurch, dass das englische *Companies House* sich standhaft weigert, den grenzüberschreitenden Formwechsel einzutragen, wie ein Schreiben<sup>136</sup> vom 8.2.2017 aufzeigt.<sup>137</sup> In diesem Schreiben spricht das *Companies House* davon, dass das UK eine Verschmelzung aus dem UK heraus ohne deren Auflösung nicht zulässt.<sup>138</sup> Hierbei ignoriert das *Companies House* die Rechtsprechung des *EuGH*.<sup>139</sup> Zusätzlich zu dieser Aussage ist das UK nach dem Austritt aus der Union nicht mehr an die Gesellschaftsrechtsrichtlinie gebunden und muss und wird somit auch nach dem 1.1.2021 keine Verschmelzungsbescheinigungen mehr ausstellen.<sup>140</sup> Die Wirkung des § 122m UmwG hält sich somit in Grenzen, da die

<sup>133</sup> BGBl. I 2018, S. 2694.

<sup>134</sup> Klett, in: Habersack/Wicke, 2. Aufl. 2021, § 122l Rn. 23.

<sup>135</sup> Drinhausen, in: Semler/Stengel/Leonard, 5. Aufl. 2021, § 122m Rn. 6.

<sup>136</sup> Schreiben des *Companies House* v. 8.2.2017, abrufbar unter: [https://www.heckschen-vandelloo.de/cdn/user\\_upload/content/pdf/rechtsprechung/schreiben-companies-house-08-02-2017.pdf](https://www.heckschen-vandelloo.de/cdn/user_upload/content/pdf/rechtsprechung/schreiben-companies-house-08-02-2017.pdf) (zuletzt aufgerufen am 10.6.2022).

<sup>137</sup> Heckschen, Der Brexit und ausgewählte gesellschaftsrechtsrechtliche Fragen aus deutscher Sicht, NotBZ 2017, 401 (404).

<sup>138</sup> Übersetzt aus dem Englischen, im Original: „The UK does not have procedures in place to allow transfers of companies out of England and Wales (or Scotland or Northern Ireland) without the company dissolving[...].“

<sup>139</sup> Heckschen, in: Widmann/Mayer (Fn. 9), § 122m Rn. 7.

<sup>140</sup> Vgl. Schmidt (Fn. 15), S. 237, Rn. 48, 53.

Mühen einer Verschmelzung wegen der Versagung der Bescheinigung durch das *Companies House* ins Leere laufen werden. Selbst wenn man § 122m UmwG so auslegen würde, dass ein Verschmelzungsbescheinigung nicht nötig wäre, so würde eine *UK Limited* im UK weiter als solche bestehen und in Deutschland dagegen beispielsweise als GmbH. Eine solche Rechtsunsicherheit kann nicht gewollt sein, folglich ist eine solche Auslegung nicht zulässig<sup>141</sup> (sog. Statutenverdopplung)<sup>142</sup>. Die durch den deutschen Gesetzgeber verabschiedete Regelung des § 122m UmwG im 4. UmwÄndG läuft, mangels Zusammenarbeit der britischen Behörden und mangels europäischen Zwanges, praktisch leer.<sup>143</sup> Hätte eine *UK Limited* mit Verwaltungssitz in Deutschland einen solchen, den Voraussetzungen des § 122m UmwG entsprechenden, notariellen Vertrag bereits vor dem 31.12.2020 beurkundet, so würde nach Ablauf der Zweijahresfrist mangels Nachreichung der Verschmelzungsbescheinigung die Verschmelzung fehlschlagen. Somit würde es zwangsläufig zur Umqualifizierung der Gesellschaft in eine Personengesellschaft (oder e. K.) kommen und den Gesellschaftern wäre vorübergehend, jedoch maximal für zwei Jahre, geholfen. Im Anschluss würden dann ohne eine zufriedenstellende Verhinderungsmöglichkeit dieselben Rechtsfolgen eintreten.

Hieraus folgt, dass die durch den deutschen Gesetzgeber getroffenen Regelungen nicht ausreichen, um die schwerwiegenden, aus dem Wegfall der Niederlassungsfreiheit resultierenden Folgen zu vermeiden. Zwar ist dem deutschen Gesetzgeber ein Entscheidungsspielraum gegeben, inwieweit die Übergangsvorschrift die Rechtsfolgen abmildert, bzw. wie die Vorschrift wirkt.<sup>144</sup> Jedoch kann eine ins Leere laufende Vorschrift nicht genügen, da alternative Regelungen hätten getroffen werden müssen. Es ist also keine der Verhältnismäßigkeit genügenden Gegenmaßnahme getroffen worden.

(b) Bestehen einer solchen Rückwirkung

Da dem deutschen Gesetzgeber zumindest eine Mitverantwortung unterstellt werden kann, gilt es zwischen einer echten und unechten Rückwirkung zu unterscheiden.<sup>145</sup> Eine echte Rückwirkung liegt vor, soweit in bereits abgeschlossene Tatbestände eingegriffen wird, die also der Vergangenheit angehören und es sich um eine Rückwirkung von Rechtsfolgen handelt.<sup>146</sup>

---

<sup>141</sup> Vgl. *Schmidt* (Fn. 15), S. 237 Rn. 54.

<sup>142</sup> Vgl. *Ebd.*, S. 231 Rn. 11.

<sup>143</sup> Vgl. *Ebd.*, S. 237 Rn. 55.

<sup>144</sup> BVerfGE 76, 256 (259); *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth* (Fn. 131), Art. 20 Rn. 108.

<sup>145</sup> BVerfGE 11, 139 (145 f.); *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig*, 94. EL 2021, Art. 20 Rn. 76.

<sup>146</sup> BVerfGE 127, 1 (16 f.).

„Soweit belastende Rechtsfolgen einer Norm erst nach ihrer Verkündung eintreten, tatbestandlich aber von einem bereits ins Werk gesetzten Sachverhalt ausgelöst werden, liegt eine ‚unechte‘ Rückwirkung vor.“<sup>147</sup> Es ist somit entscheidend, zu welchem Zeitpunkt die Änderung ihre Wirkung entfaltet.

(aa) Abgeschlossene Tatbestände

Der Statutenwechsel tritt, aus genannten Gründen, *ex tunc* in Kraft. Es wären also auch Altverbindlichkeiten von dem Eingriff betroffen. Altverbindlichkeiten sind als bereits abgeschlossene Sachverhalte zu verstehen, in die nachträglich eingegriffen wird.<sup>148</sup> In diesem Bezug handelt es sich also um eine echte Rückwirkung.<sup>149</sup> Fraglich ist, wie diese zu behandeln ist.

Echte Rückwirkungen sind grundsätzlich unzulässig.<sup>150</sup> Dies ergibt sich aus dem besonders schutzwürdigen Interesse des Bürgers auf Fortbestand bereits abgewickelter Tatbestände ebenso wie aus dem Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG.<sup>151</sup> Jedoch kann zur Vermeidung der Ankündigungseffekte bei einer echten Rückwirkung ein den Vertrauensschutz ausnahmsweise überwiegender Tatbestand vorliegen, soweit ein zwingender Grund des Allgemeinwohls diesen rechtfertigt.<sup>152</sup> Hierfür wurden mehrere Fallgruppen entwickelt, bei deren Vorliegen der einschlägigen Voraussetzungen eine echte Rückwirkung zulässig wird.

Der einzig in Frage kommende Tatbestand besteht, soweit der betroffene Kreis, also alle Gesellschafter der *UK Limited*, damit rechnen mussten, dass eine Änderung bevorsteht, bzw. diese rückwirkend in Kraft tritt.<sup>153</sup> Vorliegend könnte man den Gesellschaftern der Kapitalgesellschaften des *UK* unterstellen, dass diese mit dem Wegfall der Niederlassungsfreiheit und dem damit verbundenen Haftungsschutz hätten rechnen müssen. Dem kann entgegengehalten werden, dass es zwar möglich gewesen war, dass diese Rechtsfolge eintreten würde, jedoch wurden die betroffenen Gesellschafter in dem Vertrauen gestärkt, dass eine, zumindest rückwirkende Rechtsfolge, nicht eintreten wird, da die Niederlassungsfreiheit innerhalb des Übergangszeitraums von der EU bestätigt wurde. Dies hat das Vertrauen geweckt und auch aufrechterhalten, dass

<sup>147</sup> *BFH*, DStR 2012, 1914 (1916).

<sup>148</sup> *Mäsch/Gausing/Peters* (Fn. 27), S. 54.

<sup>149</sup> Vgl. im Ergebnis: *Grzeszick/Verse* (Fn. 43), S. 1134.

<sup>150</sup> BVerfGE 13, 261 (271); 25, 371 (403); 30, 367 (385 f.); *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Fn. 145), Art. 20 Rn. 80.

<sup>151</sup> *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Fn. 145), Art. 20 Rn. 80.

<sup>152</sup> *Ebd.*, Rn. 82.

<sup>153</sup> Vgl. etwa BVerfGE 13, 261 (272).



zumindest die bis zum 31.12.2020 abgeschlossenen Geschäfte noch von der Durchgriffshaftung ausgenommen und somit geschützt seien.<sup>154</sup> Die betroffenen Gesellschafter mussten also nicht davon ausgehen, dass auch in die bereits abgeschlossenen Tatbestände eingegriffen wird.

Es liegt also eine unzulässige echte Rückwirkung in die bereits zum 31.12.2020 abgeschlossenen Sachverhalte vor.

(bb) Offene und nachfolgende Tatbestände

Überdies können auch noch offene Tatbestände vorliegen. Diese sind Rechtsverhältnisse, die nach altem Sachrecht begründet und unter dem neuen Statut wirksam fortbestehen.<sup>155</sup> Hierbei entscheidet das neue Statut auch darüber, ob und inwieweit das Unternehmen die bisher verwirklichten Ansätze anerkennt.<sup>156</sup> Damit sind also Sachverhalte angesprochen, die nicht zum 31.12.2020 abgeschlossen, davor aber bereits begründet waren. Hierbei handelt es sich um eine unechte Rückwirkung, da belastende Rechtsfolgen erst nach ihrer Verkündung eintreten, tatbestandlich aber von einem bereits ins Werk gesetzten Sachverhalt ausgelöst wurden.<sup>157</sup> Die aus der Umqualifizierung resultierenden Rechtsfolgen treten also *ex nunc* ein. Somit sind hiervon offene und nachfolgende Sachverhalte, also solche die erst seit dem 1.1.2021 abgeschlossen wurden, betroffen.

Ein solcher Eingriff wird als grundsätzlich zulässig angesehen.<sup>158</sup> Unzulässig ist er dann, wenn infolge einer Abwägung zwischen dem Vertrauensschutz des Einzelnen und dem Wohl der Allgemeinheit das Vertrauen des Einzelnen, hier also der Gesellschafter, überwiegt.<sup>159</sup> Durch die Umqualifizierung der Gesellschaften wird bei den Gesellschaftern der *UK Limited* in die Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG, und die Vereinigungsfreiheit, Art. 9 Abs. 1 GG, eingegriffen; zudem wird die Eigentumsgarantie, Art. 14 Abs. 1 GG berührt. Im Falle der Deutschengrundrechte aus Art. 12 GG und Art. 9 GG wird darauf hingewiesen, dass es sich bei den betroffenen Gesellschaftern um Deutsche (Art. 116 Abs. 1 GG) oder Unionsbürger:innen (dann in Verbindung mit

---

<sup>154</sup> Zur Vertrauensbestätigung: *Schwarz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 1. Aufl. 2002, S. 307 f.

<sup>155</sup> *Mäsch/Gausing/Peters* (Fn. 27), S. 54.

<sup>156</sup> *Thorn/Hoffmann*, in: Hoffmann/Thorn, 9. Aufl. 2007, § 5 Rn. 105.

<sup>157</sup> *Grzeszick/Verse* (Fn. 43), S. 1134.

<sup>158</sup> BVerfGE 30, 392 (404); 63, 152 (175); 72, 141 (154); *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Fn. 145), Art. 20, Rn. 88.

<sup>159</sup> *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Fn. 145), Art. 20 Rn. 89 ff.; vgl. auch: *Schwarz* (Fn. 154), S. 310 ff.

Art. 18 AEUV) handeln muss, da Angehörige anderer Staaten bei diesen Grundrechten ausschließlich durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützt sind.<sup>160</sup> Es gilt hierbei zu berücksichtigen, dass über den gesamten Austrittszeitraum hinweg der Abschluss eines Austrittsabkommens angestrebt wurde.<sup>161</sup> Gleichzeitig war aber auch während des kompletten Verhandlungszeitraums ein „harter“ Brexit nicht endgültig auszuschließen.<sup>162</sup>

Wiegt man die Grundrechte der Gesellschafter nun gegen das Gemeinwohlinteresse ab, so sind letztendlich die Gesellschafts- und Gesellschafterinteressen den Gläubigerinteressen, unter Berücksichtigung der Abreitnehmerinteressen der einzelnen Gesellschaften gegenüberzustellen.<sup>163</sup>

Problematisch ist hierbei, dass durch den Austritt des UK aus der EU sämtliche Regelungen, die sich aus der Gesellschaftsrichtlinie ergeben, einseitig vom UK abgeändert werden können.<sup>164</sup> So ist langfristig von einer Gläubigergefährdung auszugehen, die mit einer UK Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland Geschäfte betreiben. Dies wird auch dadurch bestärkt, dass das UK nicht mehr der gerichtlichen Kontrolle des *EuGH* untersteht, wodurch die Gläubiger ebenfalls benachteiligt werden.

Andererseits gilt zu beachten, dass für die Gesellschafter nicht absehbar war, dass eine Niederlassungsfreiheit in einem Handelsabkommen nicht vereinbart werden würde, soweit ein solches zustande kommt. Jedoch muss spätestens mit Inkrafttreten des Abkommens deutlich und erkennbar geworden sein, welche Rechtsfolgen den Kapitalgesellschaften mit Satzungssitz im UK und Verwaltungssitz in Deutschland droht.

Somit überwiegen das Gläubigerinteresse und das Allgemeininteresse die Grundrechte der Gesellschafter. Die unechte Rückwirkung ist somit zulässig, auch wenn der Gesetzgeber keinen ausreichenden Schutz ermöglicht hat.

### (c) Rechtsfolgen der Rückwirkungen

Es liegt also sowohl eine echte Rückwirkung in Bezug auf die abgeschlossenen Tatbestände vor als auch eine unechte Rückwirkung für offene und nachfolgende

---

<sup>160</sup> Nach a.A. wird Art. 2 I GG auch für Unionsbürger:innen materiell mit dem besonderen Gehalt des Deutschen-Grundrechts angereichert (Vgl. hierzu *Vedder/Lorenzmeier/Wendel* in: v. Münch/Kunig, 7. Aufl. 2021, Art. 116 GG Rn. 27.).

<sup>161</sup> *Grzeszick/Verse* (Fn. 43), S. 1135.

<sup>162</sup> *Ebd.*, S. 1129.

<sup>163</sup> *Ebd.*, S. 1135; zustimmend auch: v. Bary/Ziereis (Fn. 98), S. 162 f.

<sup>164</sup> **B. III. 1.**

Tatbestände. Die unechte Rückwirkung ist zulässig und zieht somit keine Konsequenzen nach sich. Die echte Rückwirkung wiederum ist unzulässig, da hierdurch ungerechtfertigter Weise in Tatbestände eingegriffen wird, die bereits abgeschlossen sind. Hierfür hätte der Gesetzgeber eine angemessene Regelung treffen müssen, die die Gesellschafter schützt.

Somit ist vor einem verfassungsrechtlichen Hintergrund davon auszugehen, dass § 128 S. 1 HGB insoweit teleologisch reduziert werden muss, als dass für Verbindlichkeiten, die zum 31.12.2020 abgeschlossen waren, keine persönliche Haftung der Gesellschafter auflebt. Für sämtliche andere Verbindlichkeiten lebt die persönliche Haftung des § 128 S. 1 HGB dagegen auf. Vergleichbar ist diese Wirkung mit der Grundregel des intertemporalen Rechts.<sup>165</sup> Zwar ist dieses Institut hier mangels Eröffnung des Anwendungsbereichs nicht direkt anzuwenden,<sup>166</sup> jedoch ist dessen Rechtsgedanke hier durchaus passend.

Ein vorübergehender Vertrauensschutz, bzw. Bestandsschutz der Gesellschaften ist wiederum nicht zu erwarten, da hierfür die Einwirkung in die Grundrechte zu gering sind und der Gläubigerschutz, auch im Hinblick auf § 15 Abs. 1 InsO, nicht ausreichend gewahrt wäre. Zusätzlich gilt zu berücksichtigen, dass der Vertrauensschutz es gerade nicht gebietet, eine bestimmte begünstigende Rechtslage zu bewahren, um den Begünstigten „vor jeglicher Enttäuschung [...] [der] Erwartung“<sup>167</sup> zu schützen.<sup>168</sup>

### C. Fazit und Ausblick

Im Ergebnis lässt sich mithin festhalten, dass sich eine nach dem Recht des *UK* gegründete *UK Limited* mit Verwaltungssitz in Deutschland seit dem 1.1.2021 nicht mehr auf die Niederlassungsfreiheit gemäß Artt. 49, 54 AEUV berufen kann und sich auch aus dem *EU-UK TCA* kein Recht auf Niederlassungsfreiheit ergibt. Demnach ist für die *UK Limited* mit Verwaltungssitz in Deutschland die Sitztheorie anzuwenden.

Hierdurch kommt es zur Umqualifizierung der bestehenden *UK Limited* mit Verwaltungssitz in Deutschland. Diese sind seit dem 1.1.2021 als Personengesellschaften, also als GbR oder als OHG anzusehen. Sollte es sich bei der *UK Limited* um eine Ein-Personen-Limited gehandelt haben, so ist diese als

---

<sup>165</sup> *Neubaus*, Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts, 2. Aufl. 1976, S. 298.

<sup>166</sup> **B. III. 2.**

<sup>167</sup> *Robbers*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz VII, 139. EL 2009, Art. 20 Abs. 1 Rn. 2569.

<sup>168</sup> BVerfGE 76, 256, (349 f.).

Einzelkaufmann zu qualifizieren. Auch bei einer Limited & Co KG wird die Komplementärin also zur OHG, bzw. GbR umqualifiziert oder durch einen Einzelkaufmann ersetzt. Handelt es sich bei der Limited & Co KG um eine Ein-Personen-Limited, bei welcher der Gesellschafter der Limited dem alleinigen Kommanditisten entspricht, so wird die KG aufgelöst und dem Gesellschafter zugerechnet, da dieser sonst – insoweit nicht zulässig – zugleich alleiniger Komplementär und Kommanditist wäre.

Hierdurch lebt die persönliche Haftung der Gesellschafter auf, wodurch diese auch für Altverbindlichkeiten haften müssten. Hierbei ist davon auszugehen, dass ein temporaler Vertrauensschutz mit Fortbestand den Gesellschaftern nicht gewährt werden kann. Die Grundrechte der Gesellschafter überwiegen nicht gegenüber dem Allgemeininteresse und dem Gläubigerschutz.

Zugleich gilt festzuhalten, dass der Gesetzgeber mit § 122m UmwG keine dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügende Übergangslösung geschaffen hat. Diese läuft mangels Zusammenarbeit mit dem britischen *Companies House* in Bezug auf die Ausstellung der Verschmelzungsbescheinigung leer.

Im Fall der persönlichen Haftung der Altverbindlichkeiten gilt jedoch festzuhalten, dass nach Vertrauensschutzgrundsätzen für die Gesellschafter eine solche Rückwirkung unzulässig und unzureichend ist. Mangels tauglicher Rechtsgrundlage ist hierbei, im Hinblick auf den Rechtsgedanken des einfachen intertemporalen Rechts, eine teleologische Reduktion des § 128 S. 1 HGB vorzunehmen.

Es bleibt im Allgemeinen also abzuwarten, wie sich der *BGH* in dieser konkreten Frage der Anerkennung und der Haftung der *UK Limited* mit Verwaltungssitz in Deutschland äußert. Hierzu hat der *BGH*<sup>169</sup> im Jahr 2021 zwar bereits festgestellt, dass sich eine britische *Limited* mit Verwaltungssitz in Deutschland nicht weiter auf die Niederlassungsfreiheit gemäß Artt. 49, 54 AEUV berufen kann, wobei er sich nach dem intertemporalen Grundsatz der *ex temporis actus*<sup>170</sup> auf das geltende Recht während des Revisionsverfahrens stützte,<sup>171</sup> jedoch ging er nicht weiter auf das *EU-UK TCA* ein. Auch die darauffolgende Entscheidung des *OLG München*,<sup>172</sup> das einer solchen Gesellschaft die Prozessfähigkeit aberkannte, lässt

---

<sup>169</sup> *BGH*, NZG 2021, 692 ff.

<sup>170</sup> Siehe hierzu *Heß* (Fn. 104), S. 336.

<sup>171</sup> *Zwirlein-Forschner* (Fn. 60), S. 362.

<sup>172</sup> *OLG München*, EuZW 2021, 955 ff.

offen, inwieweit eine teleologische Reduktion des § 128 S. 1 HGB angemessen ist.

Gleichzeitig ist abzuwarten, ob der deutsche Gesetzgeber den § 122m UmwG nachbessert, oder ob, vergleichbar mit den Grundsätzen des intertemporalen Rechts, eine Änderung zumindest der klarstellenden Wirkung der Haftung für Altverbindlichkeiten gesetzlich verankert wird.

**Anna-Sophia Weber\***

## **Die rechtlichen Regelungen der Beschneidung im Lichte des Verfassungsrechts**

### **Abstract**

In einem Urteil vom 7.5.2012 sah das *LG Köln* die medizinisch nicht indizierte Beschneidung eines Jungen als Körperverletzung gemäß § 223 StGB an. Dies nahm der Gesetzgeber zum Anlass, die Beschneidung männlicher Kinder gesetzlich zu regeln. Gemäß dem noch im Jahr 2012 eingeführten § 1631d BGB sind die Eltern rechtlich befugt, in die Beschneidung ihres Kindes einzuwilligen. Die medizinisch nicht notwendige Beschneidung eines Kindes ist somit unter bestimmten Voraussetzungen zulässig.

Dieser Beitrag beurteilt die Verfassungsmäßigkeit des § 1631d BGB. Es wird kritisch hinterfragt, inwiefern der Gesetzgeber mit der Regelung den Schutz der Rechte des Kindes und die Rechte der Eltern vor dem Hintergrund der religiösen Bedeutung der Beschneidung miteinander in Ausgleich bringen konnte.

Zudem wird ein Vergleich mit der Beschneidung weiblicher Genitalien vorgenommen, die gemäß § 226a StGB verboten ist.

---

\* Die Verfasserin studiert im sechsten Fachsemester Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Der vorliegende Beitrag war Teil des Seminars „Wie zukunftsfähig ist das Religionsverfassungsrecht des Grundgesetzes?“ im Sommersemester 2021 bei Prof. *Dr. Ute Mager*. Ihr gilt besonderer Dank für das lehrreiche Seminar. Für die freundliche Unterstützung im Vorfeld der Veröffentlichung ist stud. iur. *Lan Tran* sehr zu danken, die den Beitrag redaktionell betreut hat.

### A. Problemaufriss: § 1631d BGB – „Bizarre Missachtung kindlicher Rechte“<sup>1</sup> oder gelungene Lösung eines komplexen Problems?

Konventionen, Moralvorstellungen und religiöse Überzeugungen werden von Zeit zu Zeit hinterfragt. Die Diskussion über bestimmte Glaubenssätze hat oftmals heftige Kontroversen herbeigeführt. Manchmal hat es Jahrhunderte gedauert, bis Änderungen in der Gesellschaft eingetreten sind. Einen ersten Anstoß für eine gesellschaftliche und rechtliche Veränderung im Bereich religiöser Beschneidungen gab *Holm Putzke* im Jahr 2008.

Mit seinem Beitrag in der Festschrift für *Rolf Dietrich Herzberg* hat *Putzke* eine Diskussion in juristischen Kreisen angeregt,<sup>2</sup> die im Jahre 2012 ihren bisherigen Höhepunkt erreichen sollte.<sup>3</sup> Sowohl *Putzke* in seinem Aufsatz von 2008 als auch das *LG Köln* in einem Urteil<sup>4</sup> aus dem Jahr 2012 erachteten die medizinisch nicht erforderliche Beschneidung eines minderjährigen Jungen mit Einwilligung der Eltern als eine Körperverletzung i. S. d. § 223 StGB. Das Urteil des Landgerichts gab den Anstoß zu einer öffentlichen Debatte, die zur Einführung des Gesetzes über den Umfang der Personensorge bei der Beschneidung des männlichen Kindes gemäß § 1631d BGB führte. Mit diesem Gesetz war die Debatte allerdings nicht beendet: So kritisierte *Putzke* die gesetzliche Regelung als eine „bizarre Missachtung kindlicher Rechte“<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> *Putzke* im Interview, Tagesspiegel v. 29.9.2012, abrufbar unter: <https://www.tagesspiegel.de/politik/beschneidungsdebatte-bizarre-missachtung-kindlicher-rechte/7195488.html> (zuletzt abgerufen am 22.6.2022).

<sup>2</sup> *Putzke*, Die strafrechtliche Relevanz der Beschneidung von Knaben, in: FS Herzberg, 2008, S. 669 ff.

<sup>3</sup> *Ebd.*; *ders.*, Juristische Positionen zur religiösen Beschneidung, NJW 2008, 1568 ff.; *Jeroschek*, Beschneidung und das deutsche Recht, NSTZ 2008, 313 ff.; *Schwarz*, Verfassungsrechtliche Aspekte der religiösen Beschneidung, JZ 2008, 1125 ff.; *Herzberg*, Rechtliche Probleme der rituellen Beschneidung, JZ 2009, 332 ff.; *Wüstenberg*, Genitalverstümmelung und familienrechtliche Rechtsprechung, ZKJ 2008, 411 ff.; *Exner*, Sozialadäquanz im Strafrecht – zur Knabenbeschneidung, 2011; *Germann*, Die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes vom 20.12.2012, MedR 2013, 412 ff.; *Haessemmer*, Zwar & Aber – Zwischenruf zum Beschneidungsrecht, ZRP 2012, 179 ff.

<sup>4</sup> *LG Köln*, Urt. v. 7.5.2012 – 151 Ns 169/11 (juris).

<sup>5</sup> *Putzke* im Interview, Tagesspiegel v. 29.9.2012, abrufbar unter: <https://www.tagesspiegel.de/politik/beschneidungsdebatte-bizarre-missachtung-kindlicher-rechte/7195488.html> (zuletzt abgerufen am 22.6.2022).

Die Beschneidung, medizinisch auch als Zirkumzision bezeichnet, ist die teilweise oder vollständige Entfernung der Vorhaut des männlichen Gliedes.<sup>6</sup> Es handelt sich um einen operativen Eingriff, der sowohl auf medizinischen als auch auf anderen Gründen beruhen kann. Die Beschneidung männlicher Kinder ist im Judentum und im Islam besonders verbreitet. Im Judentum wird die Beschneidung auf eine Stelle in der Thora (Gen 17, 10–14) zurückgeführt.<sup>7</sup> Sie gilt als Symbol für den Bund Gottes mit seinem Volk. Im Islam sind sowohl die religiöse Grundlage als auch der Zeitpunkt der Beschneidung umstritten. Dennoch stellt die Beschneidung einen festen Bestandteil der islamischen Kultur dar.<sup>8</sup>

In dieser Arbeit wird die medizinisch nicht indizierte Beschneidung, die in Deutschland weit überwiegend aus religiösen Gründen erfolgt, in den Blick genommen. Dazu wird kurz auf die Rechtslage vor Inkrafttreten des § 1631d BGB eingegangen (**B.**). Anschließend erfolgt eine Darstellung der Norm (**C.**). Den Hauptteil der Arbeit bildet die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des § 1631d BGB (**D.**).

## **B. Die Rechtslage vor Inkrafttreten des § 1631d BGB**

Schon vor dem viel debattierten Urteil des *LG Köln* wurde die Rechtsprechung mit die Beschneidung männlicher Minderjähriger betreffenden Problemen konfrontiert.

---

<sup>6</sup> WHO, Preventing HIV Through Safe Voluntary Medical Male Circumcision For Adolescent Boys And Men in Generalized HIV Epidemics, 2020, S. x, abrufbar unter: <https://apps.who.int/iris/rest/bitstreams/1296029/retrieve> (zuletzt abgerufen am 22.6.2022).

<sup>7</sup> „<sup>10</sup>Das aber ist mein Bund, den ihr halten sollt zwischen mir und euch und deinem Geschlecht nach dir: Alles, was männlich ist unter euch, soll beschnitten werden; <sup>11</sup>eure Vorhaut sollt ihr beschneiden. Das soll das Zeichen sein des Bundes zwischen mir und euch. <sup>12</sup>Jedes Knäblein, wenn's acht Tage alt ist, sollt ihr beschneiden bei euren Nachkommen. Desgleichen auch alles, was an Gesinde im Hause geboren oder was gekauft ist von irgendwelchen Fremden, die nicht aus eurem Geschlecht sind. <sup>13</sup>Beschnitten soll werden alles Gesinde, was dir im Hause geboren oder was gekauft ist. Und so soll mein Bund an eurem Fleisch zu einem ewigen Bund werden. <sup>14</sup>Wenn aber ein Männlicher nicht beschnitten wird an seiner Vorhaut, wird er ausgerottet werden aus seinem Volk, weil er meinen Bund gebrochen hat.“

Siehe auch *Wissenschaftliche Dienste des Bundestages*, Zur Bedeutung der Beschneidung, 2012, WD 1 – 3000-86/12, S. 4.

<sup>8</sup> *Ebd.*, S. 9.



## I. Beschneidung in der bisherigen Rechtsprechung

Im Jahr 2002 entzog das *AG Erlangen* den leiblichen Eltern das Recht zur Gesundheitsfürsorge und das Recht zur Vertretung des Kindes in Passangelegenheiten, weil der Vater sein dreijähriges Kind beschneiden lassen wollte.<sup>9</sup> Das *AG Düsseldorf* verurteilte im Jahr 2004 einen rituellen Beschneider wegen gefährlicher Körperverletzung, weil er Minderjährige unter unhygienischen Bedingungen mit Einwilligung der Eltern beschnitten hatte.<sup>10</sup> In einem Urteil aus dem Jahr 2004 legte das *LG Frankenthal* dar, dass auch bei medizinisch nicht erforderlichen Beschneidungen „zum Wohle des Kindes zumindest der in Deutschland geltende Standard eingehalten werden“ müsse.<sup>11</sup> Das *OLG Frankfurt* sowie das *VG Augsburg* ließen in Urteilen aus den Jahren 2007 und 2011 bewusst offen, ob die Einwilligung der Eltern in die Beschneidung des Kindes eine rechtfertigende Wirkung entfalten kann.<sup>12</sup>

Anhand dieser vorangegangenen Urteile wird deutlich, dass die Beschneidung in der Rechtsprechung kritisch bewertet wird, wobei bezüglich der rechtfertigenden Wirkung der Einwilligung durch die Eltern in die Beschneidung Unsicherheit herrschte.

## II. „Ein großes Urteil einer kleinen Strafkammer“<sup>13</sup>

In einem Urteil aus dem Jahr 2012 bezog das *LG Köln* Stellung zu der Frage der strafrechtlichen Relevanz der medizinisch nicht indizierten Beschneidung Minderjähriger.

Im Jahr 2010 hat der Angeklagte, ein Facharzt für Chirurgie, an einem zum Tatzeitpunkt vierjährigen Jungen mit Einwilligung der Eltern eine medizinisch nicht erforderliche Beschneidung mithilfe eines Skalpells durchgeführt.<sup>14</sup> Dabei vernähte er die Wunde des Kindes und versorgte den Jungen bei einem Hausbesuch am Abend desselben Tages medizinisch weiter. Zwei Tage später kam es zu starken Blutungen. Diese wurden in der Uniklinik Köln durch eine Operation unter Vollnarkose gestillt. Es bestand der Verdacht, der Angeklagte

<sup>9</sup> *AG Erlangen*, Beschl. v. 30.7.2002 – 4 F 1092/04 (juris).

<sup>10</sup> *AG Düsseldorf*, Urte. v. 17.11.2004 – 411 Ds 60 Js 3518/00 (juris).

<sup>11</sup> *LG Frankenthal*, Urte. v. 14.9.2004 – 4 O 11/02, Rn. 27 (juris).

<sup>12</sup> *OLG Frankfurt*, NJW 2007, 3580 (3580); *VG Augsburg*, Urte. v. 12.10.2011 – Au 7 K 11.30174 (juris).

<sup>13</sup> *Putzke*, „Recht und Ritual – ein großes Urteil einer kleinen Strafkammer“ Besprechung zu *LG Köln*, Urte. v. 7.5.2012 – 151 Ns 169/11, MedR 2012, 621 (621).

<sup>14</sup> *LG Köln*, NJW 2012, 2128 (2128).

habe die hygienischen Anforderungen nicht eingehalten. Daher erhob die Staatsanwaltschaft Anklage wegen gefährlicher Körperverletzung nach §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB.<sup>15</sup>

Das *Gericht* gelangte schließlich zu dem Ergebnis, dass der Tatbestand der Körperverletzung gemäß § 223 Abs. 1 StGB erfüllt sei. Die Voraussetzungen einer gefährlichen Körperverletzung gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 2 würden hingegen nicht vorliegen, da das Skalpell bestimmungsgemäß verwendet wurde und somit kein gefährliches Werkzeug darstellt. Als Vierjähriger war der Junge zum Tatzeitpunkt noch nicht einwilligungsfähig, sodass auf die Einwilligung der Eltern abzustellen war. Das *Gericht* führte diesbezüglich aus, dass die Wirksamkeit der elterlichen Einwilligung gemäß § 1627 S. 1 BGB von dem Wohl des Kindes abhängt.<sup>16</sup> Dabei betonte die *Kammer*, dass eine Beschneidung den Körper des Kindes „dauerhaft und irreparabel“<sup>17</sup> verändere. Nach Auffassung des *Gerichts* werden die Grundrechte aus Art. 4 Abs. 1, Art. 6 Abs. 2 GG durch das Grundrecht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit und Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG begrenzt.<sup>18</sup>

Letztlich gelangte das *LG Köln* zu dem Schluss, dass die Beschneidung aufgrund der Verletzung der körperlichen Unversehrtheit nicht dem Kindeswohl entspreche.<sup>19</sup> Die Eltern können nicht rechtfertigend in die Beschneidung ihres Kindes einwilligen. Der Angeklagte wurde aufgrund eines unvermeidbaren Verbotsirrtums gemäß § 17 StGB freigesprochen. Er habe in dem Glauben gehandelt, eine Beschneidung aus religiösen Gründen mit Einverständnis der Eltern sei erlaubt.<sup>20</sup>

Ob diese Entscheidung strafrechtlich zu beanstanden ist, kann aus dem Blickwinkel dieses Beitrags dahinstehen. Relevant ist das Urteil vor allem im Hinblick auf die politische Debatte, die es nach sich zog. Denn das *LG Köln* vermittelte mit diesem Urteil die klare Botschaft, dass weder religiöse Gründe noch die Einwilligung der Eltern die Durchführung einer medizinisch nicht indizierten Beschneidung an Minderjährigen rechtfertigen können. Indem das *LG Köln* die Beschneidung nun grundsätzlich unter Strafe stellen würde, erntete es massive Kritik vor allem durch jüdische und muslimische

---

<sup>15</sup> *LG Köln*, NJW 2012, 2128 (2128).

<sup>16</sup> *Ebd.*, S. 2129.

<sup>17</sup> *Ebd.*

<sup>18</sup> *Ebd.*

<sup>19</sup> *Ebd.*

<sup>20</sup> *Ebd.*

Glaubensgemeinschaften, die sich in ihrem religiösen Leben beeinträchtigt sahen.<sup>21</sup>

Die Bezeichnung *Putzkes* als ein „große[s] Urteil einer kleinen Strafkammer“<sup>22</sup> ist insofern zutreffend, als dass das *LG Köln* mit diesem Urteil eindeutig Stellung in der Diskussion um die Beschneidung bezog und sich gegen die Zulässigkeit der Beschneidung aus strafrechtlicher Sicht positionierte.

### C. Rechtslage nach Inkrafttreten des § 1631d BGB

Das Urteil des *LG Köln* löste Unsicherheit in Bezug auf die Strafbarkeit medizinisch nicht indizierter Beschneidungen aus. Im Rahmen öffentlicher Debatten wurde die Politik aufgefordert, gesetzgeberisch tätig zu werden, um durch eine normative Grundlage für die Beschneidung männlicher Minderjähriger Rechtssicherheit zu schaffen.

#### I. Gesetzentwurf der Bundesregierung

Mit Drucksache vom 5.11.2012 legte die Bundesregierung einen „Entwurf eines Gesetzes über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes“<sup>23</sup> vor, der vorsah, das Recht der Personensorge im BGB durch Einfügung eines § 1631d wie folgt zu ergänzen:

„(1) Die Personensorge umfasst auch das Recht, in eine medizinisch nicht erforderliche Beschneidung des nicht einsichts- und urteilsfähigen männlichen Kindes einzuwilligen, wenn diese nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt werden soll. Dies gilt nicht, wenn durch die Beschneidung auch unter Berücksichtigung ihres Zwecks das Kindeswohl gefährdet wird.

(2) In den ersten sechs Monaten nach der Geburt des Kindes dürfen auch von einer Religionsgesellschaft dazu vorgesehene Personen Beschneidungen gemäß Absatz 1 durchführen, wenn sie dafür besonders ausgebildet und, ohne Arzt zu sein, für die Durchführung der Beschneidung vergleichbar befähigt sind.“

Demnach ist die medizinisch nicht erforderliche Beschneidung männlicher Minderjähriger unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Dies begründete die Bundesregierung damit, dass es bis zum Bekanntwerden des Urteils des *LG Köln*

---

<sup>21</sup> *Zentralrat der Juden in Deutschland*, Zur Verabschiedung des Gesetzes zur Beschneidung von Jungen v. 12.12.2012, abrufbar unter <https://www.zentralratderjuden.de/aktuelle-meldung/zur-verabschiedung-des-gesetzes-zur-beschneidung-von-jungen/> (zuletzt abgerufen am 22.6.2022); BT-Drucks. 17/11295, S. 6.

<sup>22</sup> *Putzke*, (Fn. 13), S. 621.

<sup>23</sup> BT-Drucks. 17/11295.

in der Rechtspraxis unbestritten gewesen sei, dass Eltern rechtswirksam in die Beschneidung ihrer Kinder einwilligen können.<sup>24</sup>

Die Komplikationsraten im Zuge einer Beschneidung würden bei circa 2 %, bei Neugeborenen bei circa 0,2 % liegen, sodass die Risiken als gering zu bewerten seien.<sup>25</sup> Die Bundesregierung legt die betroffenen Grundrechte der Eltern zur Pflege und Erziehung ihres Kindes aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG, auf Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG, die Grundrechte des Kindes auf Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG, sowie auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG dar.<sup>26</sup> Dabei wurde betont, dass das Wohl des Kindes „oberste Richtschnur“<sup>27</sup> des Elternrechts sein müsse. Demnach würden die Eltern grundsätzlich über einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit des Kindes entscheiden, wobei diese Entscheidung durch das Recht des Kindes auf gewaltfreie Erziehung gemäß § 1631 Abs. 2 BGB begrenzt wird.<sup>28</sup>

Zur Einordnung der Regelung im Recht der Personensorge führte die Bundesregierung an, dass die Frage der Einwilligung in Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit des Kindes grundsätzlich dem Kindschaftsrecht zuzuordnen sei.<sup>29</sup> Für diese Verortung spreche auch, dass die Grenzen der elterlichen Sorge vor allem im Familienrecht definiert seien. Durch die Formulierung „Die Personensorge umfasst auch...“ solle verdeutlicht werden, dass die Einwilligung in eine Beschneidung auch Teil der elterlichen Sorge ist.<sup>30</sup> Diese Einwilligung sei jedoch an verschiedene Voraussetzungen geknüpft, sodass der Staat dadurch sein Wächteramt<sup>31</sup> gemäß Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG und die Schutzpflicht für die körperliche Unversehrtheit des Kindes erfüllen könne. Zu diesen Voraussetzungen zählen die fachgerechte Durchführung der Beschneidung nach den „Regeln ärztlicher Kunst“, sowie eine effektive Schmerzbehandlung.<sup>32</sup> Weiterhin werden eine umfassende Aufklärung der Eltern und die Berücksichtigung des Willens des Kindes vorausgesetzt.<sup>33</sup> Dabei kann

---

<sup>24</sup> BT-Drucks. 17/11295, S. 6.

<sup>25</sup> *Ebd.*, S. 9.

<sup>26</sup> *Ebd.*, S. 12.

<sup>27</sup> *Ebd.*; BVerfGE 60, 358 (372).

<sup>28</sup> BT-Drucks. 17/11295, S. 13.

<sup>29</sup> *Ebd.*, S. 16.

<sup>30</sup> *Ebd.*

<sup>31</sup> *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, 3. Aufl. 2013, Art. 6 Rn. 175; v. *Coelln*, in: Sachs, 9. Aufl. 2021, Art. 6 Rn. 76.

<sup>32</sup> BT-Drucks. 17/11295, S. 17.

<sup>33</sup> *Ebd.*

der Wille des Kindes jedoch nur berücksichtigt werden, wenn das Kind bereits in der Lage ist, einen eigenen Willen zu bilden.

Mit der Regelung in Absatz 2 bezweckte die Bundesregierung, den grundrechtlichen Schutz der Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG zu gewährleisten, indem auch religiöse Beschneider, sofern sie die medizinischen Fachkenntnisse und den Umgang mit Hygiene beherrschen, weiterhin medizinisch nicht indizierte Beschneidungen durchführen dürften.<sup>34</sup>

## II. Gesetzentwurf einer Gruppe von Abgeordneten

Eine Gruppe von Abgeordneten rund um *Marlene Rupprecht* (SPD) brachte einen weiteren Gesetzentwurf ein, wonach die Eltern in die Beschneidung des Kindes einwilligen können, wenn dieses das 14. Lebensjahr vollendet hat und einsichts- und urteilsfähig ist. Demnach sollte § 1631d BGB mit folgendem Wortlaut in das BGB eingefügt werden:

Die Personensorge umfasst auch das Recht, in eine medizinisch nicht erforderliche Beschneidung des männlichen Kindes einzuwilligen, wenn es das 14. Lebensjahr vollendet hat, einsichts- und urteilsfähig ist, der Beschneidung zugestimmt hat und diese nach den Regeln der ärztlichen Kunst von einer Ärztin oder einem Arzt mit der Befähigung zum Facharzt für Kinderchirurgie oder Urologie durchgeführt werden soll. Dies gilt nicht, wenn durch die Beschneidung auch unter Berücksichtigung ihres Zwecks das Kindeswohl gefährdet wird.

Ebenso wie der Entwurf der Bundesregierung bezweckte dieser Entwurf die Beseitigung der durch das Urteil des *LG Köln* entstandenen Rechtsunsicherheit.<sup>35</sup> Aus denselben Gründen wie die Bundesregierung schlugen die Abgeordneten eine Verortung im Recht der elterlichen Sorge vor.<sup>36</sup> Der wesentliche Unterschied zwischen den Entwürfen liegt jedoch darin, dass dieser zweite Entwurf die Eltern nur dann zur Einwilligung in die medizinisch nicht erforderliche Beschneidung berechtigt, wenn das Kind das 14. Lebensjahr vollendet hat, einsichts- und urteilsfähig ist.<sup>37</sup> Dies wird mit der Schwere und Irreversibilität des Eingriffs in die körperliche Unversehrtheit des Kindes begründet.<sup>38</sup> Aus diesem Grund solle der Eingriff nur von einem Arzt oder einer Ärztin mit Befähigung zum Facharzt für Kinderchirurgie oder Urologie

---

<sup>34</sup> BT-Drucks. 17/11295, S. 18.

<sup>35</sup> *Ebd.*, S. 5.

<sup>36</sup> *Ebd.*, S. 9.

<sup>37</sup> *Ebd.*

<sup>38</sup> *Ebd.*, S. 9 f.

durchgeführt werden.<sup>39</sup> Außerdem ist auch dieser Entwurf an die Voraussetzungen der fachgerechten Durchführung, effektiven Schmerzbehandlung, umfassenden Aufklärung der Eltern und vor allem die Berücksichtigung des Kindeswillens gebunden.<sup>40</sup> Die Anforderungen, die sich aus diesem Entwurf ergeben, sind aufgrund der Altersgrenze und der ärztlichen Durchführung strenger als diejenigen, die durch den Entwurf der Bundesregierung gestellt werden.

### **III. Abstimmung im Bundestag**

Am 12.12.2012 stimmte der Bundestag dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zu.<sup>41</sup> Das Gesetz wurde am 27.12.2012 im Bundesgesetzblatt verabschiedet und trat am folgenden Tag in Kraft.

### **D. Verfassungsmäßigkeit von § 1631d BGB**

Im Folgenden wird erörtert, ob die Regelung des § 1631d BGB verfassungskonform ist. Ein besonderes Augenmerk liegt dabei auf den Grundrechten des Kindes auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, sowie der Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG. Außerdem relevant wird das Grundrecht der Eltern auf religiöse Erziehung des Kindes gemäß Art. 6 Abs. 2 i. V. m. Art. 4 Abs. 1, 2 GG. Es wird zudem untersucht, ob sich aus dem Verbot der weiblichen Genitalverstümmelung gemäß § 226a StGB eine Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts i. S. v. Art. 3 Abs. 2, 3 GG ergibt.

#### **I. Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG**

Die Zulässigkeit der Beschneidung, die durch § 1631d BGB gewährleistet wird, könnte das minderjährige männliche Kind in seinem Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG verletzen.

##### **1. Schutzbereich**

Bei der körperlichen Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG handelt es sich um ein Jedermann-Grundrecht. Das Recht auf körperliche Unversehrtheit schützt die Integrität der Körpersphäre vor Eingriffen in biologisch-physischer Hinsicht.<sup>42</sup> Im Rahmen eines operativen Eingriffs wird bei einer Beschneidung

---

<sup>39</sup> BT-Drucks. 17/11430, S. 10.

<sup>40</sup> *Ebd.*

<sup>41</sup> Plenarprotokoll 17/213 des Deutschen Bundestags, S. 26073 ff.

<sup>42</sup> BVerfGE 56, 54 (73).

die Vorhaut des Penis ganz oder teilweise entfernt. Damit berührt die Beschneidung die Integrität des menschlichen Körpers. Allerdings wird das männliche Kind nicht durch staatliches Handeln in seiner körperlichen Unversehrtheit beeinträchtigt, sondern die Beeinträchtigung basiert vielmehr auf der Entscheidung der Eltern. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ist aber nicht nur als subjektives Abwehrrecht zu verstehen, sondern es begründet auch eine Schutzpflicht des Staates vor derartigen Eingriffen.<sup>43</sup> Folglich ist der Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG eröffnet.

## 2. Eingriff

Unter einem Eingriff ist jedes staatliche Handeln zu verstehen, das die Grundrechtsausübung des Einzelnen beeinträchtigt oder unmöglich macht.<sup>44</sup> Durch § 1631d BGB ist es den Eltern erlaubt, in die medizinisch nicht erforderliche Beschneidung ihres minderjährigen männlichen Kindes einzuwilligen, sofern der Eingriff nach den Regeln ärztlicher Kunst erfolgt. Die Entfernung eines Körperteils beeinträchtigt die Integrität der Körpersphäre. Es handelt sich somit um einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit des Kindes.

## 3. Rechtfertigung

Der Eingriff in die körperliche Unversehrtheit des Kindes könnte gerechtfertigt sein, wenn es sich bei dem Gesetz um eine den Schrankenbestimmungen des Grundrechts entsprechende Schranke handelt und der Eingriff verhältnismäßig ist.

Die Beschränkung der körperlichen Unversehrtheit beruht auf der Einführung des § 1631d BGB im Rahmen des „Gesetzes über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes“. Dies ist ein Gesetz, das eine unmittelbare Eingriffsgrundlage in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG darstellt. Es müsste jedoch auch materiell verfassungsmäßig, vor allem verhältnismäßig sein. Das Gesetz ist verhältnismäßig, wenn es einen legitimen Zweck verfolgt und zur Verfolgung dieses Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen ist.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> BVerfGE 39, 1 (49 f.); 77, 170 (214) m. w. N.

<sup>44</sup> Lang, in: BeckOK-GG, Ed. 25, Stand: 1.3.2015, Art. 2 Rn. 67.

<sup>45</sup> Sachs, in: Sachs, 9. Aufl. 2021, Art. 20 Rn. 149.

*a) Legitimer Zweck*

Mit der Einführung des § 1631d BGB wollte der Gesetzgeber die durch das Urteil des *LG Köln* entstandene Rechtsunsicherheit beseitigen und formulieren, unter welchen Voraussetzungen Eltern in die medizinisch nicht indizierte Beschneidung ihres Kindes einwilligen können.<sup>46</sup> Es sollte zwar kein religiöses Sonderrecht geschaffen werden, dennoch wollte der Gesetzgeber den jüdischen und muslimischen Glaubensgemeinschaften die Tradition der Beschneidung weiterhin ermöglichen.<sup>47</sup> Es besteht zudem ein öffentliches Interesse an der Klärung dieser Frage. Mithin verfolgte der Gesetzgeber einen legitimen Zweck.

*b) Geeignetheit*

Das Gesetz müsste zur Erreichung des legitimen Zwecks förderlich sein. Durch § 1631d BGB werden die Voraussetzungen der Beschneidung männlicher minderjähriger Kinder normiert. Für Juden und Muslime bleibt eine Beschneidung unter diesen Bestimmungen weiterhin möglich. Mithin ist das Gesetz der Erreichung des legitimen Zwecks förderlich.

*c) Erforderlichkeit*

Das gewählte Mittel zur Erreichung des Zwecks ist erforderlich, wenn es unter den geeigneten Mitteln bei gleicher Wirksamkeit das Mildeste ist.<sup>48</sup>

Ein alternatives Mittel könnte es sein, die Einwilligung der Eltern gemäß § 1631d Abs. 1 BGB erst zu ermöglichen, wenn das Kind das 14. Lebensjahr vollendet hat, wie es von einer Gruppe von Abgeordneten im Rahmen eines Gesetzentwurfs vorgeschlagen wurde.<sup>49</sup> Schwerwiegend für die Anknüpfung an die Vollendung des 14. Lebensjahres spricht, dass dadurch der Wille des Kindes hinreichend berücksichtigt werden kann. Das betroffene Kind hat die Möglichkeit, sich intensiv mit dem Thema auseinanderzusetzen, an einem Aufklärungsgespräch teilzunehmen und eine eigenständige Entscheidung für oder gegen den Eingriff zu treffen. Damit würde das Selbstbestimmungsrecht des Kindes berücksichtigt und der Eingriff in dessen körperliche Unversehrtheit weniger schwer wiegen.

---

<sup>46</sup> BT-Drucks. 17/11295, S. 6.

<sup>47</sup> Vgl. *Ebd.*, S. 6 f.

<sup>48</sup> *Sachs*, in: *Sachs* (Fn. 45), Art. 20 Rn. 152.

<sup>49</sup> BT-Drucks. 17/11430, S. 2 ff.



Gegen eine solche Altersbegrenzung könnte jedoch sprechen, dass Kinder sich unterschiedlich entwickeln und sich nicht mit Sicherheit sagen lässt, dass ein 14-Jähriger die notwendige Reife, eine solche Entscheidung zu treffen, besitzt. Die Abgeordneten hingegen begründen die Anknüpfung an die Vollendung des 14. Lebensjahres mit der Religionsmündigkeit des Kindes, die ab diesem Lebensalter nach § 5 des Gesetzes über die religiöse Kindererziehung (KERzG) vollständig vorliegt.<sup>50</sup>

Außerdem muss die Altersbegrenzung als milderer Mittel auch „für jedes der kollidierenden Rechtsgüter zu einem positiven Ergebnis“<sup>51</sup> führen. Dies scheint mit Blick auf die Glaubensfreiheit gemäß Art. 4 Abs. 1, 2 GG problematisch. Ein Verbot der Beschneidung von Kindern unter 14 Jahren würde die Religionsfreiheit der Juden und Muslime massiv beeinträchtigen. In der jüdischen Tradition werden die Babys in der Regel am achten Tag nach der Geburt beschnitten, wie es im Alten Testament, Genesis 17, 12, ausdrücklich vorgeschrieben wird.<sup>52</sup> In der muslimischen Praxis wird die Beschneidung vom siebten Lebenstag bis zur Geschlechtsreife vorgenommen.<sup>53</sup> Ein Aufschub dieser Tradition bis zum 14. Lebensjahr des Jungen ist insofern nicht zu rechtfertigen, als es dem Respekt des Staates vor dem religiösen Selbstverständnis der Religionsgemeinschaft widersprechen würde. Für Juden und Muslime ist die Durchführung der Beschneidung zu diesem bestimmten Zeitpunkt eine wesentliche Überzeugung ihres Glaubens, die im Rahmen der Religionsfreiheit gemäß Art. 4 Abs. 1, 2 GG geschützt wird. Der Respekt vor jeglichen Formen der Religionsausübung, sowie die staatliche Neutralität, erfordern es daher, diese Tradition zu achten.<sup>54</sup> Die Verschiebung der Einwilligung zur Beschneidung auf die Vollendung des 14. Lebensjahres des Kindes, respektiert die Glaubensfreiheit nicht in gleichem Maße wie § 1631d BGB.

Im Ergebnis ist die Regelung des § 1631d BGB, die die Einwilligung der Eltern in die Beschneidung des Kindes keiner Altersgrenze unterwirft, erforderlich.

---

<sup>50</sup> BT-Drucks. 17/11430, S. 10.

<sup>51</sup> BVerfGE 115, 205 (233 f.).

<sup>52</sup> Siehe oben Fn. 7; siehe auch *Wissenschaftliche Dienste des Bundestages*, Zur Bedeutung der Beschneidung, 2012, WD 1 – 3000-86/12, S. 6.

<sup>53</sup> *Ilkilic*, in der Sitzung des Ethikrates am 23.8.2012, abrufbar unter: [https://www.ethikrat.org/fileadmin/PDF-Dateien/Veranstaltungen/Ilkilic\\_-\\_Beschneidung.pdf](https://www.ethikrat.org/fileadmin/PDF-Dateien/Veranstaltungen/Ilkilic_-_Beschneidung.pdf); S. 2 (zuletzt abgerufen am 22.6.2022).

<sup>54</sup> Siehe dazu unten **D. I. 3. d).**

*d) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*

Letztlich müsste der Eingriff in die körperliche Unversehrtheit des Kindes angemessen sein. Die staatlichen Ziele – Schutz des elterlichen Erziehungsrechts, Schutz der religiösen Tradition der Beschneidung, Schaffung von Rechtsklarheit und normierte Voraussetzungen für die Beschneidung – sind mit dem Eingriff in die körperliche Unversehrtheit des Kindes abzuwägen.

Die (partielle) Entfernung von sensiblem, erogenem Körpergewebe beeinträchtigt den Betroffenen in seiner körperlichen Integrität. Besonders schwer wiegt dieser Eingriff, weil er irreversibel ist und sich dauerhaft auf den Betroffenen auswirkt. In Bezug auf die Komplikationsrate bei Beschneidungen lassen sich verschiedene Werte zwischen 0,2 % und 10 % finden.<sup>55</sup> Die häufigsten Komplikationen im Rahmen der Zirkumzision sind Nachblutungen und Wundinfektionen.<sup>56</sup> Studien über die Auswirkungen der Beschneidung auf die sexuelle Empfindsamkeit und das Sexualleben des Betroffenen widersprechen sich in ihren Ergebnissen.<sup>57</sup> In der Wissenschaft ist es umstritten, welche Rolle die Vorhaut für das sexuelle Erleben des Mannes spielt. Ähnlich verhält es sich auch bezüglich psychischer Leiden durch eine mögliche Traumatisierung des Kindes im Rahmen der Schmerzerfahrung durch die Zirkumzision.<sup>58</sup> Es besteht hinsichtlich der langfristigen Folgen einer Beschneidung keine sichere Datenlage.

Andererseits darf der Staat die verfassungsrechtlich anerkannten religiösen Interessen der Eltern und des Betroffenen nicht missachten.<sup>59</sup> Er ist zu religiöser Neutralität verpflichtet.<sup>60</sup>

Die Eltern könnten ein berechtigtes Interesse an der Durchführung der Beschneidung haben, um dadurch die Zugehörigkeit ihres Kindes zu einer Religionsgemeinschaft auszudrücken.<sup>61</sup> Inwiefern die Beschneidung heute tatsächlich noch als ein konstituierendes Merkmal für die Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft anzusehen ist,<sup>62</sup> ist dabei jedoch nicht maßgeblich. Denn

---

<sup>55</sup> AMWF-Leitlinie „Phimose und Paraphimose“, S. 14; BT-Drucks. 17/11295, S. 9.

<sup>56</sup> AMWF-Leitlinie „Phimose und Paraphimose“, S. 15.

<sup>57</sup> *Ebd.*, S. 15 f.

<sup>58</sup> BT-Drucks. 17/11295, S. 9.

<sup>59</sup> *Starck*, in: Mangoldt/Klein/Starck I, 7. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 22.

<sup>60</sup> *Ebd.*, Art. 4 Rn. 9.

<sup>61</sup> BT-Drucks. 17/11295, S. 7.

<sup>62</sup> Wie von *Manok*, Die medizinische nicht indizierte Beschneidung des männlichen Kindes, 2015 auf S. 28 f. in Frage gestellt wird.

die Glaubensfreiheit schützt auch solche religiösen Überzeugungen, die von Außenstehenden nicht als sinnvoll erachtet werden. Dies geht aus der Entscheidung des *BVerfG* im „Gesundbeter-Fall“<sup>63</sup> hervor. Demnach umfasst die Glaubensfreiheit auch das Recht, sein gesamtes Verhalten an den Lehren seines Glaubens auszurichten. Es werden auch solche Überzeugungen geschützt, die für „eine konkrete Lebenssituation eine ausschließlich religiöse Reaktion zwar nicht zwingend fordern, diese Reaktion aber für das beste und adäquate Mittel halten, um die Lebenslage nach der Glaubenshaltung zu bewältigen“.<sup>64</sup> Insofern ist die Beurteilung über die Rationalität oder Irrationalität einer religiösen Überzeugung nicht Aufgabe des Staates. Der Einzelne muss seine religiösen Überzeugungen nicht vor dem Staat erklären oder sie ihm zugänglich machen. Erscheint dem Staat eine solche Überzeugung unzugänglich, so hat er dies dennoch im Hinblick auf den Respekt vor dem religiösen Selbstverständnis des Einzelnen zu achten.<sup>65</sup> Der Staat hat unterschiedliche religiös geprägte Erziehungsvorstellungen zu achten, weil er sich nicht mit einer bestimmten Religion identifiziert.<sup>66</sup> Er darf die religiöse und kulturelle Bedeutung, die die Beschneidung für den Einzelnen hat, gerade nicht zensieren, sofern nicht hinreichend gewiss nachgewiesen ist, dass die Beschneidung unvertretbar schwere Folgen nach sich zieht.<sup>67</sup> Die Eltern haben ein Interesse daran, ihr Kind auch in religiöser Hinsicht zu prägen und ihm gewisse Glaubenssätze nahezubringen. Dazu zählt auch die Prägung im sozialen Umfeld der Glaubensgemeinschaft. Sie beabsichtigen, dass ihr Kind in diese Gemeinschaft als ein vollwertiges Mitglied aufgenommen wird.<sup>68</sup> Insofern ist die Beschneidung ein wesentlicher Bestandteil der religiösen elterlichen Erziehung.

Hinsichtlich der Risiken der Beschneidung besteht gerade keine hinreichend gesicherte Datenlage, die auf unvertretbar schwere Folgen schließen lassen würde. Aus diesem Grund muss der Staat an dieser Stelle neutral bleiben und die religiöse und kulturelle Bedeutung der Beschneidung respektieren.

Ein Verbot der Beschneidung könnte zudem dazu führen, dass Beschneidungen heimlich in Hinterzimmern durchgeführt werden bzw. sich eine Art

---

<sup>63</sup> BVerfGE 32, 98.

<sup>64</sup> BVerfGE 32, 98 (106 f.).

<sup>65</sup> *Germann* (Fn. 3), S. 419.

<sup>66</sup> *Hörnle/Huster*, Wie weit reicht das Erziehungsrecht der Eltern?, JZ 2013, 328 (330).

<sup>67</sup> *Isensee*, Grundrechtliche Konsequenz wider geheiligte Tradition – Der Streit um die Beschneidung, JZ 2013, 317 (321); *Germann* (Fn. 3), S. 420.

<sup>68</sup> *Walter*, Gesetzentwurf zur Beschneidung – Kritik und strafrechtliche Alternative, JZ 2012, 1110 (1113).

„Beschneidungstourismus“<sup>69</sup> entwickelt. Auf diese Weise würden medizinische und hygienische Standards wohl kaum eingehalten, sodass sich die Risiken für die körperliche Unversehrtheit des Kindes erhöhen. Dies würde mithin dem Schutz der körperlichen Unversehrtheit zuwiderlaufen.

Im Rahmen der Abwägung ist auch die historische Verantwortung, die dem deutschen Staat gegenüber dem Judentum zukommt, zu berücksichtigen. Die Beschneidung ist seit Jahrtausenden Bestandteil der jüdischen wie muslimischen Kultur. Der Zentralrat der Juden beklagte im Rahmen der Debatte im Jahr 2012, dass jüdisches Leben in Deutschland durch ein Verbot der Beschneidung unmöglich werde.<sup>70</sup> Daran wird deutlich, dass die Zulässigkeit der Beschneidung unter bestimmten Voraussetzungen ein Gebot der Toleranz gegenüber anderen Kulturen in einer pluralistischen Gesellschaft ist. Auch die integrationspolitischen Auswirkungen für in Deutschland lebende Muslime dürfen nicht außer Acht gelassen werden.

#### 4. Ergebnis

Das Recht der Eltern auf religiöse Erziehung ihres Kindes aus Art. 6 Abs. 2 i. V. m. Art. 4 Abs. 1, 2 GG, sowie die Religionsfreiheit gemäß Art. 4 Abs. 1, 2 GG gehen im Rahmen dieser Abwägung dem Recht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG vor. Der Eingriff, der sich aus § 1631d BGB ergibt, kann folglich gerechtfertigt werden, sofern die Beschneidung aus religiösen Motiven vorgenommen wird.

### II. Religionsfreiheit, Art. 4 Abs. 1, 2 GG

Die Einwilligung der Eltern in die Beschneidung ihres Kindes könnte das Kind in seiner Religionsfreiheit gemäß Art. 4 Abs. 1, 2 GG verletzen.

#### 1. Schutzbereich

Das Grundrecht auf Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG umfasst die Freiheit, einen Glauben, eine Religion oder eine Weltanschauung zu bilden, zu haben, zu äußern und danach zu handeln.<sup>71</sup> Art. 4 Abs. 1, 2 GG schützt den Einzelnen aber auch vor staatlicher Beeinflussung bezüglich der Annahme oder Ablehnung einer Religion oder Weltanschauung.<sup>72</sup> § 1631d Abs. 2 BGB

---

<sup>69</sup> Jerouschek (Fn. 3), S. 319.

<sup>70</sup> Zentralrat der Juden in Deutschland (Fn. 21).

<sup>71</sup> Hofmann, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, 14. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 5.

<sup>72</sup> Mager, in: v. Münch/Kunig I, 7. Aufl. 2021, Art. 4 Rn. 37.

ermöglicht die Beschneidung von Kindern bis sechs Monaten durch religiöse Beschneider. Die Beschneidung stellt zudem ein Zeichen der Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft dar.<sup>73</sup> Insofern ist der Schutzbereich des Art. 4 Abs. 1, 2 GG eröffnet.

## 2. Eingriff

§ 1631d BGB bezieht sich nicht auf die Religionszugehörigkeit, sondern ermöglicht eine Beschneidung auch aus nicht-religiösen Gründen. Nichtsdestotrotz gilt die Beschneidung im Judentum und im Islam als Zeichen der Zugehörigkeit,<sup>74</sup> die die Eltern durch die Einwilligung über § 1631d BGB ermöglichen können. Damit beeinträchtigen sie die freie Entscheidung ihres Sohnes für oder gegen eine bestimmte Religion. Es liegt ein Eingriff in die negative Religionsfreiheit derjenigen Betroffenen vor, die aus religiösen Motiven beschnitten werden. Dieser ist dem Staat zurechenbar, der die Einwilligung der Eltern in die Beschneidung des Kindes über § 1631d BGB erlaubt.

## 3. Rechtfertigung

Es ist festzustellen, ob der Eingriff in die Religionsfreiheit des Kindes gerechtfertigt werden kann. Nach seinem Wortlaut ist Art. 4 Abs. 1, 2 GG vorbehaltlos garantiert. Aus Art. 140 GG i. V. m. Art. 136 WRV könnte sich jedoch ein einfacher Gesetzesvorbehalt ergeben. Ob dies der Fall ist oder ob die Religionsfreiheit allein durch kollidierendes Verfassungsrecht beschränkt ist, kann vorliegend dahinstehen. Es bedarf in jedem Fall eines Gesetzes, das mit § 1631d BGB vorliegt.

Kollidierendes Verfassungsgut könnte das Recht der Eltern auf religiöse Erziehung aus Art. 6 Abs. 2 i. V. m. Art. 4 Abs. 1, 2 GG sein. Letztlich müsste die Einschränkung der Religionsfreiheit des Kindes verhältnismäßig sein.

### a) Legitimer Zweck

Der Gesetzgeber verfolgt mit der Regelung den Zweck, Rechtssicherheit zu schaffen und die Voraussetzungen der Einwilligung der Eltern zu normieren. Es handelt sich dabei um einen legitimen Zweck.

---

<sup>73</sup> Isensee (Fn. 67), S. 218; Schwarze (Fn. 3), S. 1126.

<sup>74</sup> Wissenschaftliche Dienste des Bundestages, Zur Bedeutung der Beschneidung, 2012, WD 1 – 3000-86/12, S. 6.

*b) Geeignetheit*

Der Erlass eines neuen Gesetzes ist auch geeignet, diese Zwecke zu fördern.<sup>75</sup>

*c) Erforderlichkeit*

Möglicherweise könnte die Einwilligung in die Beschneidung durch die Eltern jedoch durch ein milderes Mittel ersetzt werden. Wie bereits dargelegt, handelt es sich bei der Zulässigkeit der Beschneidung erst ab dem 14. Lebensjahr nicht um ein milderes Mittel.<sup>76</sup> Die Regelung des § 1631d BGB ist daher erforderlich.

*d) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*

Die Religionsfreiheit des Kindes aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG findet ihre Grenzen in dem elterlichen Recht auf religiöse Erziehung, das aus Art. 6 Abs. 2 i. V. m. Art. 4 Abs. 1, 2 GG abgeleitet werden kann. Beide Grundrechte werden im Wege praktischer Konkordanz miteinander abgewogen.

Die Beschneidung stellt eine Körperverletzung i. S. v. § 223 Abs. 1 StGB dar<sup>77</sup> und verletzt das Recht des Kindes auf religiöse Selbstbestimmung. Art. 4 Abs. 1, 2 GG schützt aber gerade die Freiheit des Betroffenen, zu entscheiden, welche religiösen Kennzeichen er ablehnt oder anerkennt.<sup>78</sup> In dem „Kruzifix-Urteil“<sup>79</sup> des *Bundesverfassungsgerichts* wurde dieser Schutz schon in Bezug auf nicht invasive Symbole angewendet, im betroffenen Fall auf ein Kruzifix. Wenn der Staat jedoch hinsichtlich wesentlich geringfügigerer Maßnahmen als der Beschneidung bereits annimmt, dass es eines Schutzes der negativen Religionsfreiheit bedarf, so muss dieser Schutz erst recht bezüglich eines irreversiblen Eingriffs in die körperliche Unversehrtheit wie der Beschneidung greifen.<sup>80</sup> Aus diesem Blickwinkel könnte die negative Religionsfreiheit des Kindes schwerer wiegen als das Erziehungsrecht der Eltern.

Das Kindeswohl bildet die „oberste Richtschnur“<sup>81</sup> des elterlichen Erziehungsrechts. Im Rahmen der Erziehung ihres Kindes zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit steht den Eltern

---

<sup>75</sup> Siehe dazu oben **D. I. 3. a).**

<sup>76</sup> Siehe dazu oben **D. I. 3. c).**

<sup>77</sup> *LG Köln*, NJW 2012, 2128 (2128 f.).

<sup>78</sup> BVerfGE 93, 1 (16).

<sup>79</sup> BVerfGE 93, 1.

<sup>80</sup> *Manok* (Fn. 62), S. 105.

<sup>81</sup> BVerfGE 59, 360 (376).

ein Interpretationsprimat hinsichtlich des Kindeswohls zu.<sup>82</sup> Dieser gewährleistet, dass die Eltern grundsätzlich über ihre Erziehungsziele und -methoden entscheiden. Der Staat darf aber keine positive Entscheidung darüber treffen, was objektiv dem Wohl des Kindes entspricht.<sup>83</sup> Er ist darauf beschränkt, die Kindeswohlbestimmung durch die Eltern einer Unvertretbarkeitskontrolle zu unterziehen.<sup>84</sup>

Nach § 5 RelKEG steht es den Eltern frei, bis zur Religionsmündigkeit des Kindes über dessen Zugehörigkeit zu einer Religion zu entscheiden. Es bleibt allerdings offen, ob das Kind später auch die religiöse Überzeugung der Eltern teilen wird. Selbst im Falle eines Austritts aus der Glaubensgemeinschaft würde der Betroffene lebenslang daran erinnert, dass seine Eltern ihn in dieser Entscheidung gewissermaßen übergangen und ihm ein solches Zeichen der Zugehörigkeit ohne sein Einverständnis zugefügt haben.<sup>85</sup>

Hinsichtlich der Taufe hat das *Bundesverfassungsgericht* entschieden, dass die Eltern, die in religiösen Fragen Entscheidungen für ihr Kind treffen, die Religionsfreiheit des Kindes nicht beeinträchtigen, solange das Kind noch nicht religionsmündig ist.<sup>86</sup> Das Kind ist zum Zeitpunkt der Beschneidung nach jüdischer Tradition am achten Tag nach der Geburt ebenso wenig in der Lage, selbst über seine Religionszugehörigkeit zu entscheiden, wie Kinder im Rahmen der christlichen Taufe, die regelmäßig im Alter von wenigen Monaten stattfindet. Insofern handeln die Eltern in Ausübung ihrer Verantwortung für das Kind, wenn sie sich für die Taufe oder Beschneidung entscheiden sollten.<sup>87</sup> Zwar handelt es sich bei der Taufe im Gegensatz zur Beschneidung nicht um einen irreversiblen Eingriff in die körperliche Integrität des Kindes, aber diese Tatsache ändert nichts an der Entscheidungsfähigkeit des Kindes im betreffenden Alter. In beiden Fällen ist das Kind regelmäßig nicht urteils- und einsichtsfähig. Ein Aufschub der Entscheidung kann unter Berücksichtigung der Bedeutung der Beschneidung für das religiöse Erziehungsrecht der Eltern und dem Respekt vor dem religiösen Selbstbestimmungsrecht nicht verlangt werden. Daher sind die Eltern gewissermaßen verpflichtet, zum betreffenden Zeitpunkt eine Entscheidung zu

---

<sup>82</sup> *Schulze*, Elternrecht und Beschneidung, 2017, S. 92.

<sup>83</sup> *Fateh-Moghadam*, Religiöse Rechtfertigung? Die Beschneidung von Knaben zwischen Strafrecht, Religionsfreiheit und elterlichem Sorgerecht, RW 2010, 115 (131).

<sup>84</sup> *Jestaedt*, in: Bonner Kommentar zum GG, 195. EL 2018, Art. 6 II, III Rn. 96.

<sup>85</sup> *Manok* (Fn. 62), S. 166.

<sup>86</sup> BVerfGE 30, 415 (423 f.); *Beulke/Diefner*, Ein kleiner Schnitt für einen Menschen, aber ein großer Schritt für die Menschheit, ZIS 2012, 338 (344).

<sup>87</sup> BVerfGE 30, 415 (423 f.).

treffen. Es ist insofern folgerichtig, dass die Religionsfreiheit des Kindes zu diesem bestimmten Zeitpunkt nicht durch die kindeswohlorientierte Entscheidung der Eltern beeinträchtigt wird.

Bedeutsam im Rahmen der Abwägung ist auch hier das Gebot staatlicher Neutralität, das den Staat auch zum Respekt gegenüber religiösen Überzeugungen jedes Einzelnen verpflichtet. Die Achtung des religiösen Selbstverständnisses der Grundrechtsträger erfordert es, Überzeugungen, die für ihre religiöse Identität maßgeblich sind, stärker zu gewichten.<sup>88</sup>

#### 4. Ergebnis

Ein evidenter Missbrauch des elterlichen Erziehungsrechts durch die Einwilligung in die Beschneidung des Kindes ist aus diesen Gründen nicht ersichtlich. Die Einwilligung durch die Eltern lässt sich unter diesen Aspekten noch als Konkretisierung des Kindeswohls begreifen, solange sich die Eltern aus religiösen Gründen für eine Beschneidung entscheiden. Der Eingriff in die Religionsfreiheit des Kindes gemäß Art. 4 Abs. 1, 2 GG ist mithin gerechtfertigt.

### III. Recht der Eltern auf religiöse Erziehung, Art. 6 Abs. 2 i. V. m. Art. 4 Abs. 1, 2 GG

Indem der Gesetzgeber über § 1631d BGB den Eltern die Einwilligung in die Beschneidung ihres Kindes unter bestimmten Voraussetzungen ermöglicht, könnte er unzulässig in das Recht der Eltern auf religiöse Erziehung gemäß Art. 6 Abs. 2 i. V. m. Art. 4 Abs. 1, 2 GG eingegriffen haben.

#### 1. Schutzbereich

Art. 6 Abs. 2 GG erkennt die Erziehung und Pflege des Kindes als natürliches Recht der Eltern an.<sup>89</sup> Im Rahmen ihres Erziehungskonzepts können die Eltern auch ihre religiösen Überzeugungen an das Kind weitergeben.<sup>90</sup> Dabei überschneidet sich der Schutzbereich des Erziehungsrechts aus Art. 6 Abs. 2 GG mit dem der Religionsfreiheit der Eltern gemäß Art. 4 Abs. 1, 2 GG. Die Entscheidung über die Durchführung einer Beschneidung tangiert sowohl die Religionsfreiheit der Eltern als auch ihr Erziehungsrecht. Folglich ist der Schutzbereich des Rechts zur religiösen Erziehung eröffnet.

---

<sup>88</sup> D. I. 3. d); *Germann* (Fn. 3), S. 419 f.

<sup>89</sup> *Heiderhoff*, in: v. Münch/Kunig I, 7. Aufl. 2021, Art. 6 Rn. 103.

<sup>90</sup> *Germann* (Fn. 3), S. 417.



## 2. Eingriff

Die Regelung des § 1631d Abs. 1 BGB ermöglicht den Eltern die Einwilligung in die Beschneidung ihres Sohnes. Fraglich ist daher, ob diese Norm dennoch ihr Erziehungsrecht beeinträchtigt. Eine Beeinträchtigung könnte in den vom Gesetzgeber festgelegten Voraussetzungen zur Einwilligung liegen. Die Befugnis zur Einwilligung zur Beschneidung ist an eine fachgerechte Durchführung, eine effektive Schmerzbehandlung, sowie ein Aufklärungsgespräch der Eltern gebunden.<sup>91</sup> Dies beeinträchtigt das religiöse Erziehungsrecht der Eltern insoweit, als sie diese Voraussetzungen erfüllen müssen, um zur Einwilligung in die Beschneidung befugt zu sein. Durch § 1631d Abs. 1 BGB wird mithin in das elterliche Erziehungsrecht eingegriffen. Die Regelung des Abs. 2 tangiert das religiöse Erziehungsrecht der Eltern jedoch nicht.

## 3. Rechtfertigung

Das Erziehungsrecht der Eltern könnte jedoch durch das staatliche Wächteramt gemäß Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG beschränkt worden sein. Der Staat ist dadurch ermächtigt und verpflichtet, der elterlichen Erziehung Grenzen zu setzen.<sup>92</sup> Dabei muss er sich am Kindeswohl orientieren bzw. Kindeswohlbeeinträchtigungen beseitigen.<sup>93</sup> Eine staatliche Handlungspflicht könnte sich aus der Beeinträchtigung in die körperliche Unversehrtheit des Kindes gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ergeben. Wie bereits dargelegt handelt es sich bei der Beschneidung grundsätzlich um einen Eingriff in die körperliche Integrität des Jungen.<sup>94</sup> Der Staat ist daher gesetzgeberisch tätig geworden, um die Intensität des Eingriffs für das Kind zu begrenzen. Dabei müsste er aber das mildeste ihm zur Verfügung stehende Mittel eingesetzt haben.<sup>95</sup>

§ 1631d Abs. 1 BGB knüpft die Beschneidung an die Voraussetzungen einer fachgerechten Durchführung, der effektiven Schmerzbehandlung, die Berücksichtigung des Kindeswillens und ein Aufklärungsgespräch der Eltern.<sup>96</sup> Die Durchführung der Beschneidung durch einen Arzt könnte das elterliche Recht insoweit beeinträchtigen, als sie nicht im Rahmen eines Gottesdienstes in der Religionsgemeinschaft stattfindet. Allerdings hat dies den Vorteil, dass das Kind in einem medizinisch angemessenen Umfeld beschnitten wird, in dem

<sup>91</sup> BT-Drucks. 17/11295, S. 17.

<sup>92</sup> *Jestaedt*, in: Bonner Kommentar zum GG (Fn. 83), Art. 6 II, III Rn. 99, 345.

<sup>93</sup> *Ebd.*, Art. 6 II, III Rn. 345.

<sup>94</sup> Siehe dazu oben **D. I. 2.**

<sup>95</sup> *Heiderhoff*, in: v. Münch/Kunig I (Fn. 89), Art. 6 Rn. 155.

<sup>96</sup> BT-Drucks. 17/11295 S. 17 f.

sowohl die fachgerechte Durchführung als auch eine angemessene Notfallversorgung sichergestellt sind. Die Eltern haben dennoch die Möglichkeit, ihr Kind im Rahmen der Erziehung religiös zu prägen und ihm die Aufnahme in die Religionsgemeinschaft durch dieses Ritual zu ermöglichen. Dass der Eingriff womöglich nicht in dem jeweiligen Gotteshaus vorgenommen wird, beeinträchtigt das elterliche Recht nur für einen kurzen Zeitpunkt. Die Feierlichkeiten können trotz allem im Anschluss vorgenommen werden. Die weiteren Voraussetzungen stellen ebenfalls nur einmalige Beeinträchtigungen dar, die das Erziehungskonzept der Eltern und die Prägung des Kindes nicht unmöglich machen. Zudem ist die traditionelle Durchführung der Beschneidung im Rahmen einer Zeremonie auch durch § 1631d Abs. 2 BGB ermöglicht, indem der religiöse Beschneider den Eingriff auf traditionelle Art und Weise vornimmt.

Die Teilnahme an einem Aufklärungsgespräch soll letztlich sicherstellen, dass die Eltern sich in ihrer Entscheidung sicher und sich möglicher Risiken des Eingriffs bewusst sind. Eine ärztliche Aufklärung beeinträchtigt die Eltern ebenfalls nur für einen kurzen Zeitraum, sodass dies zum Wohl des Kindes und zur Findung einer für die Eltern richtigen Entscheidung durchaus hinzunehmen ist.

Es könnte allenfalls kritisiert werden, dass die Voraussetzungen für die Einwilligung in die Beschneidung zu vage sind. Dabei gilt es jedoch zu beachten, dass der Staat die Tradition der Beschneidung aufrechterhalten und nicht reformieren möchte. Innerhalb einzelner Glaubensrichtungen werden verschiedene Methoden für die Durchführung der Beschneidung angewendet, sodass die Ausführung der Beschneidung an sich auch weiterhin nach dem religiösen Brauchtum erfolgen kann, solange dabei die normierten Mindestvoraussetzungen eingehalten werden. Indem der Gesetzgeber keine konkreteren Voraussetzungen festlegte, hat er den Glaubensgemeinschaften die Durchführung der Beschneidung nach ihren eigenen Riten weiterhin ermöglicht. Letztlich darf sich der Gesetzgeber auch Generalklauseln bedienen, um dynamische Entwicklungen und unterschiedliche Fälle zu erfassen.<sup>97</sup>

Der Staat hat mithin im Rahmen seines Wächteramtes aus Art. 6 Abs. 2 GG die Mindestvoraussetzungen normiert, die die Risiken des Eingriffs in die körperliche Unversehrtheit des Kindes begrenzen sollen und der Beschneidung einen medizinisch fachgerechten Rahmen geben. Damit hat er seinen Schutzpflichten Genüge getan.

---

<sup>97</sup> Manok (Fn. 62), S. 135.

#### 4. Ergebnis

Der Eingriff in das religiöse Erziehungsrecht der Eltern gemäß Art. 6 Abs. 2 i. V. m. Art. 4 Abs. 1, 2 GG kann gerechtfertigt werden.

#### IV. Gleichheitsgrundrecht, Art. 3 GG

Im Weiteren wird erörtert, ob in der Zulässigkeit der Beschneidung gemäß § 1631d BGB eine Bevorzugung oder Benachteiligung der betroffenen Jungen gegenüber anderen Personen liegen könnte. Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG findet seine Konkretisierung in Art. 3 Abs. 2, 3 GG und tritt daher hinter diesem zurück.<sup>98</sup>

##### 1. Benachteiligung wegen des Geschlechts, Art. 3 Abs. 2, 3 GG

Nach Art. 3 Abs. 3 GG darf niemand wegen eines bestimmten Merkmals benachteiligt oder bevorzugt werden. Hinsichtlich § 1631d BGB kommt zunächst eine Benachteiligung wegen des Geschlechts in Betracht. Ein Verbot der geschlechterspezifischen Benachteiligung könnte sich auch aus Art. 3 Abs. 2 GG ergeben. Das *Bundesverfassungsgericht* versteht Art. 3 Abs. 2 GG als Grundrecht auf Gleichberechtigung.<sup>99</sup> Es soll eine faktische Gleichberechtigung erreicht werden, indem der Staat die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung fördert und die Lebensverhältnisse von Frauen und Männern faktisch angleicht.<sup>100</sup> Das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 2, 3 GG ist verletzt, wenn eine rechtliche relevante Ungleichbehandlung vorliegt, die nicht gerechtfertigt werden kann.

Im Jahr 2013 ist die Vorschrift des § 226a StGB in Kraft getreten, die die Verstümmelung weiblicher Genitalien unter Strafe stellt. Der Begriff der Verstümmelung erfasst jede erhebliche negative Veränderung, die als gewaltsames Kürzen, schweres Verletzen oder schlimmes Zurichten zu verstehen ist.<sup>101</sup> Die WHO unterscheidet vier Typen der weiblichen Genitalverstümmelung.<sup>102</sup> An dieser Stelle ist nur die mildeste Form der weiblichen Genitalverstümmelung relevant: die vollständige oder teilweise Entfernung der Klitoris Glans und/oder die Entfernung der Klitorisvorhaut.

<sup>98</sup> *Wollenschläger*, in: Mangoldt/Klein/Starck I, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 1 Rn. 328.

<sup>99</sup> BVerfGE 92, 91 (112 f.); 114, 357 (370 f.).

<sup>100</sup> *Boysen*, in: v. Münch/Kunig I, 7. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 164.

<sup>101</sup> *Knauer/Brose*, in: Spickhoff, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, § 226a StGB Rn. 1; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, § 226a Rn. 3.

<sup>102</sup> WHO, Female genital mutilation, abrufbar unter: <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation> (zuletzt abgerufen am 22.6.2022).

Diese Art der Verstümmelung wird als Beschneidung von Mädchen verstanden und könnte daher mit der Beschneidung männlicher Kinder vergleichbar sein. Kosmetische Eingriffe sind nicht von § 226a StGB erfasst.<sup>103</sup>

*a) Rechtlich relevante Ungleichbehandlung*

Eine Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts liegt vor, wenn die Geschlechtszugehörigkeit den kausalen Anknüpfungspunkt für die Ungleichbehandlung darstellt.<sup>104</sup> Verglichen werden Jungen und Mädchen in Bezug auf die Einwilligung in die medizinisch nicht erforderliche Beschneidung. § 1631d BGB knüpft an das Merkmal des Geschlechts unterschiedliche Rechtsfolgen, indem die Einwilligung in die männliche Beschneidung zulässig, diejenige in die weibliche Beschneidung nicht möglich ist. In der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zur Einführung des § 1631d BGB wurde ausdrücklich hervorgehoben, dass eine rechtfertigende Einwilligung in die Beschneidung minderjähriger weiblicher Kinder durch die Eltern auf keinen Fall in Betracht komme.<sup>105</sup> Der Gesetzgeber möchte demnach die Beschneidung männlicher und weiblicher Kinder unterschiedlich regeln. Eine rechtliche relevante Ungleichbehandlung liegt folglich vor.

*b) Rechtfertigung der Ungleichbehandlung*

*aa) Biologische Unterschiede als zwingender Differenzierungsgrund*

Zunächst wäre es denkbar, die Ungleichbehandlung durch biologische Gründe zu rechtfertigen. Eine Rechtfertigung ist jedoch nur möglich, wenn die Ungleichbehandlung zur Lösung jener Fragestellungen dient, die ihrer Natur nach nur bei Männern oder Frauen auftreten können und daher zwingend erforderlich sind.<sup>106</sup> Zwar kann die Diskussion um die Beschneidung der Penisvorhaut nur männliche Kinder betreffen, dies reicht jedoch nicht aus, um eine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen.<sup>107</sup> Sofern als Maßstab der mildeste Eingriff in die Intimsphäre der Mädchen herangezogen wird, lässt sich durchaus eine Vergleichbarkeit zwischen beiden Eingriffen herstellen. Die Klitorisvorhaut dient dem Schutz der Klitoris, die Vorhaut des männlichen Gliedes soll die Eichel schützen.<sup>108</sup> Insofern entsprechen sich die männliche und die weibliche

---

<sup>103</sup> BT-Drucks. 17/13707, S. 6.

<sup>104</sup> v. Münch/Mager, Staatsrecht II, 7. Aufl. 2018, Rn. 299.

<sup>105</sup> BT-Drucks. 17/11295, S. 14.

<sup>106</sup> BVerfGE 114, 357 (364).

<sup>107</sup> Walter (Fn. 68), S. 1112.

<sup>108</sup> Manok (Fn. 62), S. 43; Schulze (Fn. 82), S. 28.

Vorhaut in ihrer Funktion. Mit Blick auf die Funktion der Vorhaut kann die Ungleichbehandlung daher nicht gerechtfertigt werden.

Zu beachten sind jedoch die unterschiedlichen Konsequenzen der (teilweisen) Vorhautentfernung bei Männern und Frauen. Während hinsichtlich der Risiken und Folgen der männlichen Beschneidung keine gesicherte medizinische Datenlage besteht,<sup>109</sup> herrscht im Hinblick auf die Risiken der Beschneidung weiblicher Kinder Einigkeit: Die Beschneidung führt oftmals zu akuten Blutungen, Inkontinenz und Infektionen.<sup>110</sup> Auch längerfristige chronische und psychische Belastungen, sowie Komplikationen bei Schwangerschaft und Geburt können hinzutreten.<sup>111</sup> Hinzu kommt, dass die weibliche Genitalverstümmelung in Form der Beschneidung überwiegend in afrikanischen Ländern Brauchtum ist.<sup>112</sup> Sie wird dort unter hygienisch miserablen Umständen und mit nicht fachgerechten Instrumenten durchgeführt.<sup>113</sup> Eine Studie der Frauenrechtsorganisation *Terre des Femmes* berichtet im Rahmen der häufigsten Methoden über die Durchführung der weiblichen Beschneidung mit Glasscherben oder Rasierklingen.<sup>114</sup> Diese Instrumente führen über die Konsequenzen des Eingriffs selbst zu weiteren Verletzungen. Zudem wird der Eingriff meist von Frauen ausgeführt, die kaum über Kenntnisse der weiblichen Anatomie verfügen.<sup>115</sup> Die Regeln ärztlicher Kunst, wie sie im Rahmen der Beschneidung männlicher Kinder gemäß § 1631d Abs. 1 BGB einzuhalten sind, werden bei der Beschneidung weiblicher Kinder keineswegs beachtet.<sup>116</sup> Dies gilt auch für § 1631d Abs. 2 BGB, da den religiösen Beschneidern gewisse

---

<sup>109</sup> Ausführungen von *Dabrock* in der Plenarsitzung des Ethikrats am 23.8.2012, S. 3, abrufbar unter: [https://www.ethikrat.org/fileadmin/PDF-Dateien/Veranstaltungen/Dabrock\\_-\\_Beschneidung.pdf](https://www.ethikrat.org/fileadmin/PDF-Dateien/Veranstaltungen/Dabrock_-_Beschneidung.pdf) (zuletzt abgerufen am 22.6.2022); *Schulze* (Fn. 82), S. 51.

<sup>110</sup> *Gruber/Kulik/Binder*, Studie zur weiblichen Genitalverstümmelung, *Terre des Femmes*, 2005, S. 12; *Ringel/Meyer*, § 226a – Straftatbestand der Frauenbeschneidung und verfassungswidrige Ungleichbehandlung, 2014, S. 67.

<sup>111</sup> *Rosenke*, Die Verstümmelung weiblicher Geschlechtsorgane, ZRP 2001, 377 (378); BT-Drucks. 17/13707, S. 4.

<sup>112</sup> *Zöller/Thörnich*, Die Verstümmelung weiblicher Genitalien (§ 226a StGB), JA 2014, 167 (168); *Rittig*, Der neue § 226a StGB, JuS 2014, 499 (500).

<sup>113</sup> *Gruber/Kulik/Binder* (Fn. 110), S. 9; ähnlich *Sotiriadis*, Der neue Straftatbestand der weiblichen Genitalverstümmelung: § 226a StGB, ZIS 2014, 320 (327).

<sup>114</sup> *Gruber/Kulik/Binder* (Fn. 110), S. 9; *Bumke*, Zur Problematik frauenspezifischer Fluchtgründe, NVwZ 2002, 423 (426).

<sup>115</sup> *Gruber/Kulik/Binder* (Fn. 110), S. 9.

<sup>116</sup> *Sotiriadis* (Fn. 113), S. 327.

medizinische wie hygienische Kenntnisse abverlangt werden. Das ist jedoch bei der Vornahme der weiblichen Beschneidung nicht der Fall.

Auch in Bezug auf die Intensität des Eingriffs ist die weibliche Genitalverstümmelung nur bedingt mit der männlichen Beschneidung vergleichbar. Denn die Vornahme einer Beschneidung an Frauen in Deutschland lässt sich nicht genau beziffern. Zwar leben seit der Flüchtlingskrise 2015/2016 deutlich mehr genitalverstümmelte Frauen in Deutschland,<sup>117</sup> diese Verstümmelungen wurden jedoch weit überwiegend in ihren Heimatländern durchgeführt. Darüber, ob und in welchem Ausmaß weibliche Genitalverstümmelungen in Deutschland vorgenommen werden, gibt es keine gesicherten Angaben. Im Jahr 2018 gab es laut der polizeilichen Kriminalstatistik vier Fälle weiblicher Genitalverstümmelung in Deutschland, 2019 wurde ein Fall bekannt und im Jahr 2020 gab es keinen weiteren Fall weiblicher Genitalverstümmelung, der polizeilich bekannt wurde.<sup>118</sup> Dennoch seien in Deutschland ca. 14.900 Frauen von einer entsprechenden Tat bedroht.<sup>119</sup> Es muss allerdings auch mit einer Dunkelziffer gerechnet werden; so spricht der Frauenrechtsverein *Terre des femmes* von 70.218 Frauen, die im Jahr 2019 in Deutschland von Genitalverstümmelungen betroffen waren.<sup>120</sup> Trotz der geringen strafrechtlichen Relevanz des § 226a StGB wollte der Gesetzgeber mit dieser Regelung einen höheren Schutz für Betroffene erreichen.<sup>121</sup> Zwar komme

<sup>117</sup> BMFSFJ, Pressemitteilung v. 26.6.2020, abrufbar unter: <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/aktuelles/presse/pressemitteilungen/ministerin-giffey-stellt-zahlen-zu-weiblicher-genitalverstuemmung-vor-156804> (zuletzt abgerufen am 22.6.2022).

<sup>118</sup> *Wissenschaftliche Dienste des Bundestags*, Zur Praktizierung weiblicher Genitalverstümmelung in Deutschland, WD 9 – 3000 – 098/20, S. 7, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/816846/c8cb7909b38ac1e42efae18fe586c14/WD-9-098-20-pdf-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 22.6.2022).

<sup>119</sup> *Fischer*, StGB, 69. Aufl. 2022, § 226a Rn. 2a.

<sup>120</sup> *Terre des femmes*, Pressemitteilung v. 10.10.2019, abrufbar unter: <https://www.frauenrechte.de/presse/aktuelle-pressemitteilungen/4046-anlaesslich-des-internationalen-maedchentages-70-218-betroffene-frauen-und-maedchen-terre-des-femmes-e-v-veroeffentlicht-neue-dunkelzifferstatistik-zu-weiblicher-genitalverstuemmung-in-deutschland> (zuletzt abgerufen am 22.6.2021);

Eine Studie der *Integra* in Zusammenarbeit mit dem Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend schätzte die Zahl der von Genitalverstümmelungen betroffenen Frauen im Jahr 2016 auf 47.359, abrufbar unter: <https://www.netzwerk-integra.de/wp-content/uploads/2021/07/Eine-empirische-Studie-zu-Genitalverstuemmung-in-Deutschland.pdf>, S. 22 (zuletzt abgerufen am 22.6.2022); wobei diese Studien keine Aussagen über die Zahl der in Deutschland von Genitalverstümmelung bedrohten Frauen treffen.

<sup>121</sup> BT-Drucks. 17/13707, S. 4.

einer strafrechtlichen Verfolgung im Ausland nur eine geringe Relevanz zu,<sup>122</sup> dem Gesetzgeber ging es aber darum, das Unrechtsbewusstsein für Taten dieser Art zu verstärken<sup>123</sup> und von Genitalverstümmelungen bedrohte Frauen in Deutschland zu schützen. Die Vornahme von Genitalverstümmelungen in Ausland kann durch § 226a StGB weder bestraft noch verhindert werden. Nichtsdestotrotz hat der Gesetzgeber die Art und Weise der Durchführung der weiblichen Genitalverstümmelung und ihre Folgen zum Anlass genommen, sich klar gegen solche Eingriffe zu positionieren und die Durchführung von Genitalverstümmelungen in Deutschland zu verhindern.

Daraus wird ersichtlich, dass die verschiedenen Begleitumstände der Durchführung auch unterschiedliche Konsequenzen haben. Die Vornahme einer Beschneidung an Mädchen oder Frauen in Deutschland kann in Bezug auf das medizinische Umfeld nur schwer mit der Beschneidung von Jungen nach § 1631d BGB verglichen werden. Insofern vermögen biologischen Gründe die Ungleichbehandlung kaum zu rechtfertigen. Es bleibt aber festzuhalten, dass die langfristigen Folgen der Beschneidung bei Frauen deutlich schwerer sind als bei der männlichen Beschneidung.

#### bb) Kollidierendes Verfassungsrecht

Fraglich ist, ob die Ungleichbehandlung auch im Rahmen der Abwägung mit kollidierendem Verfassungsrecht gerechtfertigt werden kann. Dabei ist das Recht der Eltern auf religiöse Erziehung aus Art. 6 Abs. 2 i. V. m. Art. 4 Abs. 1, 2 GG in den Blick zu nehmen.

Die Beschneidung männlicher Kinder ist vom Erziehungsrecht der Eltern umfasst, sofern sie im Rahmen der Religionsausübung erfolgt. Die weibliche

---

<sup>122</sup> Das deutsche Strafrecht findet gemäß § 5 Nr. 9a lit. b StGB Anwendung, sofern der Täter zur Tatzeit Deutscher ist oder das Opfer seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat. Durch diese Regelung sollte ein „Beschneidungstourismus“ verhindert werden (*Fischer* (Fn. 119), § 5 Rn. 9a). Dem wird vor allem durch die Regelungen der Verjährung Rechnung getragen. Gemäß §§ 38, 78 Abs. 2 Nr. 2 StGB verjährt die Verstümmelung weiblicher Genitalien erst nach 20 Jahren. Zudem ruht die Verjährung nach § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB bis zur Vollendung des 30. Lebensjahres des Opfers. Trotz aller Bemühungen des Gesetzgebers setzt die Strafverfolgung einer im Ausland begangenen Genitalverstümmelung jedoch auch voraus, dass die Tat zur Anzeige gebracht wird. Dabei ist besonders problematisch, dass eine Genitalverstümmelung oftmals im Geheimen vorgenommen wird und es für die Opfer eine enorme Hürde darstellt, die Tat anzuzeigen, sodass es nur selten zu einer Strafverfolgung kommt.

<sup>123</sup> BT-Drucks. 17/13707, S. 4.

Genitalverstümmelung in Form der Beschneidung hat viele Motive: Zum einen wird die Tradition angeführt, denn die Beschneidung wird seit Jahrhunderten durchgeführt und stellt daher einen Brauch dar, der nicht hinterfragt wird und dessen Missachtung zu Sanktionen führt.<sup>124</sup> Unbeschnittene Frauen werden stigmatisiert und von der gesellschaftlichen Gruppe ausgeschlossen.<sup>125</sup> Darüber hinaus gelten beschnittene Frauen als rein; auch Rollenerwartungen und Sexualität spielen eine entscheidende Rolle.<sup>126</sup> In vielen Gruppen verdienen Frauen nur Respekt, wenn sie die gesellschaftlichen Erwartungen erfüllen, indem sie ein eingeschränktes sexuelles Verlangen zeigen und ihre Rolle als Ehefrau und Mutter erfüllen.<sup>127</sup> Die Beschneidung dient damit auch dem Zweck, die Sexualität der Frau zu kontrollieren.<sup>128</sup> Es wird angenommen, die Frau leide durch die Reibung der unbeschnittenen Klitoris an einer sexuellen Überaktivität, die zu außerehelichem Geschlechtsverkehr, Prostitution und Masturbation führe.<sup>129</sup>

Wie die Beschneidung männlicher Kinder wird auch die Beschneidung von Mädchen auf religiöse Motive bzw. heilige Mythen zurückgeführt. Im Islam wird die Beschneidung unter Berufung auf sog. Hadithe, Aussprüche des Propheten Mohammed, legitimiert.<sup>130</sup> Dabei existieren jedoch innerhalb des Islams verschiedene Ansichten, wonach einige die Beschneidung von Mädchen als verpflichtend ansehen, andere sie hingegen strikt ablehnen.<sup>131</sup> Innerhalb der afrikanischen Gruppen basiert die Mädchenbeschneidung vor allem auf alten Bräuchen und der Tradition der Vorfahren, die dem Mädchen zu einer neuen Stellung innerhalb der Gesellschaft verhilft.<sup>132</sup> Die Beschneidung stellt ein Eintrittsritual in die Welt der Erwachsenen dar.<sup>133</sup>

Maßgebend für die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung ist, ob die Beschneidung minderjähriger Mädchen ebenso wie die Beschneidung von Jungen im Rahmen des elterlichen Rechts auf religiöse Erziehung gerechtfertigt werden kann. Dabei ist entscheidend, ob die Eltern die Mädchenbeschneidung als eine religiöse Pflicht oder Tradition ansehen, die für das elterliche

---

<sup>124</sup> Engels, Die islamrechtliche Beurteilung der Mädchenbeschneidung, 2008, S. 22.

<sup>125</sup> Ebd.; Gruber/Kulik/Binder (Fn. 110), S. 26.

<sup>126</sup> Gruber/Kulik/Binder (Fn. 110), S. 26.

<sup>127</sup> Ebd.

<sup>128</sup> Engels (Fn. 124), S. 21 f.

<sup>129</sup> Ebd., S. 29 f.

<sup>130</sup> Ebd., S. 62.

<sup>131</sup> Gruber/Kulik/Binder (Fn. 110), S. 27.

<sup>132</sup> Engels (Fn. 124), S. 23.

<sup>133</sup> Gruber/Kulik/Binder (Fn. 110), S. 27.



Erziehungskonzept wichtig ist und ob die Eltern dabei die Grenzen des Kindeswohls beachten. Wenn die Beschneidung der Erfüllung einer Rollenerwartung innerhalb des sozialen Umfelds dienen soll, so wird damit die Unterdrückung der Frau und ihrer Sexualität beabsichtigt.<sup>134</sup> Oftmals sollen durch die Beschneidung auch der Brautpreis erhöht und die Verheiratungschancen der Tochter verbessert werden.<sup>135</sup> Eine Beschneidung aus solchen Gründen erniedrigt die Betroffenen und kann nicht gerechtfertigt werden.

Es erscheint zudem fraglich, ob die Beschneidung von Mädchen tatsächlich auf religiösen Motiven beruht. Innerhalb afrikanischer Gruppen manifestiert sich der Glaube weniger in Schriftgläubigkeit, sondern vielmehr durch Bräuche, Traditionen und Feste.<sup>136</sup> Die Beschneidung beruht dabei auf einer Jahrhunderte alten Tradition. Dabei ist jedoch der mit der Beschneidung symbolisierte Eintritt in das Erwachsensein wesentlicher Beweggrund. Sie weist keinen transzendenten Bezug auf, sondern die Beschneidung ist Teil des Lebenszyklus, der das Mädchen auf ihre Rolle als Ehefrau und Mutter vorbereiten soll. Die Beschneidung dient als Mittel, dem Mädchen zu vermitteln, sich gesellschaftskonform zu verhalten, indem sie ein nur sehr zurückhaltendes sexuelles Verlangen zeigen soll.

Erschwerend hinzu kommt die zusätzliche Gefährdung durch die Umstände, unter denen die Beschneidung von Mädchen stattfindet. Diese Intentionen und Umstände sind nicht vom religiösen Erziehungsrecht der Eltern gedeckt und können den Eingriff in die körperliche Integrität des Mädchens nicht rechtfertigen. Die Beschneidung von Jungen lässt sich durch das Elternrecht auf religiöse Erziehung gemäß Art. 6 Abs. 2 i. V. m. Art. 4 Abs. 1, 2 GG verfassungsrechtlich rechtfertigen; die Beschneidung von Mädchen hingegen nicht.

#### cc) Zwischenergebnis

Vor dem Hintergrund, dass der weiblichen Genitalverstümmelung keine im eigentlichen Sinne religiösen Motive zugrundeliegen, kann das Recht der Eltern auf religiöse Erziehung gemäß Art. 4 Abs. 1, 2 i. V. m. Art. 6 Abs. 2 GG eine Ungleichbehandlung durch die gesetzliche Differenzierung der Strafbarkeit der Beschneidung zwischen § 1631d BGB und § 226a StGB rechtfertigen.

---

<sup>134</sup> Ringel/Meyer (Fn. 110), S. 65.

<sup>135</sup> Ebd., S. 66.

<sup>136</sup> Engels (Fn. 124), S. 27; Rittig (Fn. 112), S. 503 f.

*c) Gesetzliche Verortung von § 1631d BGB und § 226a StGB*

Es gilt abschließend zu klären, warum die Beschneidung von Jungen der elterlichen Sorge im BGB unterstellt ist, die weibliche Genitalverstümmelung hingegen als Straftatbestand des StGB ausgestaltet wurde.

Aus strafrechtlicher Sicht stellen sowohl die Beschneidung von Jungen als auch die weibliche Genitalverstümmelung Körperverletzungen i. S. d. StGB dar. Mit Blick auf die Rechtfertigung dieser Taten ist jedoch zu differenzieren: Wie bereits dargelegt, unterscheiden sich beide Handlungen hinsichtlich ihrer Intensität und der Folgen für die Betroffenen. Die Einwilligung der Eltern in die Beschneidung ihres Sohnes kann gemäß § 1631d BGB strafrechtlich rechtfertigende Wirkung entfalten. In die Beschneidung von Mädchen können die Eltern hingegen nicht rechtfertigend einwilligen. Dabei setzt die rechtfertigende Einwilligung gemäß § 228 StGB unter anderem voraus, dass die zu rechtfertigende Tat nicht sittenwidrig ist. Eine Tat ist sittenwidrig, wenn sie gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt.<sup>137</sup> Die Maßstäbe der Sittenwidrigkeit sind jedoch äußerst umstritten. Letztlich kann davon ausgegangen werden, dass eine Sittenwidrigkeit umso eher vorliegen wird, je intensiver der Eingriff ist und je weniger nachvollziehbar der Eingriffsgrund ist.<sup>138</sup>

Die Folgen einer Beschneidung bei Mädchen sind, wie soeben erläutert, deutlich schwerer als mögliche Risiken nach der Beschneidung der männlichen Vorhaut.<sup>139</sup> Des Weiteren ist zu beachten, dass die weibliche Genitalverstümmelung nicht auf religiösen Gründen beruht, sondern vielmehr als Eintrittsritus in die Welt der Erwachsenen angesehen wird und der Unterdrückung der weiblichen Sexualität dient.<sup>140</sup> Insofern sind die Gründe der Vornahme einer weiblichen Beschneidung unter Berücksichtigung der Werte unserer Verfassung kaum nachvollziehbar. Die Intensität des Eingriffs und die diesem zugrundeliegende Motivation vermögen die Vornahme der weiblichen Genitalverstümmelung nicht zu rechtfertigen. Die Einwilligung in die weibliche Genitalverstümmelung gemäß § 228 StGB ist vor diesem Hintergrund sittenwidrig.

---

<sup>137</sup> BGHSt 4, 24 (32).

<sup>138</sup> *Sotiriadis* (Fn. 113), S. 332.

<sup>139</sup> Siehe dazu oben **D. IV. 1. b) aa), bb)**.

<sup>140</sup> Siehe dazu oben **D. IV. 1. b) bb)**.

Die elterliche Einwilligung in die Beschneidung des männlichen Gliedes gemäß § 1631d BGB kann hingegen durch religiöse Gründe gerechtfertigt werden.<sup>141</sup> Insofern ist § 228 StGB einschlägig und die Entscheidung über diesen Eingriff obliegt daher, sofern das Kind noch minderjährig ist, der elterlichen Sorge, die in den §§ 1626 ff. BGB verortet ist. Die Genitalbeschneidung von Mädchen hingegen verstößt gegen das Kindeswohl<sup>142</sup> und ihre Vornahme ist von vornherein rechtswidrig. Die Personensorge der Eltern umfasst daher nicht das Recht, in die weibliche Genitalbeschneidung einzuwilligen. Die weibliche Genitalverstümmelung wurde auch von der vierten Weltfrauenkonferenz der Vereinten Nationen 1995 als Menschenrechtsverletzung qualifiziert.<sup>143</sup> Aus diesen Gründen wurde die Genitalverstümmelung von Frauen als Straftatbestand im StGB ausgestaltet und unterfällt nicht der elterlichen Sorge des BGB.

## 2. Benachteiligung wegen des Glaubens oder der religiösen Anschauung

Der Wortlaut des § 1631d Abs. 1 BGB knüpft nicht an den Glauben oder die Religionszugehörigkeit an. Zudem wollte der Gesetzgeber mit dieser Regelung kein religiöses Sonderrecht schaffen.<sup>144</sup> Nach § 1631d Abs. 2 BGB darf die Beschneidung von Jungen in den ersten sechs Monaten nach der Geburt auch durch eine „von einer Religionsgesellschaft dazu vorgesehene[n] Person“ durchgeführt werden. Darin könnte eine Ungleichbehandlung gegenüber solchen Kindern liegen, die keiner Religionsgemeinschaft angehören. Mit dieser Regelung wollte der Gesetzgeber die Tradition der Beschneidung in jüdischen Gemeinden durch sog. Mohel aufrechterhalten.<sup>145</sup> Es handelt sich daher dennoch um religiöses Sonderrecht. Die Beschneidung durch religiöse Beschneider ist aber auch möglich, ohne dass die Eltern einer bestimmten Religionsgemeinschaft angehören. Eine Ungleichbehandlung aufgrund des Glaubens liegt somit nicht vor.

## 3. Ergebnis

§ 1631d BGB verstößt nicht gegen das Gleichheitsgrundrecht des Art. 3 Abs. 2, 3 GG.

---

<sup>141</sup> Siehe dazu oben **D. I. 3. d), II. 3. d)**.

<sup>142</sup> Vgl. *BGH*, NJW 2005, 672 (673).

<sup>143</sup> *Engels* (Fn. 124), S. 44.

<sup>144</sup> BT-Drucks. 17/11295, S. 16.

<sup>145</sup> *Germann* (Fn. 3), S. 423 f.; *Spickhoff*, Grund, Voraussetzungen und Grenzen des Sorgerechts bei Beschneidung männlicher Kinder, *FamRZ* 2013, 337 (342).

## V. Schutz der Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG

Letztlich könnte die Einwilligung der Eltern in die medizinisch nicht indizierte Beschneidung ihres Kindes einen Eingriff in die Menschenwürde gemäß Art. 1 Abs. 1 GG darstellen. Dem Schutz der Menschenwürde gemäß Art. 1 Abs. 1 GG kommt eine besondere Stellung zu, denn es wird vorbehalts- und schrankenlos gewährleistet. Insofern können Eingriffe in dieses Grundrecht niemals gerechtfertigt werden.<sup>146</sup>

### 1. Schutzbereich

Der persönliche Schutzbereich des Art. 1 Abs. 1 GG erfasst jeden Menschen, es handelt sich um ein Jedermann-Grundrecht.<sup>147</sup> In sachlicher Hinsicht ist der Schutzbereich davon abhängig, wie der Begriff der „Würde des Menschen“ zu verstehen ist. Fasst man die zentralen Aspekte verschiedener Auffassungen zusammen, so ergeben sich drei Teilbereiche, die den Schutz menschlicher Würde ausmachen: die körperliche und seelische Integrität, die rechtliche Gleichheit des Menschen und die Gewährleistung eines Existenzminimums.<sup>148</sup> Letztlich soll die Einhaltung eines Minimalstandards bei der Behandlung von Menschen durch den Staat oder Dritte geschützt werden.<sup>149</sup> Durch § 1631d BGB wird in die körperliche und seelische Integrität der Minderjährigen eingegriffen. Dadurch könnte die Menschenwürde der Minderjährigen betroffen sein, sodass der Schutzbereich des Art. 1 Abs. 1 GG eröffnet ist.

### 2. Eingriff

Ein Eingriff in die Menschenwürde liegt nach der sog. „Objektformel“<sup>150</sup> vor, wenn ein Mensch einer Behandlung ausgesetzt ist, die seine Subjektqualität grundsätzlich in Frage stellt und ihn zum bloßen Objekt staatlichen Handelns macht.<sup>151</sup> Fraglich ist, ob die medizinisch nicht indizierte Beschneidung menschenwürdedidrige Merkmale aufweist, die über die Verletzung der körperlichen Unversehrtheit hinaus reichen. Teilweise wird eine Herabwürdigung der Betroffenen darin gesehen, dass die Gesundheit nicht notwendigerweise gefährdet und die Körperfunktion und Sexualität der

<sup>146</sup> *Kunig/Kotzur*, in: v. Münch/Kunig I, 7. Aufl. 2021, Art. 1 Rn. 17.

<sup>147</sup> *Ebd.*, Art. 1 Rn. 25.

<sup>148</sup> *Kingreen/Poscher*, Grundrechte. Staatsrecht II, 36. Aufl. 2020, Rn. 417.

<sup>149</sup> *V. Münch/Mager* (Fn. 104), Rn. 165.

<sup>150</sup> BVerfGE 96, 375 (399).

<sup>151</sup> *Ebd.*; BVerfGE 115, 118 (152).

Betroffenen dauerhaft beeinträchtigt wird.<sup>152</sup> Dies vermag jedoch nur bedingt zu überzeugen. § 1631d BGB ermöglicht den Eltern die Einwilligung in die Beschneidung ihrer Kinder. Damit sollen die Kinder nicht zum Objekt staatlichen Handelns gemacht oder einer Behandlung unterzogen werden, die ihre Subjektqualität infrage stellt. Vielmehr geht es darum, den Eltern die Möglichkeit zu geben, sich im Rahmen ihres Erziehungsrechts aus Art. 6 Abs. 2 GG (ggf. i. V. m. Art. 4 GG) zu entscheiden, ob sie ihr Kind beschneiden lassen wollen. Für die Entscheidung sprechen meist religiöse Gründe, wobei die Eltern dann ihrem Kind nicht schaden wollen, sondern die Integration des Kindes in die Religionsgemeinschaft fördern und ihnen religiöse Werte mit auf den Weg geben wollen. Die Beschneidung wird dann innerhalb der Religionsgemeinschaft in einem feierlichen Akt vollzogen und es wird ein Fest gefeiert, bei dem die Betroffenen im Mittelpunkt stehen.<sup>153</sup> Es handelt sich zwar um einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit, der Personenwert der Betroffenen wird dabei jedoch nicht in Frage gestellt.

Sofern die Entscheidung der Eltern auf solchen Motiven beruht wie der Verhinderung der Masturbation, würde der Minderjährige durch die Einwilligung hingegen zum Objekt herabgewürdigt. Gerade dies soll jedoch durch § 1631d Abs. 1 Satz 2 BGB vermieden werden.

### 3. Ergebnis

§ 1631d BGB greift damit nicht in die Menschenwürde der Betroffenen gemäß Art. 1 Abs. 1 GG ein.

## VI. Ergebnis der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von § 1631d BGB

Es kann festgehalten werden, dass die Einwilligung der Eltern in die Beschneidung des Kindes nach § 1631d BGB einen Eingriff in das Grundrecht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG darstellt. Dieser kann durch das Recht der Eltern auf religiöse Erziehung gemäß Art. 6 Abs. 2 i. V. m. Art. 4 Abs. 1, 2 GG, sowie die Religionsfreiheit gemäß Art. 4 Abs. 1, 2 GG gerechtfertigt werden. Es liegt zudem ein Eingriff in die Religionsfreiheit des Kindes aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG vor, der ebenfalls durch das

---

<sup>152</sup> Grams, Verfassungswidrige Legalisierung – „Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes“ (aus nicht-medizinischen Gründen), GesR 2013, 332 (334).

<sup>153</sup> Manok (Fn. 62), S. 172.

religiöse Erziehungsrecht der Eltern aus Art. 6 Abs. 2 i. V. m. Art. 4 Abs. 1, 2 GG gerechtfertigt werden kann.

Der Eingriff in das Recht der Eltern auf religiöse Erziehung ihres Kindes ist unter Berücksichtigung des staatlichen Wächteramtes aus Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG gerechtfertigt. Eine Benachteiligung wegen des Geschlechts i. S. v. Art. 3 Abs. 2, 3 GG kann vor allem durch religiöse Gründe gerechtfertigt werden.

### **E. Eine (fast) gelungene Lösung eines komplexen Problems**

Wenn § 1631d BGB Verhaltensweisen erfasst, die nicht von Art. 6 Abs. 2 i. V. m. Art. 4 Abs. 1, 2 GG geschützt sind und die körperliche Unversehrtheit des Kindes erheblich beeinträchtigen, dann verletzt der Staat seine Schutzpflichten gegenüber dem Kind. Die Einwilligung der Eltern in die medizinisch nicht indizierte Beschneidung gemäß § 1631d BGB ist daher nur verfassungskonform, wenn sie aus religiösen Motiven erfolgt. Andere Gründe vermögen diese irreversible Maßnahme nicht zu rechtfertigen.

Dieses Ergebnis könnte im Wege verfassungskonformer Auslegung erreicht werden, sofern es dem Wortlaut und Willen des Gesetzgebers entspricht.<sup>154</sup> Einer Begrenzung der Regelung auf religiöse Motive könnte entgegenstehen, dass der Gesetzgeber mit der Einführung des § 1631d BGB kein religiöses Sonderrecht schaffen wollte.<sup>155</sup> Dies hat er aber gerade mit der Einführung des § 1631d Abs. 2 BGB getan, indem die Beschneidung durch religiöse Beschneider in den ersten sechs Monaten nach der Geburt eines Kindes ermöglicht wird. In der Begründung zum Gesetzesentwurf wird betont, der Gesetzgeber wollte nicht nach der Motivation der Eltern differenzieren.<sup>156</sup> Andererseits spricht er aber auch exemplarisch eine Unzulässigkeit der Einwilligung an, wenn diese der Erschwerung der Masturbation dienen soll.<sup>157</sup> Daran wird deutlich, dass der Gesetzgeber durchaus einen Spielraum für Wertungen lässt. Eine verfassungskonforme Auslegung ist mithin möglich und zum Schutz des Kindes auch erforderlich.

Die Einwilligung der Eltern in die Beschneidung ihres Kindes nach § 1631d BGB ist im Wege verfassungskonformer Auslegung auf religiöse Motive zu begrenzen.

---

<sup>154</sup> *BVerfG*, Urt. v. 9.2.1982 – 1 BvR 845/79.

<sup>155</sup> BT-Drucks. 17/11295, S. 16.

<sup>156</sup> *Ebd.*

<sup>157</sup> *Ebd.*, S. 18; *Herzberg*, Die Beschneidung gesetzlich gestatten?, ZIS 2012, 486 (486).

Die Debatte um die Möglichkeit der Einwilligung in die Beschneidung durch die Eltern hat gezeigt, dass in unserer Gesellschaft zwei Glaubensgemeinschaften angekommen sind, die ihre Religion anders, leiblich einschneidender bezeugen, als es Christen tun. Wo verschiedene Kulturen aufeinandertreffen, entstehen Konflikte. Im Falle der Beschneidung war der Gesetzgeber gefragt, diesen Konflikt zu lösen. Mit der Einführung des § 1631d BGB hat er die Rechtssicherheit für Juden und Muslime in Deutschland wiederhergestellt. Die Debatte um die Beschneidung ist letztlich eine Debatte über die Grundlagen des gesellschaftlichen Zusammenlebens. Der Gesetzgeber hat mit § 1631d BGB auch ein Zeichen für Toleranz in unserer pluralistischen Gesellschaft gesetzt. In der ausführlichen Gesetzesbegründung spiegelt sich die Wahrnehmung der öffentlichen Debatte wider.

Zuletzt ist anzuführen, dass der Gesetzgeber mit § 1631d BGB eine fast gelungene Lösung dieses komplexen rechtlichen und gesellschaftlichen Problems gefunden hat, denn es ist eine Korrektur im Hinblick auf die Begrenzung auf religiöse Motive vorzunehmen. Es handelt sich dabei jedoch keinesfalls um eine „bizarre Missachtung kindlicher Rechte“.

**Ben Brandwein\***

## **Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Grundrechtsbindung privater Akteure**

### **Abstract**

Auch über vier Jahre nach der Entscheidung des *Ersten Senats* zu einem bundesweiten Hausverbot für Fußballstadien (Beschl. v. 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09) ist noch nicht final geklärt, welche Folgen diese Jurisdiktion für die Dogmatik der Auswirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr haben sollte. Der Beitrag möchte diese Entscheidung und die nachfolgenden Debatten aus verfassungsrechtlicher Sicht beleuchten und ihn in die global geführte *Business and Human Rights*-Thematik einordnen.

---

\* Der Autor studiert im achten Semester Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Er ist studentische Hilfskraft am dortigen Institut für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Insolvenzrecht, Lehrstuhl Prof. Dr. Thomas Lobinger. Der Beitrag beruht auf einer im Sommersemester 2021 bei Prof. Dr. Anne Peters, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, verfassten Seminararbeit. Der Beitrag wurde redaktionell betreut von stud. iur. Ruben Zimmermann.



## A. Fragestellung

Adressat von Grund- und Menschenrechtskatalogen ist seit jeher hoheitliche Gewalt.<sup>1</sup> Das Handeln des Staates gegenüber dem Bürger<sup>2</sup> ist es, das hierdurch begrenzt wird. Nichts anderes gilt heute unter dem Grundgesetz: Nach Art. 1 Abs. 3 GG binden die Grundrechte „Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung“. Dieser Grundsatz ist international konstant: Entweder kodifiziert, wie in Art. 35 Abs. 2 Schweizerische Bundesverfassung, oder aber als Selbstverständlichkeit der jeweiligen Grundrechtsdogmatik und -rechtsprechung.<sup>3</sup> Früh wurde diskutiert, ob und inwieweit auch Private Grundrechte berücksichtigen müssen.

In Deutschland haben sich hierzu in der Literatur mehrere Konstruktionswege konsolidiert. Das *BVerfG* äußerte sich erstmals im Jahr 1958 zu der Frage<sup>4</sup> und entwickelte seine Rechtsprechung hierzu seitdem kontinuierlich weiter. Der Diskurs über die Grundrechtsverpflichtung Privater wurde jahrzehntelang bezogen auf *alle* Privatrechtssubjekte geführt. Die Entwicklungen auf den Feldern der Digitalisierung, wirtschaftlichen Monopolisierung und gesellschaftlichen Segregation seit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes und seit dem Entstehen der Grundzüge der Drittwirkungsdogmatik nur einige Jahre später sind dramatisch. Daher muss die Frage aufgeworfen werden, ob die teils übermächtige Stellung großer privater Akteure gegenüber dem Einzelnen Konsequenzen für die Handhabung der Grundrechte haben muss. Ausgangspunkt für einen solchen Paradigmenwechsel könnte der Beschluss des *BVerfG* im „Stadionverbot“-Fall<sup>5</sup> aus dem Jahr 2018 sein: Ihr lag ein Sachverhalt zugrunde, in der sich eine einzelne natürliche Person und ein privater Verband gegenüberstanden. Im Ergebnis statuierte das *BVerfG* hier eine Pflicht des

<sup>1</sup> Zur geringen Verbindlichkeit etwa der D.D.H.C. als „Programmsätze“ an den Gesetzgeber aber *Classen*, in: Isensee/Kirchhof, P., Handbuch des Staatsrechts IX, 3. Aufl. 2011, § 187 Rn. 7 ff.; *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960, S. 23 f. und *Schöbener/Knauff*, Allgemeine Staatslehre, 2019, § 5 Rn. 142, ein Verständnis, das auch den Gewährleistungen der WRV zugrunde lag, hierzu *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, 95. EL 2021, Art. 1 Abs. 3 GG Rn. 7 m. Fn. 2; *Hillgruber*, in: BeckOK-GG, Ed. 50, Stand: 15.2.2022, Art. 1 GG Rn. 61.

<sup>2</sup> Das generische Maskulinum dient hier und überall lediglich als *nomen agendi*.

<sup>3</sup> Vgl. für die USA *Giegerich*, Privatwirkung der Grundrechte in den USA, 1992, S. 16, 38 ff., aus der Rechtsprechung nur *U. S. Supreme Court, Trustees of Dartmouth College v. Woodward*, 2.2.1819, 17 U. S. (4 Wheat.) 518 (1819) und *U. S. Supreme Court, Barron v. Baltimore*, 16.2.1833, 32 U.S. (7 Pet.) 243 (1833); für Großbritannien *Sales*, Rights and Fundamental Rights in English Law, Cambridge Law Journal, 75(1) (2016), 86 (89 ff.); für Frankreich *Stelten*, Gerichtlicher Grundrechtsschutz in Frankreich, 2018, S. 264.

<sup>4</sup> BVerfGE 7, 198 ff. (Lüth).

<sup>5</sup> BVerfGE 148, 267 ff. (Stadionverbot).

Verbunds aus Deutschem Fußball-Bund, Ligaverband und sämtlichen Vereinen der Fußball-Bundesliga, die ein Stadionverbot aussprachen, hierbei nach einem sachlichen Grund zu entscheiden<sup>6</sup> und verfahrensmäßige Anforderungen wie eine Anhörung<sup>7</sup> zu berücksichtigen. Dies kommt in der Sache Pflichten staatlicher Gewalt aus Art. 3 Abs. 1 GG<sup>8</sup> und den §§ 24, 28, 39 Abs. 1 VwVfG<sup>9</sup> gleich. Schon aufgrund der lebhaften Debatte, die die Entscheidung auslöste, ist ihr „systemsprengende[s] Potential“<sup>10</sup> zu attestieren. Darüber hinaus markiert sie – wenngleich schon vor der Entscheidung zu dem Problem „alles gesagt“<sup>11</sup> schien – nach Ansicht einiger<sup>12</sup> einen Wendepunkt in der Rechtsprechung des BVerfG hin zu einer „unmittelbaren Drittwirkung“ der Grundrechte für Private.

Zwar wurde das Verhältnis der Entscheidung zur bisherigen Rechtsprechung des BVerfG zur Geltung der Grundrechte zwischen Privaten eingehend beleuchtet und in (rekonstruierte) Entscheidungsmuster eingeordnet<sup>13</sup>; ihre Bedeutung für die Privatwirkungsdebatte von nicht über den Einzelfall hinauswirkend<sup>14</sup> bis hin zu neue Maßstäbe setzend<sup>15</sup> eingeschätzt. Das Kriterium der „spezifischen Konstellation“<sup>16</sup>, in der die Rechtsfolgen der „Stadionverbot“-Entscheidung

<sup>6</sup> BVerfGE 148, 267 (284 Rn. 41, 287 Rn. 52) (Stadionverbot).

<sup>7</sup> BVerfGE 148, 267 (285 f. Rn. 46 f.) (Stadionverbot).

<sup>8</sup> Vgl. zum (Mindest-)erfordernis eines sachlichen Grundes für die Rechtfertigungen von Ungleichbehandlungen statt aller nur BVerfGE 1, 264 (275 f.) (Bezirksschornsteinfeger); BVerfGE 116, 135 (161 Rn. 89) (Vergaberecht); *Kischel*, in: BeckOK-GG (Fn. 1), Art. 3 Rn. 24; *Kirchhof, P.*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 1), Art. 3 Abs. 1 Rn. 264 f.; *Pietzcker*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa V, 2013, § 125 Rn. 40.

<sup>9</sup> Letztere Parallele ziehen jedenfalls *Mickl*, *Situativ staatsgleiche Grundrechtsbindung privater Akteure*, JZ 2018, 910 (915) und *Kulicke*, *Horizontalwirkung im Vergleich*, 2020, S. 208.

<sup>10</sup> *Hellgardt*, *Wer hat Angst vor der unmittelbaren Drittwirkung? Die Konsequenzen der Stadionverbot-Entscheidung des BVerfG für die deutsche Grundrechtsdogmatik*, JZ 2018, 901 (908).

<sup>11</sup> *Mickl* (Fn. 9), S. 910.

<sup>12</sup> Bejahend *Jobst*, *Konsequenzen einer unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater*, NJW 2020, 11 (11); *Hellgardt* (Fn. 10), S. 901 ff.; *Mickl* (Fn. 9), S. 910 ff.; ablehnend etwa *Heldt*, *Anmerkung zu BVerfG, Erster Senat, Beschl. v. 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09 (Stadionverbot)*, NVwZ 2018, 818 (819); *Muckel*, *Anmerkung zu BVerfG, Erster Senat, Beschl. v. 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09 (Stadionverbot)*, JA 2018, 553 (556); *Neuner*, *Das BVerfG im Labyrinth der Drittwirkung*, NJW 2020, 1851 (1851).

<sup>13</sup> *Kulicke* (Fn. 9), S. 185, 207 ff.

<sup>14</sup> *Ruffert*, *Common sense statt strikte Dogmatik? Zutreffendes aus Karlsruhe zu Stadionverboten*, Verfassungsblog v. 30.4.2018, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/common-sense-statt-strikte-dogmatik-zutreffendes-aus-karlsruhe-zu-stadionverboten/> (zuletzt abgerufen am 6.7.2022).

<sup>15</sup> *Mickl* (Fn. 9), S. 911.

<sup>16</sup> BVerfGE 148, 267 (267 Ls. 2, 283 Rn. 41) (Stadionverbot).

nach dem *BVerfG* greifen, ist jedoch noch nicht hinreichend konkretisiert.<sup>17</sup> Kritik für diesen allzu offenen Begriff gab es reichlich.<sup>18</sup> Auch wurde punktuell der Versuch unternommen, ausgehend vom jeweiligen dogmatischen Verständnis der Entscheidung andere „spezifische Konstellationen“ zu finden – freilich mit Verweis auf für eine abschließende Klärung fehlende Anhaltspunkte im „Stadionverbot“-Beschluss.<sup>19</sup> Bisher wurde hingegen nicht systematisch untersucht, anhand welcher *genera proxima* der Fallkonstellation im „Stadionverbot“-Beschluss die Bildung anderer „spezifischer Konstellationen“ möglich wäre. Im Folgenden soll daher darauf geblickt werden, welche abstrakt-generellen Kriterien für die Bildung „spezifischer Konstellationen“ mit den bereits bestehenden Konstruktionsmethoden zur Privatwirkung der Grundrechte vereinbar sind. Hierbei werden auch etwaige Einflüsse supranationalen Rechts auf die *ratio decidendi* der „Stadionverbot“-Entscheidung<sup>20</sup> und auf die Kriterienbildung untersucht. Ziel ist die Feststellung, ob und wie die „Stadionverbot“-Judikatur für die Grundrechtsbindung privater Akteure fruchtbar gemacht werden kann.

## B. Die Ausgangslage vor der „Stadionverbot“-Entscheidung

Deutsches Verfassungsrecht baut als Präjudizienrecht<sup>21</sup> auf vorangegangener Debatte und das *BVerfG* auf der eigenen Rechtsprechung auf. Zudem führt die Rückbetrachtung im Wissen, dass (Gerichts-)Entscheidungen und Debatten stets den jeweiligen Zeitgeist widerspiegeln,<sup>22</sup> zu dem Schluss, auch die neuesten Entscheidungen nicht mit übermäßiger Bedeutung aufzuladen.

---

<sup>17</sup> *Jobst* (Fn. 12), S. 16.

<sup>18</sup> Statt aller nur *Hellgardt* (Fn. 10), S. 909; *Michl* (Fn. 9), S. 916; *Jobst*, (Fn. 12), S. 16.

<sup>19</sup> *Hellgardt* (Fn. 10), S. 909; *Michl* (Fn. 9), S. 916; *Jobst*, (Fn. 12), S. 16.

<sup>20</sup> Immerhin nennt das *BVerfG* Art. 15 Abs. 1a IPwskR: BVerfGE 148, 267 (284 Rn. 42) (Stadionverbot).

<sup>21</sup> *Bryde*, Verfassungsinterpretation und verfassungsgerichtliche Praxis, in: Reimer, Juristische Methodenlehre aus dem Geist der Praxis?, 2016, S. 107 (107 f.).

<sup>22</sup> *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 7 mit Verweis auf *Würtenberger*, Zeitgeist und Recht, 2. Aufl. 1991; speziell zum frühen Grundrechtsverständnis des *BVerfG* *Lepsius*, Die maßstabsetzende Gewalt, in: Jestaedt, Das entgrenzte Gericht – Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, 2011, S. 159 (195).

## I. Die historische Funktion von Grundrechtsgewährleistungen

### 1. Die grundsätzliche Staatsgerichtetheit der Grundrechte

Die Abwehr von Staatshandeln gegenüber den Machtunterworfenen ist nach wie vor Hauptfunktion der Grundrechte.<sup>23</sup> An der Staatsgerichtetheit ändert sich dadurch nichts, dass die Grundrechte dem Staat nicht nur ungerechtfertigte Eingriffe verbieten<sup>24</sup>, sondern auch Handlungsverpflichtungen auferlegen können.<sup>25</sup>

### 2. Die Sonderstellung von Art. 1 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 GG

Die Menschenwürde ist „unantastbar“, Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG, sie darf also auch durch Private nicht verletzt werden.<sup>26</sup> Diese unmittelbare Wirkung der Würdegarantie war ausdrücklicher Wille des verfassunggebenden Gesetzgebers.<sup>27</sup> *BVerfG* und Fachgerichte wenden Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG als „Mittelpunkt“ des „Wertesystem[s]“<sup>28</sup> des GG und Kern der Grundrechte<sup>29</sup> in allen Rechtsbereichen an. Unabhängig davon, ob Würdeverletzungen unmittelbar zur Nichtigkeit

---

<sup>23</sup> Das stellt – im Jahr 1958 die Debatte eröffnend – im ersten Leitsatz auch *BVerfGE* 7, 198, 204 (204) (Lüth) fest; vgl. aus der Literatur nur *Herdegen*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Fn. 1), Art. 1 Abs. 3 Rn. 64.

<sup>24</sup> Von *Jellinek*, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. Aufl. 1905, S. 81 ff. als *status negativus* bezeichnet; weiterführend *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1985, S. 229 ff. Dazu, dass der Wortlaut der Grundrechte diese Grundfunktion nicht zwingend voraussetzt, sich aber in der Dogmengeschichte zahlreiche Indizien hierfür finden lassen, *Krebs*, in: *Merten/Papier*, *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa II*, 2006, § 31 Rn. 41 ff.

<sup>25</sup> Spiegelbildlich *status positivus*, exemplarisch *BVerfGE* 125, 175 (222) (*Hartz-IV-Regelsatz*).

<sup>26</sup> *Neuner*, *Die Einwirkung der Grundrechte auf das deutsche Privatrecht*, in: *Neuner*, *Grundrechte und Privatrechte aus rechtsvergleichender Sicht*, 2007, S. 159 (168); *ders.* (Fn. 12), S. 1852; *Herdegen*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Fn. 1), Art. 1 Abs. 1 Rn. 74; *Stern*, in: *Isensee/Kirchhof*, P. (Fn. 1), § 184 Rn. 7; *Linke*, *Die Menschenwürde im Überblick: Konstitutionsprinzip, Grundrecht, Schutzpflicht*, *JuS* 2016, 888 (893).

<sup>27</sup> Im *Herrenchiemsee-Bericht* heißt es wörtlich (bei *Neuner* (Fn. 26), S. 168): „Art. 1 soll auch Privatpersonen verpflichten“.

<sup>28</sup> *BVerfGE* 7, 198 (205) (Lüth); zur Dogmatik des sich aus der Menschenwürde ableitenden grundrechtlichen Wertesystems erstmals *Dürig*, *Der Grundrechtssatz vor der Menschenwürde – Entwurf eines praktikablen Wertesystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 des Grundgesetzes*, *AöR* 81 (1956), S. 117, insb. 119, 122.

<sup>29</sup> Vgl. nur *BVerfGE* 24, 119 (144) (*Adoption*) – die unmittelbare Drittwirkung andeutend; ferner *BVerfGE* 33, 1 (12) (*Strafgefangene*); *BVerfGE* 93, 266 (293) (*Soldaten sind Mörder*); *BVerfGE* 107, 275 (283 ff.) (*Benetton-Werbung II*); *BGHZ* 143, 199 (208 f.) (*Verdachtsberichterstattung*) m. w. N.; *BAGE* 38, 69 (80 f.) (*Ärztlicher Bereitschaftsdienst*).

privater Rechtsgeschäfte gem. § 134 BGB führen,<sup>30</sup> ist eine Sonderstellung der Menschenwürdegarantie zu konstatieren. Sie gründet auf der Entscheidung des Parlamentarischen Rates, mit ihr „den ganzen Geist des neuen Staatswesens in seinem Gegensatz zu der im Mai 1945 vernichteten Staatsordnung darzutun.“<sup>31</sup> Über Art. 1 Abs. 2 GG i. V. m. S. 1 der Präambel sind auch die „unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechte“ in diesen Verfassungskern aufgenommen.<sup>32</sup> Infolge dieses Zusammenhangs könnte auch ihnen unmittelbare Wirkung gegenüber Privaten zukommen. Hierzu passt neben der Stellung des Art. 1 Abs. 2 GG auch die pathetische<sup>33</sup> Formulierung der Norm. Teilweise wird davon ausgegangen, dass die Menschenrechte überkonstitutionell selbst den verfassungsändernden Gesetzgeber binden und so noch über den Grundrechten stehen.<sup>34</sup> Jedoch ist nicht nur umstritten, ob Art. 1 Abs. 2 GG lediglich deklaratorisch ist,<sup>35</sup> auch sein Gehalt wird – von überpositivem Naturrecht über Völkergewohnheitsrecht, das nur einen Minimalbestand an Menschenrechten umfasst,<sup>36</sup> bis hin zur konkreten Bezugnahme auf verbürgte Menschenrechte – nicht einheitlich gesehen.<sup>37</sup> Eine unmittelbare Bindung *Privater* an Menschenrechte kommt so erst recht außer Betracht. Das *BVerfG* versteht Art. 1 Abs. 2 GG als Schalthnorm für den Einfluss der Menschenrechte auf Grundrechtsanwendung und -auslegung.<sup>38</sup> Damit ist aber nur etwas zum inhaltlichen Einfluss gesagt, einen Funktionswandel der Grundrechte hin zu einer Verpflichtung Privater durch Menschenrechte kann eine völkerrechtsfreundliche Auslegung nicht leisten. Ohnehin decken die

<sup>30</sup> So *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 1), Art. 1 Abs. 1 Rn. 78: Konsequenz aus staatlicher Schutzpflicht bei Ausgestaltung der Privatrechtsordnung; *Nipperdey*, Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 20 f. nicht nur für Art. 1 Abs. 1 GG; die praktische Bedeutung der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften gem. § 134 BGB i. V. m. Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG ist – jedenfalls in rein inländischen Sachverhalten – wohl eher gering.

<sup>31</sup> v. *Mangoldt*, Schriftlicher Bericht zum Entwurf des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland (Anlage zum stenographischen Bericht der 9. Sitzung des Parlamentarischen Rates am 6.5.1949, Drucks. 850, 854), I. Die Grundrechte, S. 5 (6).

<sup>32</sup> *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 1), Art. 1 Abs. 2 GG Rn. 6, auf die Präambel des IPbPR („these rights derive from the inherent dignity of the human person“) hinweisend.

<sup>33</sup> So sieht es *Hillgruber*, in: BeckOK-GG (Fn. 1), Art. 1 vor Rn. 1.

<sup>34</sup> *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 1), Art. 1 Abs. 2 Rn. 39 mit Bezugnahme auf BVerfGE 84, 90 (121) (Bodenreform I); *Neuner* (Fn. 26), S. 168.

<sup>35</sup> Vgl. die Übersicht bei *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 1), Art. 1 Abs. 2 Rn. 36.

<sup>36</sup> Vgl. hierzu nur *Brugger*, Menschenrechte im modernen Staat, AöR 114 (1989), 537 (543 m. Fn. 22).

<sup>37</sup> Mit historischer und rechtsphilosophischer Herleitung *Denninger*, Die Wirksamkeit der Menschenrechte in der deutschen Verfassungsrechtsprechung, JZ 1998, 1129 (1129 ff.); in der Übersicht *Hillgruber*, in: BeckOK-GG (Fn. 1), Art. 1 Rn. 54 ff. m. w. N. für jede Ansicht.

<sup>38</sup> BVerfGE 84, 90 (121) (Bodenreform I).

Gewährleistungen des *ius cogens*, des zwingenden Völkerrechts, die das *BVerfG* (zudem über Art. 25 S. 1 GG) einbezieht,<sup>39</sup> nur enge Kernbereiche ab, sind also Minimalstandards, was ihre praktische Bedeutung stark einschränkt.<sup>40</sup> Die Verpflichtung Privater schon im Ausgangspunkt kann allenfalls durch Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG erfolgen und ist historisch bedingte Ausnahme.

## II. Die verschiedenen Ansätze zur Privatwirkung der Grundrechte

### 1. *BVerfG*: Ausstrahlung als „Drittwirkung“

Auf die Grundsätze, die das *BVerfG* 1958<sup>41</sup> zum Einfluss der Grundrechte auf das Privatrecht aufstellte, greift es bis heute zurück. Es erkennt in den Grundrechten eine „objektive Wertordnung“, die „für alle Bereiche des Rechts“<sup>42</sup> gelte. Diese wirke „durch das Medium der [das Privatrecht] unmittelbar beherrschenden Vorschriften[,] [...] vor allem [durch] die ‚Generalklauseln‘“<sup>43</sup>. Unbestimmte Rechtsbegriffe wie „Sittenwidrigkeit“, §§ 138 Abs. 1, 826 BGB, dienen so als „Einfallstore“, bei deren Auslegung der Zivilrichter Wertentscheidungen des GG berücksichtigen muss.<sup>44</sup> Offen bleibt noch immer, wie genau diese „Ausstrahlung“ funktioniert. Dass die Kernaussagen des Urteils bis heute aufgegriffen werden,<sup>45</sup> in der „Stadionverbot“-Entscheidung sogar ausdrücklich an hervorgehobener Stelle,<sup>46</sup> mag vor allem an dieser Offenheit

<sup>39</sup> BVerfGE 112, 1 (27 f.) (Alteigentümer).

<sup>40</sup> So für die Privatwirkungsdebatte *Neuner* (Fn. 26), S. 167; freilich gewinnt die Würdegarantie im internationalen Kontext – im Zusammenhang mit Zwangsarbeit u. dgl. – wieder an Relevanz.

<sup>41</sup> BVerfGE 7, 198 ff. (Lüth); Gegenstand war *LG Hamburg*, Urt. v. 22.11.1951 – 15 O 87/51.

<sup>42</sup> BVerfGE 7, 198 (205) (Lüth).

<sup>43</sup> BVerfGE 7, 198 (205 f.) (Lüth); Vorbild war *Dürrig*, Freizügigkeit, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte II, 1954, S. 507 (525).

<sup>44</sup> BVerfGE 7, 198 (206) (Lüth); die Umschreibung dieser Wirkung mit „Ausstrahlung“ durch das Schrifttum nutzt das *BVerfG* heute wie selbstverständlich, s. nur BVerfGE 148, 267 (279 Rn. 30) (Stadionverbot).

<sup>45</sup> Die „Drittwirkung“ zieht das *BVerfG* stets bei Entscheidungen über Urteile der Zivilgerichte heran, vgl. nur BVerfGE 7, 230 (230) (Wahlplakat); BVerfGE 25, 256 (263) (Blinkfuer); BVerfGE 42, 143 (148) (Deutschland-Magazin); BVerfGE 73, 261 (269) (Sozialplan); BVerfGE 89, 214 (229) (Bürgerschaft); *BVerfG*, NJW 2020, 300 (305) (Recht auf Vergessen I); NJW 2019, 3769 (3770) (Hausverbot); NJW 2020, 3098 (3098) (Parkplatz). Dies stellt auch *Rißner*, in: Isensee/Kirchhof, P. (Fn. 1), § 197 Rn. 95 fest; krit. *Ruffert* (Fn. 22), S. 68 ff.; *Oeter*, „Drittwirkung“ der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts, AöR 119 (1994), 529 (561) sieht hierin gar eine ledigliche „(Schein-)begründung“ der Grundrechtswirkung.

<sup>46</sup> BVerfGE 148, 267 (267 Ls. 2) (Stadionverbot): Die Leitsätze einer Entscheidung geben nach *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, S. 215 „brennglasartig den rechtlichen Kern der Entscheidung“ wieder.

liegen.<sup>47</sup>

## 2. Die Konzeption der grundrechtlichen Schutzpflichten

Der in der Literatur wohl herrschende Konstruktionsweg<sup>48</sup> gründet auf der Funktion der Freiheitsgrundrechte als Schutzgebote<sup>49</sup>, die den Staat zur Abwehr nicht gerechtfertigter Eingriffe Dritter in die Grundrechte seiner Bürger verpflichten.<sup>50</sup> Gesetzgeber und Zivilgerichte als Teil des Staats<sup>51</sup> sind so bei Setzung zivilrechtlicher Normen und deren Anwendung dazu verpflichtet, Grundrechtsverletzungen durch andere Private zu verhindern. Bei ausnahmslosem Schutzanspruch würde indes das Handeln eines jeden privaten Verletzers dem Staat zugerechnet werden.<sup>52</sup> Der Staat – in Form des Zivilgerichts

---

<sup>47</sup> Ruffert (Fn. 22), S. 16 mit Verweis auf *Lerche*, Grundrechtswirkungen im Privatrecht, Einheit der Rechtsordnung und materielle Verfassung, in: FS Odersky, 1996, S. 215 (216). Eine detaillierte(re) und methodenkonforme Herleitung der Geltung der Grundrechte als Werteordnung zwischen zivilrechtlichem und verfassungsrechtlichem Begriffsverständnis bietet *Wielsch*, Grundrechte als Rechtfertigungsgebote im Privatrecht, AcP 213 (2013), 718 (719 ff.).

<sup>48</sup> So vor 20 Jahren die Beobachtung von Ruffert (Fn. 22), S. 21 f. m. Fn. 99 ff.; vgl. jüngst stellvertretend für die Lehre nur Neumer (Fn. 12), S. 1851 ff. Aber auch das BVerfG greift in Privatwirkungsfällen auf diese Lehre zurück, BVerfGE 103, 89 (100) (Ehevertrag); beides: BVerfGE 128, 226 (249) (Fraport). Von einer „Doppellehre“ in der Rechtsprechung des Gerichts spricht daher Jestaedt, Phänomen Bundesverfassungsgericht – Was das Gericht zu dem macht, was es ist, in: Jestaedt (Fn. 22), S. 77 (93). Zum Verhältnis der beiden Konstruktionswege einerseits Epping, Grundrechte, 9. Aufl. 2021, Rn. 123 (aufeinander aufbauend), andererseits Alexy (Fn. 24), S. 481 ff. (ergebnisäquivalent), der im Anschluss, S. 484 ff., zwar ein eigenes Modell entwickelt, in dem aber nur die bestehenden Vorschläge neu geordnet werden und mit dem nach Ruffert (Fn. 22), S. 20 gerade kein neuer Weg geschaffen werden soll.

<sup>49</sup> Nach Calliess, in: Merten/Papier (Fn. 24) § 44 Rn. 4 mit Fn. 13 ff. ist diese Funktion als solche heute weithin anerkannt; auch das BVerfG greift selbstverständlich auf diese Funktion zurück, vgl. jüngst – wenn auch nicht im Privatwirkungskontext – BVerfG, NJW 2021, 1723 (1723) (Klimaschutzgesetz).

<sup>50</sup> Calliess, in: Merten/Papier (Fn. 24), § 44 Rn. 5 ff.; Isensee, in: Isensee/Kirchhof, P. (Fn. 1), § 191 Rn. 1 ff. mit weiteren Nachweisen; Epping (Fn. 48), Rn. 123 ff.; Neumer (Fn. 12), S. 1852.

<sup>51</sup> Canaris, Grundrechte und Privatrecht, 1999, S. 11 ff.; Jarass, in: Merten/Papier (Fn. 24), § 38 Rn. 62; Rießner, in: Isensee/Kirchhof, P. (Fn. 1), § 197 Rn. 89; BVerfGE 73, 261 (269) (Sozialplan).

<sup>52</sup> Canaris (Fn. 51), S. 40 f.; dies wird als sogenannte „etatistische Konvergenztheorie“ teilweise vertreten, so von Schwabe, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971, S. 26 ff., 62 ff. und Murswiek, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, S. 62 ff., insb. 64, 91 ff.; zur Kritik, die auf die Freiheitswidrigkeit einer solchen Konzeption verweist, nur Alexy (Fn. 24), S. 417 ff., 483; Canaris, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), 201 (217 ff.); Isensee, in: Isensee/Kirchhof, P. (Fn. 1), § 191 Rn. 259 ff.

– muss daher nur dann einschreiten, wenn ein verfassungsrechtlich garantierter Mindeststandard sonst unterschritten würde („Untermaßverbot“<sup>53</sup>) und das Privathandeln unterbinden.<sup>54</sup> Wenn das Urteil hingegen selbst eingreift, indem es erkennt, dass ein in den Schutzbereich eines Grundrechts fallendes Verhalten etwa eine Schadensersatzpflicht auslöst, greife die Eingriffsabwehrfunktion gegen das Urteil als belastendes Staatshandeln.<sup>55</sup>

### 3. Unmittelbare Drittwirkung

Die sogenannte „unmittelbare Drittwirkung“ von Grundrechten, d. h. die Einwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr „absolut“ in der Weise, dass sie subjektive private Rechte konstituieren,<sup>56</sup> ist insbesondere in der arbeitsrechtlichen Literatur und Rechtsprechung vertreten worden<sup>57</sup> – z. T. wird im „Stadionverbot“-Fall ihre Rückkehr erblickt.<sup>58</sup>

## C. Die „Stadionverbot“-Entscheidung – (mögliche) Grundlage für einen Paradigmenwechsel?

### I. Entscheidung

#### 1. Tatbestand

Ausgangspunkt der Entscheidung war ein Zivilrechtsstreit zwischen einem Anhänger des FC Bayern München und dem Meidericher Spielverein 02 e. V. Duisburg, der Träger des MSV Duisburg.<sup>59</sup> Nach einem Fußballspiel kam es zu gewaltsamen Ausschreitungen zwischen zwei Fangruppen unter Beteiligung des Klägers.<sup>60</sup> Infolge eines Ermittlungsverfahrens wegen Landfriedensbruchs (§ 125 StGB) sprach der MSV ein Stadionverbot aus – als Vertreter des Deutschen

<sup>53</sup> Diese Schwelle gilt für sämtliche Schutzpflichten auch außerhalb des Privatrechtsverkehrs, s. nur *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 1), Art. 20 VIII Rn. 126 ff.

<sup>54</sup> *Canaris* (Fn. 52), S. 218; *ders.* (Fn. 51), S. 39; vom *BVerfG* übernommen in BVerfGE 88, 203 (254) (Schwangerschaftsabbruch).

<sup>55</sup> *Canaris*, (Fn. 51), S. 37 ff.; *Rißner*, in: Isensee/Kirchhof, P. (Fn. 1), § 197 Rn. 94; *Hager*, Grundrechte im Privatrecht, JZ 1994, 373 (378 f.)

<sup>56</sup> So die Nomenklatur bei *Nipperdey* (Fn. 30), S. 14 f.

<sup>57</sup> BAGE 1, 185 (191 ff.) Fristlose Entlassung eines Betriebsratsmitglieds: „nicht alle, aber doch eine Reihe bedeutsamer Grundrechte [haben] [...] unmittelbare Bedeutung für den Rechtsverkehr der Bürger untereinander“; BAGE 4, 274 (276 ff.) (Zölibatsklausel); *Nipperdey* (Fn. 30), S. 13 ff.; *Leisner* (Fn. 1), S. 356 ff.

<sup>58</sup> So etwa *Jobst*, (Fn. 12), S. 11.

<sup>59</sup> *AG Duisburg*, Urt. v. 13.3.2008 – 73 C 1565/07; *LG Duisburg*, SpuRt 2009, 78 (78); *BGH*, NJW 2010, 534 (534).

<sup>60</sup> BVerfGE 148, 267 (268 f. Rn. 3) (Stadionverbot).



Fußball-Bundes (DFB), des Ligaverbands<sup>61</sup> sowie sämtlicher Vereine der Fußball-Bundesliga – für alle Fußballstadien in Deutschland, alle nationalen und internationalen Fußballveranstaltungen der Bundesligen, Kreisligen und des DFB<sup>62</sup> und den Zeitraum vom 18.4.2006 bis 30.6.2008.<sup>63</sup> Nach Einstellung des Ermittlungsverfahrens gem. § 153 Abs. 1 StPO entschied der MSV ohne Anhörung, das Stadionverbot aufrechtzuerhalten.<sup>64</sup> Das *AG Duisburg* wies die auf Aufhebung des Stadionverbots gerichtete Klage ab;<sup>65</sup> die die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Stadionverbots begehrende Berufung vor dem *LG Duisburg* wurde zurückgewiesen.<sup>66</sup> Nach ebenfalls erfolgloser Revision<sup>67</sup> erhob der Fan Verfassungsbeschwerde und rügte eine Verletzung seines Grundrechts auf ein faires Verfahren, Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG und seines Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG.<sup>68</sup> Ersteres sei durch das Unterlassen einer Anhörung, letzteres dadurch betroffen, dass mit dem Stadionverbot eine Abstempelung als „Fußballrowdy“ verbunden sei.<sup>69</sup>

## 2. Lösung des *BVerfG*

### a) Anforderungen an Stadionverbote

Zwar war die Verfassungsbeschwerde im Ergebnis unbegründet,<sup>70</sup> das *BVerfG* stellte jedoch verfassungsrechtliche Anforderungen für ein bundesweites Stadionverbot auf.<sup>71</sup> Diese entwickelt es aus einer Abwägung von Art. 14 Abs. 1 GG aufseiten der Stadionbetreiberinnen und Art. 3 Abs. 1 GG aufseiten des Ausgeschlossenen.<sup>72</sup> Die Einwirkung der Grundrechte geschehe nach den

---

<sup>61</sup> Heute Deutsche Fußball Liga e. V. (DFL), vgl. <https://www.dfl.de/de/ueber-uns/dfl-deutsche-fussball-liga-ev/struktur-des-dfl-deutsche-fussball-liga-ev/> (zuletzt abgerufen am 6.7.2022).

<sup>62</sup> Mithin auch für die Spiele der vom DFB getragenen Fußball-Nationalmannschaften.

<sup>63</sup> BVerfGE 148, 267 (269 Rn. 4) (Stadionverbot).

<sup>64</sup> BVerfGE 148, 267 (269 f. Rn. 5) (Stadionverbot).

<sup>65</sup> *AG Duisburg*, Urt. v. 13.3.2008 – 73 C 1565/07.

<sup>66</sup> *LG Duisburg*, SpuRt 2009, 78 (78).

<sup>67</sup> BGH, NJW 2010, 534 (535).

<sup>68</sup> BVerfGE 148, 267 (275 Rn. 19 f.) (Stadionverbot).

<sup>69</sup> BVerfGE 148, 267 (275 f. Rn. 20 f.) (Stadionverbot).

<sup>70</sup> BVerfGE 148, 267 (279 Rn. 30) (Stadionverbot).

<sup>71</sup> Freilich wird teilweise schon vor Analysebeginn von generell „neuen Grundsätzen“ gesprochen, so etwa *Jobst* (Fn. 12), S. 12, was jedoch schon methodisch unzutreffend ist, missachtet ein solches, die Reichweite bundesverfassungsgerichtlicher Urteile ausweitendes Vorgehen nach *Bryde*, in: Reimer (Fn. 21), S. 112, 114 doch deren grundsätzliche Fallbezogenheit.

<sup>72</sup> BVerfGE 148, 267 (281 Rn. 35, 283 Rn. 39) (Stadionverbot).

Grundsätzen der „mittelbaren Drittwirkung“<sup>73</sup> bei der Auslegung der hinter dem Hausrecht stehenden §§ 862, 1004 BGB durch die Zivilgerichte. Kern der Verfassungsbeschwerde sei die Ungleichbehandlung des Ausgeschlossenen gegenüber denjenigen, die die Stadien besuchen können.<sup>74</sup> So leitet das BVerfG die Anforderungen für Stadionverbote aus Art. 3 Abs. 1 GG ab, namentlich die Pflicht zur sachlichen Begründung (Willkürverbot), und wiederum hieraus Verfahrensanforderungen (Anhörung).<sup>75</sup>

*b) Die grundsätzliche Übertragbarkeit dieser Anforderungen*

Nach dem BVerfG können sich diese Anforderungen in „spezifischen Konstellationen“<sup>76</sup> ergeben. Diese Ausführung deutet schon semantisch auf eine Übertragbarkeit der *ratio decidendi* hin.<sup>77</sup> Dies bestätigt der Senat selbst, wenn im nächsten Satz davon die Rede ist, dass *eine* solche Konstellation zugrunde liege;<sup>78</sup> es muss also noch andere geben. Nun wird teilweise gerade aus diesem diffusen „Konstellationen“-Begriff der Schluss gezogen, der Entscheidung komme über den Einzelfall hinaus keine größere Bedeutung bei.<sup>79</sup> Zwar lässt sich der Vergleich zur vagen Ausstrahlungs-Formel ziehen, die durch ihre Unbestimmtheit die Einzelfälle in den Vordergrund stellt.<sup>80</sup> Allerdings ist dieses

<sup>73</sup> Diesen Terminus benutzt der Senat ganze neun Mal, BVerfGE 148, 267 (267 Ls. 1, Ls. 2, 280 Rn. 31, Rn. 32, Rn. 33, 282 Rn. 37, 38, 283 Rn. 40, 41), was in der das Urteil in die Privatwirkungsdebatte einordnenden Literatur mitunter zum Eindruck führt, diese häufige Nennung solle wohl einen Paradigmenwechsel in der Sache kaschieren, s. etwa Kulick (Fn. 9), S. 185 m. Fn. 3; Hellgardt (Fn. 10), S. 904.

<sup>74</sup> BVerfGE 148, 267 (282 f. Rn. 38) (Stadionverbot).

<sup>75</sup> BVerfGE 148, 267 (285 f. Rn. 45 ff.) (Stadionverbot). Ob sich diese Anforderungen aus einer verfassungskonformen Auslegung der ein Hausrecht begründenden Normen des BGB ergeben können, soll im Folgenden nicht untersucht werden. Genaue Grundlage und schon das Erfordernis eines eigenständigen „Hausrechts“ sind freilich hochumstritten – vielfach werden die §§ 903 S. 1, 862 Abs. 1 S. 2, BGB genannt – vgl. exemplarisch den Konflikt zwischen Schulze, Das private Hausrecht, JZ 2015, 381 (381 ff.) und Baldus, Erwiderung – Das private Hausrecht: ein Phantom, JZ 2016, 449 (449 ff.); speziell zu Stadionverboten im Zivilrecht Breucker, Zulässigkeit von Stadionverboten, JR 2005, 133 (133 ff.).

<sup>76</sup> BVerfGE 148, 267 (283 Rn. 41) (Stadionverbot).

<sup>77</sup> Zur Reichweite fallübergreifender Rechtsgehalte bundesverfassungsgerichtlicher Entscheidungen einerseits Bryde, in: Reimer (Fn. 21), S. 112 ff., der einen restriktiven Umgang hiermit annimmt, andererseits Albers, Höchststrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, VVDStRL 71 (2012), 257 (278 m. Fn. 103), die darauf hinweist, dass Entscheidungsgehalte jenseits ihrer tatsächlichen Bedeutung für den Fall und ihrer Qualifikation als *ratio decidendi* oder *obiter dictum* Beitrag zur Dogmatik sein können, m. a. W. insoweit „Rohmaterial“ darstellen.

<sup>78</sup> BVerfGE 148, 267 (283 Rn. 41) (Stadionverbot).

<sup>79</sup> So Ruffert (Fn. 14).

<sup>80</sup> S. o. B. II. 1. m. Fn. 47.

Argument schnell in sein Gegenteil gewendet: Gerade die Offenheit fordert dazu heraus, Prognosen für die künftige Anwendung der „spezifischen Konstellation“ aufzustellen. Dabei muss nicht erörtert werden, ob die Erwägungen des *Senats* bereits Maßstäbe im Sinne *Lepsius*<sup>81</sup> sind und so als „Zwischenkonkretisierung“ des GG eine Fortbildung des Verfassungsrechts<sup>81</sup> wären – dafür spräche der abstrakt-generelle Duktus, dagegen die Stellung im Beschluss unter B. II. 2. c), mithin nicht gleich zu Beginn der Begründetheit<sup>82</sup>: Denn im Folgenden wird der Zusammenhang zwischen den zu ermittelnden „spezifischen Konstellationen“ und den „Stadionverbot“-Rechtsfolgen gerade nicht als gesetztes Präjudiz verstanden. Vielmehr soll untersucht werden, welche möglichen Kriterien zur Bildung solcher Konstellationen überhaupt verfassungskonform wären.

## II. Kriterien für eine Übertragung der Grundrechtswirkung

### 1. Eröffnung eines öffentlichen Raums

Auf der Hand liegt das vom *BVerfG* selbst ins Feld Geführte: Das Stadionverbot sei ein Ausschluss von Veranstaltungen, „die [a)] aufgrund eigener Entscheidung der Veranstalter einem großen Publikum ohne Ansehen der Person geöffnet werden und [b)] der für die Betroffenen in erheblichem Umfang über die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben entscheidet.“<sup>83</sup>

#### a) Öffnung einer Veranstaltung ohne Ansehen der Person

Allein das Zugänglichmachen einer Veranstaltung oder eines Ortes für die Öffentlichkeit könnte also den Eröffnenden an Grundrechte binden. Dies hätte freilich erhebliche Brisanz, denn Private tun dies nicht selten: Das *BVerfG* entschied mehrere in dieser Hinsicht vergleichbare Fälle (die Räume dort waren die Abfertigungshalle eines Flughafens, ein Platz und ein Hotel).<sup>84</sup> Wenn die Judikatur in diesen insoweit ähnlich gelagerten Fällen als Entwicklung aus einem

<sup>81</sup> *Lepsius* (Fn. 22), S. 174 ff.

<sup>82</sup> Zu den Kriterien für von sich aus über den Fall hinauswirkenden Maßstäben *Lepsius* (Fn. 22), S. 168, 170.

<sup>83</sup> BVerfGE 148, 267 (284 Rn. 41) (Stadionverbot).

<sup>84</sup> BVerfGE 128, 226 (252) (Fraport), wobei das *BVerfG* hier freilich allein die Staatsbeteiligung an der Fraport AG als Grund für deren Grundrechtsgebundenheit anführt, nicht ohne demonstrativ offenzulassen, ob dies möglicherweise auch für rein private Unternehmen gilt (BVerfGE 128, 226 (249 f.) (Fraport)); *BVerfG*, NJW 2015, 2485 (2485 f. Rn. 5 f.) (Bierdosen-Flashmob); NJW 2019, 3769 (3770) (Hausverbot); zu Bezügen zwischen diesen Entscheidungen vgl. *Heldt* (Fn. 12), S. 818; *Mickl* (Fn. 9), S. 911 f.; *Grünberger/Washington*, Anmerkung zu BVerfG, Erster Senat, 2. Kammer, Beschl. v. 27.8.2019 – 1 BvR 879/12 (Hausverbot), JZ 2019, 1104 (1104 ff.).

Guss begriffen wird,<sup>85</sup> wäre der Versuch nur konsequent, das Kriterium der „spezifischen Konstellationen“ auch mithilfe von Entscheidungen *vor* dem „Stadionverbot“ zu konkretisieren. Wie durch das „und“ in der „Stadionverbot“-Entscheidung angedeutet, kann allein die Eröffnung eines öffentlichen Raums aus Sicht des *BVerfG* keine Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen Eröffnendem und (potentiellen) Nutzern auslösen. Dies bestätigt es im auf die „Stadionverbot“-Entscheidung folgenden „Hausverbot“-Beschluss. Dort sprach ein Hotelbetreiber ein Hausverbot für einen NPD-Funktionär aus und begründete es dezidiert mit dessen politischer Überzeugung.<sup>86</sup> Zwar nimmt die *Kammer* hier Bezug auf die „Stadionverbot“-Entscheidung, indem sie von „spezifischen Konstellationen“ spricht, jedoch liege eine solche hier gerade nicht vor: Denn es mangle an der Relevanz für die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben.<sup>87</sup> Auch in den anderen vorgenannten Fällen, namentlich im „Bierdosen-Flashmob“-Fall und in der „Fraport“-Entscheidung, ist nicht Art. 3 Abs. 1 GG ausschlaggebend, sondern ein Freiheitsrecht, nämlich Art. 8 Abs. 1 GG. In der Fraport-Entscheidung steht überdies die Staatsbeteiligung im Fokus.<sup>88</sup>

Die Kollisionslinien werden deutlich, wenn man die bloße Eröffnung eines öffentlichen Raums für die „Stadionverbot“-Rechtsfolge genügen ließe: Die verfassungsrechtlich garantierte<sup>89</sup> Privatautonomie stünde dem entgegen. Denn die Anforderungen von Art. 3 Abs. 1 GG können im Gegensatz zu den Freiheitsgrundrechten nicht durch Abwägung relativiert werden, sondern enthalten immer mindestens ein Willkürverbot.<sup>90</sup> Insoweit ist die Privatrechtswirkung des Art. 3 Abs. 1 GG, gleich mit welcher Konstruktion begründet, daher „unmittelbar“ i. S. v. nicht durch Normen des Privatrechts

---

<sup>85</sup> Vgl. etwa *Smets*, Die Stadionverbotsentscheidung des *BVerfG* und die Umwälzung der Grundrechtssicherung auf Private, *NVwZ* 2019, 34 (34). *Michl* (Fn. 9), S. 912 m. Fn. 23 weist hierbei zurecht auf personelle (Dis)kontinuitäten bei der Zusammensetzung der jeweiligen Spruchkörper hin.

<sup>86</sup> Zum Tatbestand und den Entscheidungen der Zivilgerichte s. *LG Frankfurt/O.*, Urt. v. 22.6.2010 – 12 O 17/10; *OLG Brandenburg*, *NJW-RR* 2011, 890 (890); *BGH*, *NJW* 2012, 1725 (1725).

<sup>87</sup> *BVerfG*, *NJW* 2019, 3769 (3770) (Hausverbot).

<sup>88</sup> *BVerfGE* 128, 226 (250 ff.) (Fraport); *BVerfG*, *NJW* 2015, 2485 (2485 f.) (Bierdosen-Flashmob); vgl. auch oben Fn. 84.

<sup>89</sup> Wobei der genaue Ansatzpunkt im Grundgesetz nicht einfach zu bestimmen ist, mangels Einschlägigkeit speziellerer Grundrechte nach *BVerfGE* 8, 274 (328) (Preisgesetz); 72, 155 (170) (Elterliche Vertretungsmacht); 89, 214 (231) (Bürgerschaft) aber in Art. 2 Abs. 1 GG liegt, vgl. hierzu *Ruffert* (Fn. 22), S. 287 ff., der auf den noch klaren Art. 152 Abs. 1 WRV verweist, sowie *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 22 ff., 53 ff.

<sup>90</sup> Vgl. statt aller *Kischel*, in: *BeckOK-GG* (Fn. 1), Art. 3 Rn. 31, 93; zur unterschiedslosen Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 1 GG auch *Michl* (Fn. 9), S. 915 und *Smets* (Fn. 85), S. 37.

relativierbar.<sup>91</sup> Folge ist daher stets die Übergehung des gesamten, differenzierten Privatrechtssystems,<sup>92</sup> das Ausgleich zwischen konfligierender Privatautonomie von Rechtssubjekten schafft. Kern der Privatautonomie ist aber gerade die „Freiheit, zu diskriminieren“.<sup>93</sup> Die Schwelle zur Geltung von Art. 3 Abs. 1 GG unter Privaten ist daher hoch anzusetzen. Lediglich die Schaffung einer Nutzungsmöglichkeit für die Öffentlichkeit kommt, wie bereits angedeutet, im Privatrechtsverkehr sehr häufig vor. Hier stets eine direkte Willkürkontrolle vorzunehmen, setzte die Schwelle viel zu niedrig. Der Kern der Privatautonomie wäre ohne ersichtlichen Grund in einer Vielzahl der Fälle ausgehebelt.<sup>94</sup>

*b) Relevanz für die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben*

aa) Grundrecht auf soziale Teilhabe?

Teilweise wird der Kern der „Stadionverbot“-Entscheidung in einem Recht auf „Teilnahme am gesellschaftlichen Leben“<sup>95</sup> gesehen.<sup>96</sup> Dies wäre zwar ein weiterer Schritt dahin, die gesamte Rechtsprechungsentwicklung in einen größeren Kontext zu betten (s. o.): Sowohl Art. 8 Abs. 1 GG, dessen Schutzbereich vom *BVerfG* bei Eröffnung eines „öffentlichen Forums“<sup>97</sup> als eröffnet angesehen wird, als auch ein – durchaus nirgends normiertes – „Recht auf soziale Teilhabe“ können als Kommunikationsgrundrechte im weiteren Sinne qualifiziert werden. Für die Annahme eines solchen möglichen Rechts spricht zudem, dass das *BVerfG* in der „Stadionverbot“-Entscheidung Art. 15 Abs. 1a IPwskR „der Sache nach“ anführt.<sup>98</sup> Jedoch ist unklar, woraus sich ein solches Teilhaberecht, das nach herrschender Dogmatik gegen das Eigentumsrecht

<sup>91</sup> *Michl* (Fn. 9), S. 915, merkt zurecht an, dass es bei Art. 3 Abs. 1 GG auf Rechtsfolgenseite keinen Unterschied zwischen Staat und Privaten geben kann.

<sup>92</sup> *Hellgardt* (Fn. 10), S. 902; vgl. auch *BGH*, NJW 2013, 1519 (1521 Rn. 27) und noch *Busche* (Fn. 89), S. 26.

<sup>93</sup> *Flume*, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben – FS zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860 – 1960 I, 1960, S. 137 (140); *Busche* (Fn. 89), S. 63 ff.; *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof*, P., Handbuch des Staatsrechts VII, 3. Aufl. 2009, § 150 Rn. 50 m. w. N.; *Lehner*, Diskriminierungen im allgemeinen Privatrecht als Grundrechtsproblem, *JuS* 2013, 410 (411); *Lobinger*, Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverbote, in: *Isensee*, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, S. 99 (112 ff.).

<sup>94</sup> So wörtlich *BGH*, NJW 2013, 1519 (1521 Rn. 27). Die Geltung der Privatautonomie ist Hauptkritikpunkt an der „Stadionverbot“-Rechtsprechung, vgl. *Heldt* (Fn. 12), S. 819; *Hellgardt* (Fn. 10), S. 902; *Michl* (Fn. 9), S. 915; und lässt sich *a fortiori* auf die Übertragung dieser Judikatur anwenden.

<sup>95</sup> *BVerfGE* 148, 267 (284 Rn. 41) (Stadionverbot).

<sup>96</sup> So *Neuner* (Fn. 12), S. 1854, ablehnend *Michl* (Fn. 9), S. 912.

<sup>97</sup> *BVerfGE* 128, 226 (253) (Fraport).

<sup>98</sup> *BVerfGE* 148, 267 (284 Rn. 42) (Stadionverbot).

abzuwägen wäre, ergibt<sup>99</sup>: Der Besuch von Veranstaltungen wie einem Fußballspiel mag zwar eine wichtige Rolle für das Freizeitleben vieler spielen, die Schwelle der (sozialen) Existenzsicherung<sup>100</sup> von Art. 1 Abs. 1 GG<sup>101</sup> i. V. m. dem Sozialstaatsprinzip ist jedoch sicher nicht unterschritten. Wenn sich das Teilhaberecht aus dem Auffangtatbestand<sup>102</sup> des Art. 2 Abs. 1 GG ergeben soll, würde nicht nur ein grenzenloser Nährboden für weitere Betätigungen Privater und damit für eine allgemeine Abwägung zwischen Grundrechten im Zivilrecht geschaffen. Es würde auch in einer Art Zirkelschluss die Binnenstruktur der „Stadionverbot“-Entscheidung übergangen, denn der *Senat* schließt ein Vorgehen über Art. 2 Abs. 1 GG ausdrücklich aus.<sup>103</sup> Auch sonst lässt sich ein „Teilhabebegründrecht“ nur schwer aus dem GG extrahieren. Zwar ist die Grenze zwischen der Auslegung der einzelnen Grundrechte und der Verselbstständigung eigener Rechtsinstitute fließend, gerade auch bei Vorliegen bestimmter Fallgruppen und aufgrund tatsächlichen Schutzbedürfnisses; Beispiel hierfür ist das Allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG).<sup>104</sup> Es wäre auch nicht das erste Mal, dass das *BVerfG* den Teilhabegedanken aufgreift.<sup>105</sup> Ein Grundrecht auf soziale Teilhabe müsste jedoch zum einen sehr allgemein gehalten werden, denn die kulturellen und sozialen Bedürfnisse des Einzelnen unterscheiden sich sehr. Ein großes Anwendungsfeld bedeutet aber einen breiten Zugriff auf die Privatautonomie. Zum anderen beinhaltet es schon per se ein Dreiecksverhältnis, denn *soziale* Teilhabe bedeutet Teilhabe an gesellschaftlicher Aktivität anderer Privater. Ein Grundrecht, das dies schon im Ansatz gewährt, wäre aber inmitten staatsgerichteter Rechte ein Fremdkörper.<sup>106</sup>

<sup>99</sup> Daran krankt die ansonsten präzise Konstruktion *Neumers* (Fn. 12), S. 1854 ff.

<sup>100</sup> Zu diesem Gehalt von Art. 1 Abs. 1 GG nur *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 1), Art. 1 Abs. 1 GG Rn. 121.

<sup>101</sup> Kritisch zu dessen Bedeutung im Privatrecht *Lobinger*, Mindestlohn und Menschenwürde, in: GS Brugger, 2013, S. 355 (357 ff.).

<sup>102</sup> Maßstabbildend für diese Funktion der Norm BVerfGE 6, 32 (32 ff.) (Elfes) und BVerfGE 80, 137 (137 ff.) (Reiten im Walde); zur Kritik nur *Duttge*, Freiheit für alle oder allgemeine Handlungsfreiheit?, NJW 1997, 3353 (3353 ff.).

<sup>103</sup> BVerfGE 148, 267 (282 f. Rn. 38) (Stadionverbot).

<sup>104</sup> Wobei die Entwicklungsgeschichte hier freilich eine ganz andere ist; vor allen Dingen liegt die Grundlage des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts aber maßgebend im oben problematisierten Art. 2 Abs. 1 GG, zu alledem nur *Enders*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa IV, 2011, § 89 Rn. 1 ff.; *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 1), Art. 2 Rn. 127 f. m. w. N.; *Lang*, in: BeckOK-GG (Fn. 1), Art. 2 Rn. 33.

<sup>105</sup> Den Vergleich mit BVerfGE 125, 175 (175 ff.) (Hartz-IV-Regelsatz) zieht *Smets* (Fn. 85), S. 36; dort ging es indes um die Gewähr der materiellen Voraussetzungen für eine Teilhabe und nicht um die Teilhabe als solche.

<sup>106</sup> Diese Kritik muss sich auch (insbesondere) Art. 5 der von *v. Schirach*, Jeder Mensch, 2021, S. 18 f. vorgelegten neuen Grundrechte für Europa entgegenhalten lassen.

Eine sog. Teilhabefunktion einzelner Grundrechte existiert zwar, unter ihr wird aber mal deren anspruchsvermittelnder Gehalt gegen den Staat, mal die Teilhabe an staatlicher Willensbildung verstanden,<sup>107</sup> nicht aber die Verschaffung von Zugang zu Privatveranstaltungen. Selbst wenn als Ansatzpunkt lediglich das Sozialstaatsprinzip dient oder die Freiheitsgrundrechte mit einer Leistungsfunktion aufgeladen werden, wie es auch sonst bei sozialen Leistungsansprüchen gegen den Staat der Fall ist,<sup>108</sup> kann dies nicht über das Problem der Nichtstaatlichkeit des Anbieters hinweghelfen. Zudem ist die Rechtsfolge, selbst im geringstmöglichen Maße des Willkürverbots, nur Bestandteil von Art. 3 GG, nicht aber der Freiheitsrechte,<sup>109</sup> unter die ein Grundrecht auf Teilhabe fiel. Es würde mithin eine Verknüpfung zwischen Tatbestand einer Grundrechtskategorie und Rechtsfolge einer anderen Grundrechtskategorie vorgenommen. Auch wegen dieses Konnexes zwischen einer Freiheitsgewährleistung mit einer Gleichheitsfolge bildet die Relevanz für das gesellschaftliche Leben daher kein systemkonformes Kriterium für eine „spezifische Konstellation“.

bb) Der IPwskR als Erfordernis für ein Einschreiten des Verfassungsrechts?

Das *BVerfG* spricht in der „Stadionverbot“-Entscheidung davon, dass „der Sache nach“ durch die Verpflichtung der Stadionbetreiber zur Beachtung von Art. 3 Abs. 1 GG auch das Recht auf Teilhabe am kulturellen Leben gem. Art. 15 Abs. 1a IPwskR Anwendung findet.<sup>110</sup> Die Erwähnung steht in unmittelbarer Nähe zur Einführung des Kriteriums der „spezifischen Konstellation“. Eine Verpflichtung der Stadionbetreiber aus Art. 15 Abs. 1a IPwskR ist nicht ausgeschlossen, denn völkerrechtliche Verträge können jedenfalls unter bestimmten Voraussetzungen auch unmittelbare Individualpflichten begründen.<sup>111</sup> Es stellen sich aber einige Vorfragen: Art. 15 Abs. 1a IPwskR

---

<sup>107</sup> Irreführend insoweit *Rißner*, in: Merten/Papier (Fn. 24) § 40 Rn. 1 und *Starck*, in: Merten/Papier (Fn. 24), § 41 Rn. 1, die offensichtlich nicht das gleiche Begriffsverständnis teilen und aufeinander verweisen.

<sup>108</sup> BVerfGE 33, 303 (329 ff.) (Numerus clausus); *Starck*, in: Merten/Papier (Fn. 24), § 41 Rn. 19 ff.; *Huster/Rux* in: BeckOK-GG (Fn. 1), Art. 20 Rn. 216.

<sup>109</sup> Die fundamentalen Unterschiede zwischen Freiheits- und Gleichheitsgewährleistungen in Struktur, Funktion und Prüfung arbeitet *Heun*, in: Merten/Papier (Fn. 24), § 34 Rn. 42 ff. heraus.

<sup>110</sup> BVerfGE 148, 267 (284 Rn. 42) (Stadionverbot); *Michl* (Fn. 9), S. 916, meint, der *Senat* sehe die Norm nicht als entscheidungserheblich an, weil sie nur „zugleich“ Anwendung finde.

<sup>111</sup> *Peters*, *Jenseits der Menschenrechte – Die Rechtsstellung des Individuums im Völkerrecht*, 2014, S. 76 ff.

müsste unmittelbar anwendbar sein und den Einzelnen berechtigen<sup>112</sup> – schon die individuelle Rechtsqualität der IPwskR-Gewährleistungen wurde lange Zeit in Abrede gestellt, sie wurden als bloße Programmsätze begriffen.<sup>113</sup> Weit schwieriger zu bewältigen ist die Frage nach der Verpflichtung Privater. Voraussetzung hierfür ist, dass der Vertragstext eine solche Auslegung überhaupt ermöglicht.<sup>114</sup> Das *BVerfG* legt hierfür einen sehr strengen Maßstab an; der Text müsse den Willen der Vertragsschließenden, Pflichten zu begründen, „unzweideutig“ zum Ausdruck bringen.<sup>115</sup> Die Art. 1 Abs. 3, 2, 16-25 IPwskR zeigen, dass Adressaten des Pakets nur die Unterzeichnerstaaten sind. Auch lässt der Wortlaut des Art. 15 IPwskR<sup>116</sup> eine mögliche Bindung Privater nicht als vorhersehbar erscheinen.<sup>117</sup> Damit scheitert eine unmittelbare Pflicht der Stadionbetreiber aus Art. 15 Abs. 1a IPwskR,<sup>118</sup> sodass die andernfalls offene Frage, welche Kontrollkompetenz dem *BVerfG* überhaupt zukäme, nicht vertieft werden muss.<sup>119</sup>

Ein anderer Weg der möglichen Einwirkung des IPwskR auf das Verfassungsrecht ist die Auslegung der Grundrechte in seinem Lichte.<sup>120</sup> Hier

---

<sup>112</sup> Zur Unterscheidung *Peters* (Fn. 111), S. 447 ff.; zur unmittelbaren Anwendbarkeit *Lohmann*, Das Scheininstitut der unmittelbaren Anwendbarkeit, 2019, passim.

<sup>113</sup> Vgl. zur Entwicklung nur *Hamm/Kocks*, 40 Jahre UN-Sozialpakt: Bilanz und Perspektiven, *Friedens-Warte* 81 (2006), 87 (87); zur Änderung der Lage auf völkerrechtlicher Ebene durch das auch von Deutschland noch nicht ratifizierte (vgl. [https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CESCR/OHCHR\\_Map\\_CESCR-OP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CESCR/OHCHR_Map_CESCR-OP.pdf) (zuletzt abgerufen am 6.7.2022)) Zusatzprotokoll *Lohmann* (Fn. 112), S. 161 ff.

<sup>114</sup> *Peters* (Fn. 111), S. 78 f.

<sup>115</sup> BVerfGE 40, 141 (164 f.) (Ostverträge); BVerfGE 43, 203 (209) (deutsch-tschechoslowakischer Vertrag); dazu *Peters* (Fn. 111), S. 78 f.

<sup>116</sup> „The States Parties (...) recognize the right of everyone“.

<sup>117</sup> Letzteres lässt *Peters* (Fn. 111), S. 79, ausreichen, weist aber sogleich darauf hin, dass die Vorhersehbarkeit von Individualpflichten *de lege lata* bei keinem Menschenrechtsvertrag gegeben ist.

<sup>118</sup> *Lohmann* (Fn. 112), S. 197 betont, dass sich aus der nicht bindenden Präambel des IPwskR, die die Zusammenarbeit mit Individuen zur Erreichung der Ziele des Pakts erwähnt, nichts anderes ergibt.

<sup>119</sup> Insbesondere die Frage, ob der Pakt über Art. 25 GG gilt (ablehnend *Lohmann* (Fn. 112), S. 175 ff.) spielt daher hier keine Rolle, da selbst in diesem Fall eine Privatwirkung außer Betracht kommt.

<sup>120</sup> S. o. **B. I. 2.** Zu den Menschenrechten als Maßstab der Verfassungskonkretisierung nur *Tomuschat*, Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen, *VVDStRL* 36 (1977), 7 (50 ff.); *Sommermann*, Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte als Maßstab der Verfassungskonkretisierung, *AöR* 114 (1989), 391 (391 ff., 420) und speziell zum IPwskR *Lohmann* (Fn. 112), S. 179. Erstmals wandte das *BVerfG* diese Auslegungsmethode bezogen auf die EMRK in BVerfGE 74, 358 (370) (Unschuldsumutung) an.



aber muss es einen Ansatzpunkt innerhalb der Grundrechte geben.<sup>121</sup> Die menschenrechtsfreundliche Auslegung ist zudem durch Wortlaut und Ratio der Grundrechte begrenzt.<sup>122</sup> Art. 15 Abs. 1a IPwskR kann daher nicht funktionell über Grundrechte, auf die er einwirkt, hinaus – hier verbleibt wohl nur Art. 2 Abs. 1 GG – selbständige Rechtsfolgen begründen. Der Besuch eines Fußballspiels unterfällt zwar Art. 15 Abs. 1a IPwskR,<sup>123</sup> sodass er grundsätzlich im Rahmen der Schutzpflicht des Unterzeichnerstaats<sup>124</sup> Deutschland<sup>125</sup> zum Tragen kommen kann.<sup>126</sup> Eine solche Berücksichtigung kann aber die Staatsgerichtetheit und die Einordnung in Art. 2 Abs. 1 GG nicht überwinden. Es bleibt also beim Verweis „der Sache nach“ ohne Entscheidungserheblichkeit.

### c) Ergebnis

Die Eröffnung einer Veranstaltung ohne Ansehen der Person kann schon deshalb kein Kriterium für eine „spezifische Konstellation“ sein, weil Folge das wäre, was das *BVerfG* selbst<sup>127</sup> ablehnt: Die Pflicht, Vertragsbeziehungen kraft eines ausstrahlenden Art. 3 Abs. 1 GG gleichheitsgerecht zu gestalten. Auch die Relevanz einer Veranstaltung für das gesellschaftliche Leben kann eine solche Rechtsfolge nach derzeit geltendem Verfassungsrecht nicht auslösen: Ein entsprechendes Grundrecht besteht nicht, durch das der Zivilrichter, etwa im Wege einer staatlichen Schutzpflicht, den Veranstalter zur Begründung eines Ausschlusses verpflichten kann.

---

<sup>121</sup> *Sommermann* (Fn. 120), S. 419; BVerfGE 138, 296 (356 Rn. 149) (Kopftuchverbot).

<sup>122</sup> *Sommermann* (Fn. 120), S. 418 m. w. N.

<sup>123</sup> Vgl. zum weiten Kulturbegriff des Art. 15 IPwskR *O’Keefe*, The „Right to take part in cultural life“ under Article 15 of the ICESCR, in: *International and Comparative Law Quarterly* 47 (1998), 904 (904 ff.). Das CESCR nennt in seinen General Comments zum IPwskR, UN-Doc. E/C.12/GC/21, Ziff. 16 den Zugang zu Sportstadien ausdrücklich, weshalb *Michl* (Fn. 9), S. 913, vermutet, der *Senat* nenne den IPwskR v. a. aus diesem Grund; der Verweis wirke eklektisch.

<sup>124</sup> Deutschland ratifizierte den IPwskR im Jahr 1973, vgl. BGBl. 1973 II, S. 1569.

<sup>125</sup> Das CESCR, UN-Doc. E/C.12/1998/24, Ziff. 15 adressiert sogar ausdrücklich die Gerichte der Unterzeichnerstaaten; *Lobmann* (Fn. 112), S. 165 f. stellt klar, dass eine Pflicht zur Beachtung aber nur in den Grenzen des jeweiligen Verfassungsrechts möglich ist.

<sup>126</sup> Der IPwskR wurde freilich im Gewand des Vertragsgesetzes Bestandteil des einfachen Rechts, kann als solcher aber höchstens als Motiv der Entscheidung dienen, *Smets* (Fn. 85), S. 36.

<sup>127</sup> Und zwar signalartig im ersten Leitsatz, BVerfGE 148, 267 (267 Ls. 1, 283 Rn. 40) (Stadionverbot).

## 2. Ungleichgewicht der Parteien

Im auf die „Stadionverbot“-Entscheidung folgenden „Hausverbot“-Beschluss führt das *BVerfG* aus, eine Bindung des Hoteliers an Art. 3 GG liege nicht nur nicht vor, weil der Hotelbesuch keine Relevanz für das gesellschaftliche Leben habe, sondern auch, weil keine Monopolstellung oder strukturelle Überlegenheit der Hotelbetreiberin vorläge.<sup>128</sup> Auch dies nimmt Bezug auf die „Stadionverbot“-Entscheidung, nach der ein Monopol oder strukturelle Überlegenheit eines Privaten „möglicherweise“ ebenfalls zu einem Willkürverbot führen.<sup>129</sup> Stillschweigend erhebt das *BVerfG* damit das noch zum „Stadionverbot“ obiter Gesagte zu (seinem) Tatbestandsmerkmal für eine „spezifische Konstellation“.<sup>130</sup> Fraglich ist aber, ob ein solcher Konnex zwischen dem Tatbestand „Monopol oder strukturelle Überlegenheit“ und der Rechtsfolge „Bindung an Art. 3 Abs. 1 GG“ überhaupt verfassungsgemäß ist. Der Begriff der strukturellen Überlegenheit bedarf näherer Definition. Soweit damit die Macht des Überlegenen gemeint ist, wegen der Exklusivität seines Angebots über Vertragsschluss und -ausgestaltung zu entscheiden,<sup>131</sup> kommt er dem Monopol respektive Marktbeherrschung (§ 18 GWB) sehr nahe. Es könnte aber auch die ledigliche (Verhandlungs-)unterlegenheit des einen Teils gemeint sein.<sup>132</sup> Der Fokus könnte auch auf der „Struktur“ liegen. Schließlich könnte hinter dem Begriff (partielle) Staatsgleichheit des Überlegenen stehen.<sup>133</sup>

### a) Monopol

Das *BVerfG* selbst nennt in den „Stadionverbot“ und „Hausverbot“-Entscheidungen ausdrücklich den Begriff „Monopol“<sup>134</sup> als mögliches Anwendungsfeld für eine „spezifische Konstellation“. In der „III. Weg“-

<sup>128</sup> *BVerfG*, NJW 2019, 3769 (3770 Rn. 8) (Hausverbot).

<sup>129</sup> BVerfGE 148, 267 (284 Rn. 41) (Stadionverbot).

<sup>130</sup> Die Rezipienten der Entscheidung fokussieren sich allzu sehr auf den in dieser Entscheidung vermeintlich im Vordergrund stehenden Art. 3 Abs. 3 GG und verkennen dies, vgl. *Grünberger/Washington* (Fn. 84), S. 1104 ff.; *Muckel*, Anmerkung zu *BVerfG*, Erster Senat, 2. Kammer, Beschl. v. 27.8.2019 – 1 BvR 879/12, (Hausverbot), JA 2019, 956 (958); *Sachs*, Anmerkung zu *BVerfG*, Erster Senat, 2. Kammer, Beschl. v. 27.8.2019 – 1 BvR 879/12, (Hausverbot), JuS 2020, 185 (197). So setzen sie sich der Methodenkritik von *Bryde*, in: Reimer (Fn. 21), S. 112 f. aus. Zum Einfluss der Vielzahl an Adressaten bundesverfassungsgerichtlicher Entscheidungen auf deren Formulierung *Albers* (Fn. 77), S. 277 m. Fn. 94.

<sup>131</sup> So wohl das Verständnis von *Jobst* (Fn. 12), S. 13.

<sup>132</sup> So die Konstellation und Formulierung in BVerfGE 89, 214 (232) (Bürgerschaft).

<sup>133</sup> So *Smets* (Fn. 85), S. 36, der den DFB als „Fußballstaat“ bezeichnet.

<sup>134</sup> BVerfGE 148, 267 (284 Rn. 41) (Stadionverbot); *BVerfG*, NJW 2020, 3769 (3770) (Hausverbot).

Entscheidung ist von „erhebliche[r] Marktmacht“<sup>135</sup> die Rede. Dass sich untechnischer Begriffe bedient wird, die gerade nicht mit der Nomenklatur des Kartellrechts übereinstimmen – in den §§ 18 ff. GWB ist weder von einem „Monopol“ noch von einer „Erheblichkeit“ der Marktmacht die Rede – folgt dem Kalkül des *BVerfG*, sich Flexibilität und Offenheit zu bewahren.<sup>136</sup> Die Begriffswahl dient aber auch der Beschränkung: Nicht jede Marktmacht, sondern nur ein (Voll-)Monopol – die vollständige Abwesenheit von Wettbewerbern<sup>137</sup> – soll zu einem Begründungserfordernis bei der Auswahl der Vertragspartner führen. Solche Vollmonopole sind freilich selten.<sup>138</sup> Am ehesten wird das Fehlen anderer Angebote als grundrechtsverpflichtendes Moment im Bereich der sozialen Plattformen diskutiert.<sup>139</sup> Auch das *BVerfG* spricht in diesem Kontext von der Maßgeblichkeit des Art. 3 Abs. 1 GG und dem möglichen Vorliegen einer „spezifischen Konstellation“.<sup>140</sup> Eine Hauptsacheentscheidung dazu, ob Social-Media-Giganten wie Facebook unter eine „spezifische Konstellation“ fallen, ist aber noch nicht ergangen.<sup>141</sup>

Die Social-Media-Fälle, bei denen es meist um die Löschung einzelner Beiträge oder den gänzlichen Ausschluss einzelner Nutzer geht, liegen aber auch insoweit anders, als dass die Aktivität der Nutzer unter mehrere Freiheitsgrundrechte fällt, insbesondere Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG in Ausprägung der informationellen Selbstbestimmung.<sup>142</sup> Wenn das *BVerfG* in Zukunft feststellen sollte, dass Kontrahierungszwänge oder (Begründungs-)pflichten beim Ausschluss von Nutzern verfassungsrechtlich geboten sind, ist eine dogmatisch fundierte Konstruktion (nur) über diese Grundrechte, sei es über eine staatliche Schutzpflicht oder die Ausstrahlungsformel, denkbar. Sie ist auch naheliegender als die Herangehensweise, Art. 3 Abs. 1 GG als Rechtsfolge

<sup>135</sup> *BVerfG*, NJW 2019, 1935 (1936) (III. Weg).

<sup>136</sup> Zur Relevanz eigener Präjudizien des *BVerfG* für seine künftige Entscheidungsfindung *Lepsius*, in: Jestaedt (Fn. 22), S. 200 f.

<sup>137</sup> *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker III (Deutsche und Europäische Fusionskontrolle), 6. Aufl. 2020, § 36 GWB Rn. 123 ff.

<sup>138</sup> *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 137), § 36 GWB Rn. 125; s. auch *Müller/Klaus*, Monopole, 2020, S. 117.

<sup>139</sup> *Muckel* (Fn. 130), S. 957; *Jobst* (Fn. 12), S. 15; *Friebe*, Löschen und Sperren in sozialen Netzwerken, NJW 2020, 1697 (1699).

<sup>140</sup> *BVerfG*, NJW 2019, 1935 (1936) (III. Weg).

<sup>141</sup> Wobei schon der Bezug auf die „Stadionverbot“-Formel in *BVerfG*, NJW 2019, 1935 (1935) (III. Weg) die Offenheit des *Senats* für eine Übertragung auf Social-Media-Fälle nahelegt. Vgl. zu diesem Themenfeld ausführlich *Schieke*, Von der mittelbaren Drittwirkung zur unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater? – Inhaltserfernung und Sperren in sozialen Netzwerken, StudZR WissOn 2021, 61 (61 ff., 76 ff.).

<sup>142</sup> *BVerfG*, NJW 2020, 300 (306 ff. Rn. 77 ff.) (Recht auf Vergessen I).

zu nennen, als Rechtsgrund aber nur eine nicht näher verfassungsrechtlich untermauerte „spezifische Konstellation“. Kontrahierungszwänge oder die Pflicht zur Begründung der Löschung von Inhalten bzw. ein Nutzausschluss als Rechtsfolge mögen den Anschein haben, als folgten sie aus einer Bindung aus Art. 3 Abs. 1 GG. Tatsächlich wären sie das Ergebnis der privatwirkenden Art. 5 Abs. 1 S. 1, 2 Abs. 1 i. V. m. 1 Abs. 1 GG. Aus kartellrechtlicher Perspektive ist zudem zu beachten, dass die Feststellung der Marktmacht von Anbietern wie Facebook jedenfalls nicht ohne weiteres möglich ist.<sup>143</sup> Aber selbst, wenn etwa Facebook eine Monopolstellung auch im kartellrechtlichen Sinne haben sollte, begründet eben nicht diese mögliche Pflichten, sondern die Privatwirkung der einschlägigen Freiheitsgrundrechte.<sup>144</sup> Es spielt sicher eine Rolle, dass Vollmonopole ansonsten fast nirgends existieren, wenn sowohl das *BVerfG* diesen Begriff verwendet als auch Stimmen aus der Literatur die Zulässigkeit einer Bindung an den Gleichheitssatz jedenfalls für Monopole konzedieren.<sup>145</sup> Nicht zuletzt mag dies aus Billigkeitserwägungen geschehen. Eine verfassungsrechtliche Herleitung der Gleichheitsbindung des Vollmonopolisten ist jedenfalls erstaunlich rar bis nicht vorhanden. Teils wird die bloße Vergleichbarkeit mit dem Staat/Bürger-Verhältnis angeführt.<sup>146</sup> Dies wirkt jedoch etwas phrasenartig, wenn bedacht wird, dass die Angewiesenheit des Nachfragenden auf einen Anbieter ökonomisch-tatsächlicher Natur ist und nur auf sehr abstrakter Ebene mit der Machtunterworfenheit der Bürger unter den Staat verglichen werden kann.

Aber auch das Zivilrecht erkennt Kontrahierungszwänge bei Vollmonopol an. Basis dafür ist nicht das GWB, dessen Kontrollanspruch immer weiter Raum greift,<sup>147</sup> sondern im allgemeinen Zivilrecht insbesondere § 826 BGB,<sup>148</sup> und das

---

<sup>143</sup> *Beckmann/Müller*, in: Hoeren/Siebner/Holzengel, Handbuch Multimedia-Recht, 57. EL September 2021, Teil 10 Rn. 182.

<sup>144</sup> Der Begriff des „öffentlichen Forums“, geprägt durch *BVerfGE* 128, 226 (253) (Fraport), hilft nicht weiter, denn auch er bewegt sich innerhalb der Freiheitsgrundrechte Art. 8 GG und Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG; krit. zum Begriff als solchem *Enders*, Anmerkung zu *BVerfG*, Erster Senat, Urt. v. 22.2.2011 – 1 BvR 699/06 (Fraport), *JZ* 2011, 577 (579); *Kischel*, in: *BeckOK-GG* (Fn. 1), Art. 3 Rn. 93b.

<sup>145</sup> Nach *Heun*, in: *Dreier I*, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 70 ist die Ausnahme für Monopole „weithin anerkannt“.

<sup>146</sup> *Kischel*, in: *BeckOK-GG* (Fn. 1), Art. 3 Rn. 93; so begründete schon *Nipperdey* (Fn. 30), S. 21, die „unmittelbare Drittwirkung“.

<sup>147</sup> Zur europarechtsbedingten Ausweitung der hieraus folgenden wirtschaftspolitischen Kontrahierungszwänge m. w. N. nur *Busche*, in: *MüKo-BGB I*, 9. Aufl. 2021, vor § 145 BGB Rn. 18.

<sup>148</sup> Vgl. nur *Bydlinski*, Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwangs, *AcP* 180 (1980), 1 (10 ff.); *Busche*, in: *MüKo-BGB* (Fn. 147) vor § 145 BGB Rn. 21, der

seit der Rechtsprechung des RG.<sup>149</sup> Auch wenn in diese Generalklausel nach der Ausstrahlungsformel des *BVerfG* die Wertordnung des GG einfließt, hat sich schon zuvor eine Judikatur verfestigt, die mit Mitteln des einfachen Rechts den Missbrauchsgefahren begegnet. Freiheitsrechte strahlen bei der zivilgerichtlichen Herleitung von Kontrahierungszwängen in § 826 BGB aus und wirken zudem in ihrer Schutzpflichtendimension, insoweit kann das *BVerfG* auch deren Einhaltung kontrollieren. An Vollmonopolismus aber unmittelbare Pflichten aus Art. 3 Abs. 1 GG anzuknüpfen, ist nicht erforderlich, da das Zivilrecht das Problem allein bewältigt; das Untermaßverbot<sup>150</sup> wird durch die ständige Rechtsanwendung nicht verletzt.<sup>151</sup> Möglich wäre hingegen die Ausweitung der Wirtschaftsgesetzgebung.<sup>152</sup>

#### *b) Monopol und Relevanz der Dienstleistung in Kumulation*

Relevanz der Privatveranstaltung für die Teilhabe am Sozialleben und Monopolstellung eines Privaten können jeweils für sich keine Verpflichtung zu sachlicher Begründung beim Ausschluss von Kunden auslösen. Im „Stadionverbot“-Fall kommen diese beiden Elemente aber zusammen: Nur der DFB bietet in Deutschland Fußball-Sport im Ligasystem an; zudem trägt der Beschwerdeführer vor, dass die Teilnahme an den Spielen für die Gestaltung seines Freizeitens von hoher Bedeutung sei.<sup>153</sup> So könnte das Zusammentreffen der beiden Kriterien das Vorliegen einer „spezifischen Konstellation“ bestimmen. Dies wird denn auch teilweise als sich bereits aus der

---

selbst für eine verschuldensunabhängige Herleitung aus § 1004 BGB analog plädiert; *ders.* (Fn. 91), *passim*; auf die Parallelen der Herleitung in der Schweiz (Art. 41 OR) und Österreich (§ 879 ABGB) weist *Pöschl*, Sicherung grund- und menschenrechtlicher Standards gegenüber neuen Gefährdungen durch private und ausländische Akteure, *VVDStRL* 74 (2014), 405 (416) Fn. 43 hin.

<sup>149</sup> RGZ 133, 388 (390 f.) (Theaterkritiker), in dem damaligen Fallproblem sieht dann auch *Neumer* (Fn. 12), S. 1854, den Kern des „Stadionverbot“-Falls.

<sup>150</sup> *Canaris* (Fn. 52), S. 218; auch wenn der Ausstrahlungsformel gefolgt wird, wäre die nach *BVerfGE* 7, 198 (207) (Lüth) auch dort bestehende Schwelle nicht unterschritten.

<sup>151</sup> Wenn sich das *BVerfG* auf die Seite der Einzelstimmen schließe, die eine Pflicht zur Kontrahierung nicht aus § 826 BGB, sondern aus Art. 3 Abs. 1 herleiten, verstieße es gegen das Verbot der Fachrechtsrevision – zur Zivilrechtsimmanenz der Streitigkeiten, auf welcher Grundlage eine Korrektur bei Parteiungleichgewicht erfolgen sollte *Lobinger*, Perspektiven der Privatrechtsdogmatik am Beispiel des allgemeinen Gleichbehandlungsrechts, *AcP* 216 (2016), 28 (71); vgl. auch *Busche* (Fn. 89), S. 27.

<sup>152</sup> So kann auch die Darstellung von *Pöschl* (Fn. 148), S. 416 f. fortgedacht werden, die feststellt, dass es immer wieder zur *gesetzlichen* Festsetzung judikativen Grundrechtsschutzes gekommen ist. Für eine Kodifikation der Anforderungen für den Ausspruch von Stadionverboten plädiert *Smets* (Fn. 85), S. 37.

<sup>153</sup> *BVerfGE* 148, 267 (275 Rn. 19) (Stadionverbot).

Entscheidung ergebende Regel angesehen.<sup>154</sup> Die Relevanz der Veranstaltung oder Dienstleistung müsse für einen Großteil der Bevölkerung vorliegen, Monopol sei als faktische Machtstellung des Anbieters und Ausweglosigkeit auszulegen, die gewünschte Leistung anderweitig zu erhalten.<sup>155</sup> Diese Formel ist in erster Linie als zu unscharf, ja beliebig zu kritisieren: Wer stellt auf Grundlage welcher Daten die Relevanz einer Leistung fest? Welche Kriterien sind an die „faktische“ staatsgleiche Machtstellung anzulegen?<sup>156</sup> Der berühmte Hochzeitstorten-Fall<sup>157</sup> ließe sich wohl ohne Weiteres unter einen solchen Tatbestand subsumieren, aber mit entsprechender Argumentation aber eben auch nicht.<sup>158</sup>

Zudem stellt sich auch hier die Frage nach der verfassungsrechtlichen Grundlage einer staatlichen Pflicht, Anbieter an Art. 3 Abs. 1 GG zu binden. Hinsichtlich sozialer Netzwerke wurde die Maßgeblichkeit anderer Grundrechte bereits festgestellt. Im „Stadionverbot“-Fall kommt nur Art. 2 Abs. 1 GG in Betracht, denn unter den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG fällt ein Stadionbesuch nicht und auch ein „Grundrecht auf soziale Teilhabe“ existiert nicht. Daher widerspricht sich das *BVerfG* in gewisser Weise selbst, wenn es zum einen die Relevanz der Freiheitsbeschränkung ablehnt, Fußballspiele nicht betrachten zu können, andererseits aber in der „spezifischen Konstellation“ auf die Bedeutung derlei Ereignisse für die Lebensgestaltung des Beschwerdeführers rekurriert.<sup>159</sup>

Bei möglichen weiteren Fällen, die sich unter der Kumulationsformel bilden lassen, zeigt sich, dass oft nur Art. 2 Abs. 1 GG infrage kommt, etwa beim Einkauf von Nahrungsmitteln oder beim Besuch von Veranstaltungen, die nicht unter die Kunstfreiheit fallen. Wenn überall hier eine Verpflichtung zur Beachtung eines sachlichen Grundes für eine Ablehnung des Vertragsschlusses statuiert würde, wäre der staatliche Zugriff auf die privatautonome Gestaltung der Rechtsverhältnisse grenzenlos. Gegen einen Durchgriff von Art. 3 Abs. 1

---

<sup>154</sup> *Kischel*, in: BeckOK-GG (Fn. 1), Art. 3 Rn. 93b; *Seyderhelm*, Anmerkung zu BVerfG, Erster Senat, 2. Kammer, Beschl. v. 22.5.2019 – 1 BvQ 42/19 (III. Weg), NVwZ 2019, 962 (962); zur Kritik an der vorschnellen Entkontextualisierung s. o. Fn. 71, 77.

<sup>155</sup> *Kischel*, in: BeckOK-GG (Fn. 1), Art. 3 Rn. 93b.

<sup>156</sup> Kritisch zur Offenheit dieser Voraussetzung auch *Hellgardt* (Fn. 10), S. 909.

<sup>157</sup> *U. S. Supreme Court, Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, 4.6.2018, 138 S. Ct. 1719 (2018): Verpflichtung eines Konditors in ländlicher Gegend, eine Hochzeitstorte herzustellen?

<sup>158</sup> *S. Kischel*, in: BeckOK-GG (Fn. 1), Art. 3 Rn. 93b.

<sup>159</sup> BVerfGE 148, 267 (282 Rn. 38, 283 f. Rn. 41) (Stadionverbot).

GG auf sämtliche Bereiche des Privatrechts verwehrt sich die allgemeine Meinung einschließlich des *BVerfG* zurecht.<sup>160</sup>

*c) Verhandlungsungleichgewicht im Einzelfall*

Nicht nur im „Stadionverbot“-Fall, sondern oft ist die Parität zwischen zwei Privaten gestört. Das *BVerfG* hat hier schon früh Korrekturpflichten kraft einwirkender Grundrechte angenommen.<sup>161</sup> Wenn Verhandlungsdisparität eine „spezifische Konstellation“ auslöste, müssten (über-)starke Akteure ihre Vertragspartnerwahl künftig von Verfassungen wegen sachlich begründen. So wie die AGB-Kontrolle, §§ 305 ff. BGB, Missbrauch bei vorgefertigten Vertragsbedingungen verhindert,<sup>162</sup> könnte eine Pflicht zur sachlichen Begründung aus Art. 3 Abs. 1 GG allgemein missbräuchlichen Entscheidungen Überlegener entgegenwirken. Indes betont das *BVerfG*, dass eine Korrektur in diesem Sinne im „Stadionverbot“-Fall nicht geboten ist.<sup>163</sup> Ein Eingriff des Verfassungsrechts in die Privatautonomie erfolgt nach eigener Rechtsprechung nur um ihrer selbst willen: Der Idealtypus zweier Verhandelnder auf Augenhöhe, den das Prinzip der Privatautonomie voraussetzt,<sup>164</sup> ist bei Überlegenheit eines Teils gestört. Gegen die faktisch einseitige Festlegung von Bedingungen kann der Unterlegene seine verfassungsrechtlich garantierte<sup>165</sup> Privatautonomie geltend machen.<sup>166</sup> Zivilgerichtliche Entscheidungen wegen Verletzung von Art. 2 Abs. 1 GG werden vom *BVerfG* auch hier nur in den Grenzen des Untermaßverbots kassiert.<sup>167</sup> Dass eine Gleichheitsbindung des Überlegenen der Wiederherstellung

<sup>160</sup> BVerfGE 148, 267 (267 Ls. 1, 283 Rn. 40) (Stadionverbot); *Heun*, in: Dreier (Fn. 145), Art. 3 Rn. 70 f.; *Hellgardt* (Fn. 10), S. 909; *Mickl* (Fn. 9), S. 914 f. („vollständige Sinnentleerung“ der Privatautonomie); s. auch **C. II. 1. a)**.

<sup>161</sup> BVerfGE 81, 242 (254 f.) (Handelsvertreter); BVerfGE 89, 214 (232 ff.) (Bürgerschaft).

<sup>162</sup> Hindernis im „Stadionverbot“-Fall war freilich, dass der ausgeschlossene Fußballfan mit dem DFB keinerlei Vertrag geschlossen hatte: *LG Duisburg*, SpuRt 2009, 78 (78).

<sup>163</sup> BVerfGE 148, 267 (282 f. Rn. 28) (Stadionverbot), wo es schwammig heißt: „Beschwer (...) erlangt ihr verfassungsrechtliches Gewicht (...) nicht“ durch die Betroffenheit in Art. 2 Abs. 1 GG.

<sup>164</sup> *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, S. 10.

<sup>165</sup> S. o. Fn. 89.

<sup>166</sup> Zum Ganzen *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof*, P. (Fn. 93), § 150 Rn. 115 und *Busche* (Fn. 89), S. 28 f., 60 f., der davor warnt, dieser Figur eine materielle Gerechtigkeitskontrolle zu entnehmen, die verfassungsrechtlich nicht geboten sei – auch der zivilrechtsimmanent entwickelten allgemeine Kontrahierungszwang *Busches* soll nicht von Gerechtigkeitsabwägungen geleitet sein (S. 140). Zur Diskrepanz des Verständnisses der Privatautonomie im Verfassungsrecht und bürgerlichen Recht *Wielsch* (Fn. 47), S. 743 ff.

<sup>167</sup> BVerfGE 89, 214 (233 f.) (Bürgerschaft); dennoch wird diese Kontrolle des Art. 2 Abs. 1 GG von Teilen der Zivilrechtslehre als Einmischung des *BVerfG* als Superrevisionsinstanz kritisiert, etwa von *Diederichsen*, Das Bundesverfassungsgericht als

der Privatautonomie nicht dienen kann, zeigt die Funktionsweise des Schutzmechanismus: Das *BVerfG* verweist die Sache an die Fachgerichte zurück, die mit ihrem fachlichen und erkenntnistechischen Vorsprung<sup>168</sup> erneut entscheiden, und erfüllt so die verfassungsrechtliche Gewähr der Privatautonomie.

Wenn nun stattdessen eine direkte Bindung an Art. 3 Abs. 1 GG die Folge wäre, würde die Möglichkeit der Zivilgerichte, im breiten Rahmen der Generalklauseln und anderer Instrumente die materiellen Belange der Parteien in Ausgleich zu bringen, im Keim erstickt. Grund hierfür ist die starre Rechtsfolge des Art. 3 Abs. 1 GG,<sup>169</sup> die das differenzierte Privatrechtssystem umgeht. Dass die Zivilgerichte die Grundrechtsrelevanz im „Stadionverbot“-Fall sahen und selbst eine Begründung eines Verbots forderten,<sup>170</sup> verdeutlicht exemplarisch, dass die Zivilgerichte sachgerecht, verfassungskonform und obendrein sachnäher mit Fällen gestörter Vertragsparität umgehen als es die Aufoktroierung einer Gleichbehandlungspflicht je könnte.<sup>171</sup> Eine Pflicht zur sachlichen Begründung eines Stadionverbots mag *common sense*<sup>172</sup> sein und einem auch verfassungsrechtlichen Billigkeitsgefühl entsprechen, sie ist aber schon auf zivilrechtlicher Ebene auszusprechen. Das *BVerfG* sollte sich mithin auch weiter damit begnügen, nach der Feststellung der Verletzung der Garantie der Privatautonomie an die Zivilgerichte zurückzuverweisen. Sollte es feststellen, dass die Anwendung bestehender Gesetze nicht ausreicht, kann es den Gesetzgeber zur Neuregelung verpflichten, § 31 Abs. 1 BVerfGG.

#### d) Struktur des Überlegenen

„Strukturelle Überlegenheit“ meint die Strukturiertheit der Überlegenheit, mithin Typisierbarkeit der Fallgestaltungen. Aber auch die vorgefundene Struktur des

---

oberstes Zivilgericht – ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre, AcP 198 (1998), 171 (217 ff.), zugespitzt S. 258 und *Lobinger* (Fn. 151), S. 71; sehr kritisch zum Ganzen auch *Adomeit*, Die gestörte Vertragsparität – ein Trugbild?, NJW 1994, 2467 (2467 ff.).

<sup>168</sup> Die Zivilgerichte repräsentieren nur den Erkenntnisvorrang der *Rechtsebene* Privatrecht, hierzu *Ruffert* (Fn. 22), S. 51.

<sup>169</sup> S. o. **C. II. 1. a)** m. Fn. 91.

<sup>170</sup> *AG Duisburg*, Urt. v. 13.3.2008 – 73 C 1565/07; *LG Duisburg*, SpuRt 2009, 78 (78); *BGH*, NJW 2010, 534 (535 f.).

<sup>171</sup> Wenn die Zivilgerichte selbst mit dem allgemeinen Gleichheitssatz argumentieren, wie *BGH*, NJW 2013, 1519 (1521 Rn. 27), tun sie dies in Ausübung des ihnen zukommenden Erstzugriffs auf das Privatrecht und unter Berücksichtigung der Privatautonomie der Parteien, vgl. auch die dort getroffenen Ausführungen im Zusammenhang mit der Nennung von Art. 3 Abs. 1 GG, dessen Anwendung anscheinend gerade der Wiederherstellung der Privatautonomie dienen soll.

<sup>172</sup> So sieht es *Ruffert* (Fn. 14).



DFB könnte relevant sein. Eine gewisse Staatsähnlichkeit ist nicht von der Hand zu weisen.<sup>173</sup> Schon eine Struktur, die der staatlichen nahekommt, könnte über ein ebensolches Gefährdungspotential<sup>174</sup> zu im Ergebnis staatsgleichen Bindungen führen. Eine Gefährdung durch nur staatsähnliche Strukturen kann es aber vor dem entstehungsgeschichtlichen Hintergrund des Gleichheitsgrundrechts nicht geben: Dieses sollte Statusgleichheit vor dem das Gewaltmonopol innehabenden Staat gewähren und so staatliche Ungleichbehandlung wegen des Standes verhindern.<sup>175</sup> Nach dieser historischen Ratio von Art. 3 Abs. 1 GG ist dem zu begegnenden Gefährdungspotenzial damit gerade inhärent, dass es vom Staat ausgeht.

Nun stellt die historisch-genetische Auslegung im Verfassungsrecht eine „unentbehrliche Normativitätssicherung“<sup>176</sup> dar, beantwortet jedoch gerade nicht die Frage danach, ob nicht jüngere Entwicklungen ein neues Normverständnis nötig machen.<sup>177</sup> Eine Abkehr vom soeben aufgezeigten Verständnis des Gleichheitsgrundrechts käme indes geradezu seiner Entkernung gleich. Eine solche Wende wäre aber gar nicht vonnöten, wenn die Interessen der Betroffenen in den diskutierten Fallgestaltungen effektiv und unter Rückbindung an die Verfassung zu schützen wären.

#### e) Funktionelle Staatsgleichheit

Um dies zu ermitteln, ist nun der unmittelbare Vergleich des überlegenen Privaten mit dem Staat zu ziehen. Teils wird denn auch eine jedenfalls partielle Staatsgleichheit des ausschließenden Konglomerats aus MSV, DFL und DFB als maßgeblich für den Ausgang des „Stadionverbot“-Falls erachtet.<sup>178</sup> Diesen

---

<sup>173</sup> Vgl. das umfassende Verbandsrecht, die Gremien und Organe: <https://www.dfb.de/verbandsservice/verbandtrecht/satzung-und-ordnungen/>. Paradigmatisch ist der Begriff „Bundestag“ für das höchste Gremium des Verbands, <https://www.dfb.de/verbandsstruktur/bundestag/start/> (beide zuletzt abgerufen am 6.7.2022).

<sup>174</sup> *Kischel*, in: BeckOK-GG (Fn. 1), Art. 3 Rn. 93b; *Kingreen*, Das Verfassungsrecht der Zwischenschicht. Die juristische Person zwischen grundrechtsgeschützter Freiheit und grundrechtsgebundener Macht, JöR 75 (2017), 1 (35 ff.), der überzeugend darlegt, dass die Bewältigung solcher Gefährdungen durch das einfache Recht vorzugswürdig ist.

<sup>175</sup> *Pietzcker*, in: Merten/Papier (Fn. 8), § 125 Rn. 2 mit Verweis auf einige historische Vorbilder: Art. 6 D.D.H.C., Art. 4 Preuß. Verfassung v. 1850, § 137 Paulskirchenverfassung v. 1849.

<sup>176</sup> *Reimer* (Fn. 46), S. 175 m. Verweis auf die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung in Fn. 485.

<sup>177</sup> S. o. **A.**

<sup>178</sup> *Kischel*, in: BeckOK-GG (Fn. 1), Art. 3 Rn. 93a; *Michl* (Fn. 9), S. 915; *Smets* (Fn. 85), S. 36.

Eindruck mag die Anhörungspflicht verstärken, die das *BVerfG* den Ausschließenden auferlegt,<sup>179</sup> denn Sachrichtigkeit durch Verfahren ist Grundidee des Verwaltungsverfahrenrechts.<sup>180</sup> Es klingt plausibel: Wenn eine im Ergebnis staatsgleiche Bindung an Art. 3 Abs. 1 GG statuiert wird, muss der Gebundene auch auf Tatbestandsebene staatsgleich zu bewerten sein. Schon der Begriff „Staatsgleichheit“ wird in den Literaturstimmen zum Stadionverbot aber erstaunlich unreflektiert verwendet. Denn ein privater Akteur ist nicht, und das würde wohl auch keiner behaupten, Staat im Sinne der Drei-Elemente-Lehre nach *Jellinek*<sup>181</sup> und damit nie *staatsgleich*. Es liegt höchstens Staatsähnlichkeit in gewissen Bereichen vor, eine *Staatsvergleichbarkeit*.

Ansatzpunkte für eine Vergleichbarkeit existieren so zahlreich wie Arten des Auftretens von Staaten gegenüber Bürgern; sie kann bspw. daraus resultieren, dass ein Privater traditionell oder vormals staatlich wahrgenommene Aufgaben übernimmt.<sup>182</sup> Dies ist im „Stadionverbot“-Fall nicht so, denn Sport- oder Kulturveranstaltungen sind auch ursprünglich keine staatliche, sondern eine zivilgesellschaftliche Domäne. Mit einer Staatsposition vergleichbar ist auch nicht die Befugnis, einen Fußballfan bei bestehendem Stadionverbot mittels Gewalt aus einem Stadion zu entfernen, denn eine solche kommt jedem Privaten aus §§ 859, 903 S. 1 BGB zu. Die *zwangweise* Durchsetzung kann nur durch das staatliche Gewaltmonopol erfolgen. Soweit Grundrechte Antwort auf die

---

<sup>179</sup> BVerfGE 148, 267 (285 f. Rn. 46 f.) (Stadionverbot). Kritik in der Sache übt *Kischel*, in: BeckOK-GG (Fn. 1), Art. 3 Rn. 93c mit Bezug auf *Hellgardt* (Fn. 10), S. 909 und dem Argument, dass sich der Bürger gegenüber dem Überlegenen so verhalten müsse wie gegenüber einer Behörde, was für ihn nicht nur Vor- sondern auch Nachteile bringe, wie die Pflicht zur Wahrnehmung von Anhörungen.

<sup>180</sup> *Wahl*, Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, VVDStRL 41 (1982), 151 (160 f., 187); *Pietzyker*, Das Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, VVDStRL 41 (1982), 193, 207 ff. Die Parallele zum VwVfG ziehen dann auch *Mickl* (Fn. 9), 915; *Smets* (Fn. 85), S. 36 und *Kulicke* (Fn. 9), S. 208. Der *Senat* betont indes, dass es Verfahrenspflichten auch im Privatrecht gäbe, BVerfGE 148, 267 (285 f. Rn. 47) (Stadionverbot); *BGH*, ZIP 1989, 1321 (1321); *BAG*, Urt. v. 29.11.2007 – 2 AZR 724/06 und *BAG*, NZA 2013, 137 (137) zitierend.

<sup>181</sup> *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1914, S. 394 ff. Erst recht fernliegend ist das zusätzliche Kriterium der Interaktionsfähigkeit mit anderen Staaten nach Art. 1 lit. d Konvention von Montevideo.

<sup>182</sup> Zum Problem der Privatisierung und dem damit einhergehenden Problem der Überschneidung privaten Rechts mit öffentlicher Erwartung respektive privater und öffentlicher Sphäre aus verfassungsrechtlicher Sicht *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, 2002, insb. S. 271 ff.; aus zivilrechtsdogmatischer Sicht nur *Lobinger* (Fn. 151), S. 87 f.; s. auch, mit Verweis auf die französische Lehre zum *service public*, *Busche* (Fn. 89), S. 183 ff.; aus politikwissenschaftlicher Sicht *Mende*, Global Governance und Menschenrechte – Konstellationen zwischen Privatheit und Öffentlichkeit, 2020, S. 160 ff.

Befugnis des Staates zur Rechtsdurchsetzung durch Gewalt sind,<sup>183</sup> kommt eine Bindung privater Akteure also außer Betracht.

aa) Der hinreichende Schutz durch Privatwirkung der Freiheitsgrundrechte

Es bleibt nur das, was unter dem Schlagwort der staatsgleichen (staatsvergleichbaren) Machtstellung diskutiert wird.<sup>184</sup> Macht ist nach der konzisen, aber noch immer verwendbaren Definition *Webers* „jede Chance, innerhalb einer sozialen Beziehung den eigenen Willen auch gegen Widerstreben durchzusetzen, gleichviel worauf diese Chance beruht.“<sup>185</sup>

Schon die Trennung von Macht und Gewalt bei *Kant*<sup>186</sup> zeigt, dass Macht allein keine Staatsvergleichbarkeit begründet: Faktische Macht eines Privaten gegenüber einem anderen ist alltäglich. Das Ausmaß der Machtstellung Privater kann im Einzelfall sogar höher sein als die polizeiliche oder militärische Macht des Staates, denn diese kann die Nachfrage nach einem Gut oder einer Dienstleistung jedenfalls direkt nicht befriedigen. Ökonomisch-finanzielle und demokratisch legitimierte, einseitig ausübbar Macht sind somit strukturell grundverschieden.<sup>187</sup> Der Entschärfung ersterer dient das Privatrecht, ob durch das Kartellrecht (s. o.), das Verbraucherschutzrecht im BGB oder den Arbeitnehmerschutz.<sup>188</sup> Auch das Arbeitsverhältnis an sich birgt ein Gefährdungspotential in diesem Sinne, weswegen *Nipperdey* seine Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung auch hier anwandte.<sup>189</sup> Dass das BAG ihr nicht mehr folgt,<sup>190</sup> zeigt, dass inzwischen entstandenes einfaches Recht im Grundsatz genügend Schutz vor der Gefährdung von Freiheitsgrundrechten durch mächtige private Akteure bietet.

<sup>183</sup> *Pöschl* (Fn. 148), S. 418; *Birtsch*, Die Geschichte der Grund- und Freiheitsrechte als Gegenstand der Forschung, in: *Birtsch*: Grund- und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte, 1981, S. 11 (18) („Grundrechtsgeschichte [als] [...] Kehrseite der Machtgeschichte“).

<sup>184</sup> Vgl. hierzu nur schon *Nipperdey* (Fn. 30), S. 16 f.; zur neueren Debatte *Kingreen* (Fn. 174), S. 35 ff.; *Peters* (Fn. 111), S. 95 f. mit Stimmen aus dem Ausland in Fn. 118; zu Forderungen nach der Legitimierung unternehmerischer Macht *Mende* (Fn. 182), S. 247 f.

<sup>185</sup> *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Grundriss der verstehenden Soziologie, 5. Aufl. 1976, S. 28.

<sup>186</sup> *Kant*, *Die Metaphysik der Sitten*, in: *Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften*: *Kant's gesammelte Schriften* VI, 1907, S. 203 (246).

<sup>187</sup> *Kingreen* (Fn. 174), S. 36; *Peters* (Fn. 111), S. 95; *Pöschl* (Fn. 148), S. 418 ff.

<sup>188</sup> *Kingreen* (Fn. 174), S. 36 ff.

<sup>189</sup> *Nipperdey* (Fn. 30), S. 20 ff.; von der sogenannten unmittelbaren Drittwirkung ging zunächst auch das BAG aus, s. o. Fn. 57.

<sup>190</sup> In BAG, NZA 1986, 634 (645) erkennt *Hillgruber*, in: *BeckOK-GG* (Fn. 1), Art 1 Rn. 72 die Aufgabe der alten Rechtsprechungslinie.

Für die Inpflichtnahme mächtiger Privater nicht durch Grundrechte,<sup>191</sup> sondern durch das einfache Recht sprechen zunächst Legitimation und Rechtssicherheit: Dem nationalen Vorbehalt des Gesetzes und dem internationalen Legalitätsprinzip<sup>192</sup> genügt ein Parlamentsgesetz, nicht aber verfassungsgerichtliche Judikatur.<sup>193</sup> Durch die Offenheit des Machtbegriffs besteht Rechtsunsicherheit.<sup>194</sup> Zudem werden gegen die Grundrechtsverpflichtung übermächtiger Privater Argumente angeführt, die v. a. Entstehungsgeschichte und Funktion der Grund- und Menschenrechte betreffen.<sup>195</sup> Auch zur Einhegung von Machtmissbrauch ist eine Gleichheitsbindung mithin nicht statthaft. Unglücklicherweise bekräftigt das *BVerfG* aber die Tendenz zu Art. 3 Abs. 1 GG, wenn es auch in der Folgerechtsprechung von „spezifischen Konstellationen“ redet,<sup>196</sup> anstatt die hier jeweils einschlägigen Freiheitsgrundrechte der Unterlegenen<sup>197</sup> in ihrer Schutzpflichtendimension oder selbst der Ausstrahlungsformel anzuwenden.

---

<sup>191</sup> Und damit im Zweifel erst nach durchlaufenem Instanzenzug, vgl. § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG.

<sup>192</sup> Zu ersterem nur BVerfGE 33, 1 (10 ff.) (Strafgefangene); *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof, P., Handbuch des Staatsrechts V, 3. Aufl. 2007, § 101 Rn. 11 ff.; zu letzterem nur *Peters* (Fn. 111), S. 70 ff., 90 ff. m. w. N.

<sup>193</sup> Unter diesem Gesichtspunkt üben Kritik an den „Stadionverbot“-Entscheidung daher auch *Smets* (Fn. 85), S. 37; *Hellgardt* (Fn. 10), S. 909 f. und *Ruffert*, Privatrechtswirkung der Grundrechte, NJW 2020, 1 (4); für die Anwendung bestehenden einfachen Rechts plädiert wohl *Marauhn*, Sicherung grund- und menschenrechtlicher Standards gegenüber neuen Gefährdungen durch private und ausländische Akteure, VVDStRL 74 (2014), 373 (397 f.).

<sup>194</sup> Dieses Argument läuft parallel mit dem oben unter **C. II. 2. b)** Genannten. Wohin die Offenheit führen kann, zeigt *BGH*, NJW 2013, 1519 (1521 Rn. 27), der *Heun*, in: Dreier (Fn. 145), Art. 3 Rn. 69 f. zitiert und ausführt, soziale Macht führe zu einer Bindung an Art. 3 Abs. 1 GG, wohingegen *Heun* (Rn. 70) mit „Machtmissbrauch“ die seit RGZ 133, 388, (390 f.) (Theaterkritiker) im Zivilrecht verfestigte Rechtsprechung bei Monopolen meint, s. dazu oben **C. II 2. a)** m. Fn. 149.

<sup>195</sup> *Peters* (Fn. 111), S. 95; *Pöschl* (Fn. 148), S. 418.

<sup>196</sup> *BVerfG*, NJW 2019, 1935 (1936) (III. Weg); *BVerfG*, NJW 2019, 3769 (3770) (Hausverbot).

<sup>197</sup> Also Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG respektive der hinter dem Verbot der Diskriminierung aus weltanschaulichen Gründen stehende Persönlichkeitsrechts- und Würdeschutz. Das Diskriminierungsverbot leitet die herrschende Meinung indes aus einer Drittwirkung von Art. 3 Abs. 3 GG her, vgl. etwa (zu *BVerfG*, NJW 2019, 3769 (3770) (Hausverbot)) *Grünberger/Washington* (Fn. 84), S. 1106 f. sowie *Lehner* (Fn. 93), S. 410 ff., insb. 413; richtig *Lobinger* (Fn. 151), S. 84 ff.; jedenfalls eine enge Verbindung zu den Freiheitsgrundrechten erkennt auch *Ruffert* (Fn. 22), S. 177 ff.

bb) Die von der unmittelbaren Wirkung der Menschenrechte verschiedene Lage auf nationaler Ebene

Alldem wird auf internationaler Ebene bezüglich Menschenrechtsgewährleistungen entgegengehalten, dass eine staatsgleiche Bindung Privater unter bestimmten Voraussetzungen zur effektiven Rechtsdurchsetzung nötig sei.<sup>198</sup> Dort wie hier wäre Rechtsfolge also eine unmittelbare Grundrechtsbindung. Erfordernis für eine solche Bindung Privater an Menschenrechte sei eine Regulierungslücke, sodass die mittelbare Inpflichtnahme (etwa) durch Schutzpflichten zur Erreichung des Regelungsziels nicht genüge.<sup>199</sup>

Diese Beschränkung im Völkerrecht korreliert in Deutschland mit dem Unterraßverbot: Soweit und solange der Staat, insbesondere Gesetzgeber und Zivilgerichte, die Grundrechte anders effektiv schützen, ist eine Bindung ökonomisch mächtiger privater Akteure weder erforderlich noch geboten. Die Frage stellt sich im transnationalen Kontext um einiges lauter als in Deutschland,<sup>200</sup> denn dort besteht die Gefahr, dass sich ökonomisch mächtige Akteure staatlicher Regulierung entziehen. Nicht nur wird ein „*race to the bottom*“ im Hinblick auf für die Unternehmen nachteilige Regeln befürchtet;<sup>201</sup> *Global Governance* birgt schon durch die Begrenzung staatlicher Macht auf ihr Hoheitsgebiet Gefahren.<sup>202</sup> Auch das Risiko der Nichtumsetzung völkervertraglicher Pflichten durch Unterzeichnerstaaten und staatliche Schwäche kann als Argument für die unmittelbare Verpflichtung Privater durch

---

<sup>198</sup> Wobei das Problem auch hier bislang v. a. über die mit der deutschen Grundrechtslehre gleichenden Schutzpflichtendimension gelöst wurde, hierzu *Seibert-Fohr*, Die völkerrechtliche Verantwortung des Staats für das Handeln von Privaten: Bedarf nach Neuorientierung?, *ZaöRV* 73 (2013), 37 (43 ff.). Zum Diskurs um eine unmittelbare Bindung *Kinley/Tadaki*, The Emergence of Human Rights Responsibilities for Corporations at International Law, *Virginia Journal of International Law* 44 (2004), 931 ff.; *Köster*, Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit privater (multinationaler) Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen, 2010, S. 79 ff.; *Peters* (Fn. 111), S. 90 ff. <sup>199</sup> *Peters* (Fn. 111), S. 68 ff. (freilich *de lege ferenda*); vgl. auch den diesen Ansatz rezipierenden *Marauhn* (Fn. 193), S. 395 f.

<sup>200</sup> So behandelt *P. Kirchhof*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Fn. 1), Art. 3 Abs. 1 Rn. 291 die Privatwirkungsproblematik des allgemeinen Gleichheitssatzes auch (nur) anhand international tätiger Unternehmen.

<sup>201</sup> Zum „Wettbewerb der Rechtsordnungen“ *Peters*, Wettbewerb von Rechtsordnungen, *VVDStRL* 69 (2009), 7 (7 ff., insb. 32 ff).

<sup>202</sup> *Reinicke/Witte*, Globalisierung, Souveränität und internationale Ordnungspolitik, in: *Busch/Plümper*, Nationaler Staat und internationale Wirtschaft, 1999, S. 339 ff.; allgemein *Mende* (Fn. 182), S. 87 ff.

Menschenrechte angeführt werden,<sup>203</sup> nicht aber für die Verpflichtung eines auch noch so mächtigen Privaten aus Grundrechten des GG. Die Herausforderungen im transnationalen Bereich ergeben sich v. a. daraus, dass sich Unternehmen durch Sitzwahl und Outsourcing staatlichem Zugriff entziehen. Dem ist durch Mittel des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts und des Völkerrechts Rechnung zu tragen. Soweit private Akteure dem GG unterworfen sind, sind die aus Machtmissbrauch resultierenden Probleme durch mittelbare Bindung und gesetzgeberisches Tätigwerden lösbar. Nicht zuletzt ist Machtmissbrauch im Ausland oft deutlich extremer als in Deutschland mit seinen hohen Lebens- und Arbeitsstandards.<sup>204</sup>

cc) Keine Schutzpflichtenfunktion von Art. 3 Abs. 1 GG

Schließlich scheidet eine Schutzpflicht des Staates bezüglich Art. 3 Abs. 1 GG aus, weil ein Privater das nur dem Staat gegenüber geschützte Rechtsgut „Gleichbehandlung“ nicht bedrohen kann.<sup>205</sup> Wenn gleichheitswidriges Verhalten eines Privaten ausnahmsweise zu einer Pflicht staatlichen Einschreitens führt, dann nur, weil eigentlich Menschenwürde<sup>206</sup> oder die Freiheitsgrundrechte betroffen sind. Beispiel für ein aus diesem Grund<sup>207</sup> erfolgtes Einschreiten ist das AGG, das Benachteiligungen Privater durch Private aus den in seinem § 1 genannten Gründen zu verhindern sucht. Ein staatsgleiches Gefährdungspotential betrifft Art. 3 Abs. 1 GG ist nach alledem nicht möglich.<sup>208</sup>

---

<sup>203</sup> *Peters* (Fn. 111), S. 68, 78 ff.

<sup>204</sup> *Osvika*, Zivilrechtliche Haftung deutscher Unternehmen für menschenrechtsbeeinträchtigende Handlungen ihrer Zulieferer, 2014, S. 136 f.; *Hübner*, Unternehmenshaftung für Menschenrechtsverletzungen, 2022 (im Erscheinen), S. 1 f.

<sup>205</sup> S. bereits **C. II. 2. d**). Vgl. für die Ablehnung einer Schutzpflicht nur *Heun*, in: Dreier (Fn. 145), Art. 3 Rn. 71; *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof, P. (Fn. 1), § 191 Rn. 222 m. w. N.; dazu, dass eine Schutzpflicht des Staates bezüglich der Herstellung gleicher Ausgangspositionen besteht, *Sachs*, in: Isensee/Kirchhof, P.: Handbuch des Staatsrechts VIII, 3. Aufl. 2010, § 183 Rn. 168 ff.; dies ist aber nichts anderes als die Schaffung gleicher Voraussetzungen für die Ausübung privatautonomes Verhaltens; zur Problematik der Herstellung „faktischer Gleichheit“ als Schutzpflicht *Heun*, in: Dreier I (Fn. 145), Art. 3 Rn. 67 ff.; dazu, dass letzteres Aufgabe des öffentlichen und nicht des Privatrechts ist, *Lobinger* (Fn. 93), S. 116.

<sup>206</sup> Statt aller nur *Kischel*, in: BeckOK-GG (Fn. 1), Art. 3 Rn. 91 sowie die Nachweise in Fn. 195.

<sup>207</sup> *Sachs*, in: Isensee/Kirchhof, P. (Fn. 205), § 183 Rn. 168.

<sup>208</sup> So aber *Kischel*, in: BeckOK-GG (Fn. 1), Art. 3 Rn. 93b.

### 3. Daseinsvorsorge

Immer mehr Aufgaben der Daseinsvorsorge, Erfüllung menschlicher Grundbedürfnisse durch den Staat als Ausfluss des Sozialstaatsprinzips,<sup>209</sup> werden an Private überführt (z. B. Post, Telekommunikation, Eisenbahn).<sup>210</sup> In diesen Bereichen sind stets unterverfassungsrechtliche Normen vorhanden, die den Betreibern Kontrahierungs- und Ausgestaltungsvorgaben machen, genannt seien hier nur § 18 PostG i. V. m. §§ 2, 3 PDLV für Postdienste, §§ 78, 84 TKG für Telefondienste und § 22 PBefG für den öffentlichen Verkehr. Wenn neue Bereiche reguliert werden sollen, ist der richtige Weg hierfür der legislative. Existiert Gesetzesrecht, kann jeder entscheiden, ob er dennoch oder gerade deshalb auf diesem Sektor tätig wird. Fehlt es, darf er seine Teilnahme an diesem Markt privatautonom gänzlich einstellen. Dann aber kann er erst recht über den Zugang zu seinem Angebot entscheiden. Daher gilt: auch wenn Gleichbehandlungspflichten auf diesem Sektor bestehen – aus einer „spezifischen Konstellation“<sup>211</sup> erwachsen sie nicht, sondern aus der Entscheidung des GG für Sozialstaat und Wohlfahrtspflege.

### D. Ergebnis

1. Menschenrechte verpflichten Private nicht aufgrund von Art. 1 Abs. 2 GG unmittelbar (**B. I. 2.**). Da der Wortlaut der jeweiligen Verbürgung, insbesondere aber die Funktionsgrenzen der nationalen Verfassung zu berücksichtigen sind, führt auch die Eröffnung des Schutzbereichs von Gewährleistungen wie Art. 15 Abs. 1a IPwskR nicht zu einer weiteren Privatwirkung als die inländischen Grundrechte (**C. II. 1. b) bb**)).

2. Eine Bindung privater Akteure an Art. 3 Abs. 1 GG zur Bewältigung von Missbrauchsproblemen ist aufgrund der nicht relativierbaren Wirkung des Gleichbehandlungsgebots nicht geeignet (**C. II. 1. a**)). Das Privatrecht bietet eine Vielzahl an differenzierten Regelungsinstrumenten, die es ermöglichen,

---

<sup>209</sup> Statt aller nur *Rießner*, in: Isensee/Kirchhof, P., Handbuch des Staatsrechts IV, 3. Aufl. 2006, § 96 Rn. 1, 3, 10. Dieses Verständnis der Daseinsvorsorge i. e. S. überschneidet sich mit der sog. Staatsaufgabenlehre; vgl. *Weiß* (Fn. 182), S. 53 ff., 57 ff.

<sup>210</sup> Zu Definition und Abgrenzung von formeller und materieller Privatisierung *Weiß*, (Fn. 182), S. 29 ff. In den Vereinigten Staaten ist die Privatisierung auf dem Feld der Daseinsvorsorge deutlich stärker vorangeschritten – Fälle in diesem Bereich haben daher in hohem Maße zur Entwicklung der *state action doctrine* beigetragen, vgl. *Giegerich* (Fn. 3), S. 346 ff.; zum Ganzen s. auch Fn. 182.

<sup>211</sup> Da das Teilhabebedürfnis an einer Fußballveranstaltung nicht Lebensbedürfnis ist (*AG Frankfurt*, Urt. v. 8.10.2004 – 30 C 1600/04; *LG Duisburg*, SpuRt 2009, 78 (79); auch *Breucker* (Fn. 75), S. 136 und *Hellgardt* (Fn. 10), S. 909), wurde der Aspekt in der „Stadionverbot“-Entscheidung zurecht nicht behandelt.

divergierende Interessen auszugleichen und die Privatautonomie der Beteiligten zu wahren (**C. II.**).

3. Eine solche Bindung ist zudem nicht erforderlich, um Zulassungs- und Nutzungskonflikte bei der Öffnung eines öffentlichen Raums, dem Angebot einer für das gesellschaftliche Leben relevanten Veranstaltung oder bei Ungleichgewicht zwischen zwei Privaten zu lösen. Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Freiheitsgrundrechte deckt alle schützenswerten Konstellationen ab (**C. II. 1, 2**).

4. Die Rechtslage in Deutschland ist insoweit nicht mit der völkerrechtlichen Ebene vergleichbar (**C. II. 2. a** bb)). Die Gefährdungen, denen dort durch eine unmittelbare Menschenrechtsbindung Privater entgegengewirkt werden soll, bestehen auf nationaler Ebene nicht.

5. Ein gangbarer Weg für die Inpflichtnahme Privater etwa im Bereich der Daseinsvorsorge, auch i. w. S., ist neue Gesetzgebung. Diese Art der Verpflichtung ist verfassungsgerichtlichem Richterrecht aus Gründen der Rechtssicherheit und Legitimation vorzuziehen (**C. II. 2. a, 3**).

6. Die Figur der „spezifischen Konstellation“ ist überflüssig und aufzugeben.



Felicitas Burst\*

## Die polnischen Justizreformen ab 2015: Eine Analyse auf Grundlage der EMRK

### Abstract

Der Beitrag untersucht die Vereinbarkeit der polnischen Justizreformen ab 2015 mit der EMRK anhand der geänderten Ruhestandsregelung der Richter am *polnischen Obersten Gericht* und der Kompetenz des Justizministers zur Ernennung und Absetzung von Gerichtspräsidenten. Zuerst werden die neuen Regelungen in die jeweils betroffene Gesetzesmaterie und deren gesellschaftspolitischen und historischen Kontext eingeordnet. Sodann wird ihre Vereinbarkeit mit den in der EMRK gewährten Rechten der betroffenen Richter sowie der betroffenen Prozessparteien unter Zuhilfenahme einschlägiger Rechtsprechung des *EGMR* beurteilt und auf eine Geltendmachung festgestellter Verletzungen der EMRK vor dem *EGMR* eingegangen. Der Beitrag endet mit einer Einordnung der aktuellen Fälle vor dem *EGMR*, die die polnischen Justizreformen betreffen.

The article examines the compatibility of the Polish judicial reforms from 2015 on with the ECHR based on the amended retirement regulations for judges at the *Polish Supreme Court* and on the competence of the Minister of Justice to appoint and dismiss presidents of courts. The new regulations are placed in their legislative material and socio-political and historical context. Then they are assessed for their compatibility with the rights granted in the ECHR. This is done with regard to the rights of the judges concerned as well as those of the parties to the proceedings. Afterwards, the article deals with a possible assertion of the identified violations of the ECHR before the *ECtHR*. It ends with a classification of the current cases before the *ECtHR* concerning the Polish judicial reforms.

---

\* Die Verfasserin studiert Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und arbeitet als studentische Hilfskraft am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Dr. Carolyn Mosers Forschungsgruppe *Borderlines*. Der Beitrag entstand im Wesentlichen im Sommersemester 2019 als Studienarbeit bei Prof. Dr. Anja Seibert-Fohr, LL.M. (GWU), seit 1.1.2020 deutsche Richterin am *EGMR*, und befindet sich auf dem Stand v. 23.5.2022. Der Beitrag wurde redaktionell betreut von stud. iur. Viola Sauter.

## A. Einleitung

2015 erlangte die Partei *Pravo i Sprawiedliwość* (Recht und Gerechtigkeit, *PiS*) bei den Wahlen zum polnischen Parlament *Sejm* 37,58% der Stimmen und damit 235 seiner 460 Sitze.<sup>1</sup> Das Wahlprogramm der *PiS* sah bezüglich der Justiz vor, dass „unter Beibehaltung der verfassungsmäßigen Grundgarantien von Unabhängigkeit und Unbefangenheit [...] den Bürgern nicht der Einfluss auf die Ausübung der ‚dritten Macht‘ genommen werden [darf].“<sup>2</sup> So sollte die Verfahrensdauer gekürzt werden<sup>3</sup> – ein vom *EGMR* in einem Piloturteil festgestelltes strukturelles Problem der polnischen Justiz, welches eine Verletzung des Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK darstellt.<sup>4</sup>

2016 begann die *PiS*-Regierung, eine umfangreiche Justizreform einzuleiten, deren Gesetze alle Bereiche der Justiz umfassten.<sup>5</sup> Bereits ein Jahr zuvor hatte

<sup>1</sup> *Państwowa Komisja Wyborcza* (Staatliche Wahlkommission der Republik Polen), Wyniki wyborów do Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej 2015 (Ergebnisse der Wahlen zum *Sejm* der Republik Polen 2015), abrufbar unter: [https://parlament2015.pkw.gov.pl/349\\_Wyniki\\_Sejm.html](https://parlament2015.pkw.gov.pl/349_Wyniki_Sejm.html) (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>2</sup> *Pravo i Sprawiedliwość* (Recht und Gerechtigkeit, *PiS*), Program 2014 (Programm 2014), S. 64, abrufbar unter: [piso.org.pl/media/download/528ca7b35234fd7dba8c1e567fe729741baaaf33.pdf](https://piso.org.pl/media/download/528ca7b35234fd7dba8c1e567fe729741baaaf33.pdf) (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>3</sup> *Ebd.*, S. 68.

<sup>4</sup> *EGMR*, *Rutkowski* und andere v. *Polen*, Urt. v. 7.7.2015, Rs. 72287/10, 13927/11, 46187/11, Rn. 140, 150, 160, 209, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-155815> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>5</sup> Gesetz über die Staatsanwaltschaft (GStA): *Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej*, (Gesetzblatt der Republik Polen, Dz. U.) 2016 *pozycja* (Position, poz.) 177: *Ustawa z dnia 28 stycznia 2016 r. Prawo o prokuraturze* (Gesetz v. 28.1.2016 über die Staatsanwaltschaft) i. V. m. Dz. U. 2016 poz. 178: *Ustawa z dnia 28 stycznia 2016 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo o prokuraturze* (Durchführungsgesetz v. 28.1.2016 zum Gesetz über die Staatsanwaltschaft);

Gesetz über das Oberste Gericht (GOG): Dz. U. 2018 poz. 5: *Ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym* (Gesetz v. 8.12.2017 über das Oberste Gericht); Änderungsgesetz zum Gesetz über das System der ordentlichen Gerichtsbarkeit (ÄGSOG): Dz. U. 2017 poz. 1452: *Ustawa z dnia 12 lipca 2017 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw* (Gesetz v. 12.7.2017 zur Änderung des Gesetzes – Gesetz über das System der ordentlichen Gerichtsbarkeit und bestimmte andere Gesetze);

Änderungsgesetz zum Gesetz über den Landesrat für Justizwesen (ÄGLRJ): Dz. U. 2018 poz. 3: *Ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw* (Gesetz v. 8.12.2017 zur Änderung des Gesetzes – Gesetz über den Landesrat für Justizwesen und einiger weiteren Gesetze); Änderungsgesetz zum Gesetz über die staatliche Hochschule für Richter und

die PiS-Regierung durch die erneute Wahl von fünf Verfassungsrichtern, deren Posten bereits durch die Vorgängerregierung neu besetzt worden waren, eine Verfassungskrise ausgelöst.<sup>6</sup> Gegen die Änderungen im Justizwesen protestierte sowohl die Bevölkerung in mehr als 200 polnischen Städten<sup>7</sup> als auch der größte Richterbund Polens *Iustitia*.<sup>8</sup> Auch von internationaler Seite wurde Besorgnis geäußert, z. B. vom dem juristischen Beratergremium des Europarates in verfassungsrechtlichen Fragen,<sup>9</sup> der Venedig-Kommission,<sup>10</sup> von dem *Office for Democratic Institutions and Human Rights* (ODIHR) der Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa (OSZE)<sup>11</sup> und von dem Sonderberichterstatter

---

Staatsanwälte: Dz. U. 2017 poz. 1139: *Ustawa z dnia 11 maja 2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Szkole Sądownictwa i Prokuratury, ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw* (Gesetz v. 11.5.2017 zur Änderung des Gesetzes über die staatliche Hochschule für Richter und Staatsanwälte, des Gesetzes über das System der ordentlichen Gerichtsbarkeit und einiger weiteren Gesetze).

<sup>6</sup> Überblick hierzu: *de Vries*, Der Konflikt um den polnischen Verfassungsgerichtshof – Teil 1, WiRO 25 (2016), 71 ff. i. V. m. *de Vries*, Der Konflikt um den polnischen Verfassungsgerichtshof – Teil 2, WiRO 25 (2016), 104 ff.

<sup>7</sup> *Bodnar*, Protection of Human Rights after the Constitutional Crisis in Poland, Jahrbuch des öffentlichen Rechts 66 (2018), 639 (648).

<sup>8</sup> *Iustitia - Polish Judges Association*, The response of the Polish Judges Association “Iustitia” to the White Paper on the Reform of the Polish Judiciary presented to the European Commission by the Government of the Republic of Poland, 2018, S. 4 f., abrufbar unter: [https://www.iustitia.pl/images/pliki/response\\_to\\_the\\_white\\_paper\\_full.pdf](https://www.iustitia.pl/images/pliki/response_to_the_white_paper_full.pdf) (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>9</sup> *Venedig-Kommission*, Startseite der Internetpräsenz der der Venedig-Kommission, abrufbar unter:

[https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/default.aspx?p=01\\_Presentation&lang=EN](https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/default.aspx?p=01_Presentation&lang=EN) (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>10</sup> *Venedig-Kommission*, Opinion 892/2017 on the Act on the Public Prosecutor’s Office as amended, 11.12.2017, CDL-AD(2017)028, Rn. 115, abrufbar unter: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2017\)028-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2017)028-e)

(zuletzt abgerufen am 4.7.2022); *dies.*, Opinion 904/2017 on the Draft Act amending the Act on the National Council of the Judiciary, on the Draft Act amending the Act on the Supreme Court, proposed by the President of Poland, and on the Act on the Organisation of Ordinary Courts, 11.12.2017, CDL-AD(2017)031, Rn. 129, abrufbar unter: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2017\)031-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2017)031-e) (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>11</sup> OSZE: ODIHR, Final Opinion on Draft Amendments to the Act on the National Council of the Judiciary and certain other Acts of Poland, JUD-POL/305/2017-Final, Rn. 12 ff., abrufbar unter:

[https://legislationline.org/sites/default/files/documents/f3/305\\_JUD\\_POL\\_5May2017\\_Final\\_en.pdf](https://legislationline.org/sites/default/files/documents/f3/305_JUD_POL_5May2017_Final_en.pdf) (zuletzt abgerufen am 4.7.2022); *dies.*, Opinion on certain Provisions of the Draft Act on the Supreme Court of Poland (as of 26 September 2017), JUD-POL/315/2017, Rn. 12 ff., abrufbar unter: <https://legislationline.org/sites/default/files/documents/e2/FINAL%20ODIHR%20>

der Vereinten Nationen für die Unabhängigkeit von Richtern und Juristen.<sup>12</sup> Am 20.12.2017 legte die Europäische Kommission (KOM) dem Rat erstmalig einen begründeten Vorschlag nach Art. 7 Abs. 1 EUV zur Rechtsstaatlichkeit vor<sup>13</sup> und reichte am 2.10.2018 eine Aufsichtsklage nach Art. 258 AEUV beim *EuGH* ein.<sup>14</sup> Anfang 2020 entschied die parlamentarische Versammlung des Europarats ein sogenanntes Monitoring-Verfahren aufzunehmen, im Rahmen dessen untersucht wird, ob die demokratischen Institutionen in Polen funktionieren und ob die dortige Rechtsstaatlichkeit den Ansprüchen des Europarats genügt.<sup>15</sup> Demnach untergraben und beschädigen die neueren Reformen in ihrem Zusammenspiel die Unabhängigkeit der Justiz und die Rechtsstaatlichkeit und machen jene anfällig für politische Einflussnahme der Exekutive.<sup>16</sup> Die Venedig-Kommission kam ebenso zu dem Ergebnis, dass die neuen Justizreformen in ihrem Zusammenwirken „es der Legislative und der Exekutive ermöglichen, sich massiv und umfassend in die Rechtspflege einzumischen und damit die Unabhängigkeit der Justiz als Schlüsselement der Rechtsstaatlichkeit ernsthaft zu gefährden.“<sup>17</sup> All diese Äußerungen vereint die Feststellung, dass das wahre Ziel der Justizreform nicht die Verbesserung des Justizwesens, sondern die Unterordnung der Judikative unter die Exekutive und Legislative ist.<sup>18</sup>

---

Opinion%20on%20the%20Draft%20Act%20on%20the%20Supreme%20Court%20of  
%20Poland\_13Nov2017\_POLISH.pdf (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>12</sup> *UN-Menschenrechtsrat*, Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers on his mission to Poland, UN Doc A/HRC/38/38/Add.1, Rn. 71 ff., abrufbar unter: <https://daccess-ods.un.org/tmp/8738321.66194916.html> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>13</sup> KOM, Begründeter Vorschlag nach Artikel 7 Absatz 1 des Vertrags über die Europäische Union zur Rechtsstaatlichkeit in Polen, COM/2017/0835 final - 2017/0360 (NLE), Rn. 1 ff., abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017PC0835&from=EN> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>14</sup> *EuGH (Große Kammer)*, Klage v. 2.10.2018, C-619/18, *Kom ./.* *Polen*, Rn. 1 ff.

<sup>15</sup> *Parlamentarische Versammlung des Europarats*, The functioning of democratic institutions in Poland, Res. 2316 (2020), Rn. 2 ff., abrufbar unter: <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=28504> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>16</sup> *Ebd.* Rn. 4.

<sup>17</sup> *Venedig-Kommission*, Opinion 904/2017 on the Draft Act amending the Act on the National Council of the Judiciary, on the Draft Act amending the Act on the Supreme Court, proposed by the President of Poland, and on the Act on the Organisation of Ordinary Courts, 11.12.2017, CDL-AD(2017)031, Rn. 129, abrufbar unter: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2017\)031-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2017)031-e) (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>18</sup> Vgl. *Bodnar* (Fn. 7), S. 647; *de Vries*, Bedrohungen für die Unabhängigkeit der Justiz in Polen – Teil 1, *WiRO* 27 (2018), 105 (105).

Der vorliegende Beitrag analysiert die polnische Justizreform auf ihre Vereinbarkeit mit der EMRK am Beispiel der geänderten Ruhestandsregelung der Richter am polnischen *Obersten Gericht (Sąd Najwyższy, OG)* und der Kompetenz des Justizministers in Bezug auf die Ernennung und Absetzung von Gerichtspräsidenten. Nach einer Einführung in die betroffene Gesetzesmaterie mit anschließender Würdigung wird diese anhand der Anforderungen der EMRK unter Zuhilfenahme einschlägiger Rechtsprechung des *Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)* überprüft. Anschließend folgen ein beurteilender Überblick und eine Prüfung der Möglichkeiten, etwaige Verletzungen vor dem *EGMR* geltend zu machen. Nach diesem abstrakt-theoretischen Teil werden die Fälle, die die polnischen Justizreformen betreffen und mittlerweile am *EGMR* anhängig sind, beziehungsweise von diesem bereits entschieden worden sind, vorgestellt und im Hinblick auf die beiden hier behandelten Aspekte der Reform eingeordnet.

## **B. Die geänderte Ruhestandsregelung der Richter am *OG***

Bereits am 12.6.2017 legten Mitglieder des *Sejms* einen ersten Gesetzentwurf für das Gesetz über das Oberste Gericht (GOG) vor.<sup>19</sup> Dieser sah unter anderem vor, dass alle Richter, mit Ausnahme der vom Justizminister genannten, in den Zwangsruhestand zu versetzen sind.<sup>20</sup> Dagegen legte der seit 2015 amtierende Präsident der Republik Polen, *Duda*,<sup>21</sup> sein Veto ein mit der Begründung, dass durch die zu weit gefassten Kompetenzen des Justizministers ein ungerechtfertigter Eingriff in die Unabhängigkeit der Judikative durch die Exekutive vorliegen würde.<sup>22</sup> Er initiierte jedoch einen neuen, etwas gemäßigeren Gesetzentwurf zur selben Thematik, da er nach wie vor die Notwendigkeit einer Reform sah.<sup>23</sup>

<sup>19</sup> Druk Nr. (Sejmdrucksache Nummer) 1727 v. 12.7.2017: *Projekt ustawy z dnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym* (Gesetzentwurf v. 2017 über das Gesetz über das Oberste Gericht).

<sup>20</sup> KOM (Fn. 13), Rn. 49.

<sup>21</sup> *Präsident der Republik Polen*, Biografia Andrzeja Dudy, abrufbar unter: <https://www.prezydent.pl/prezydent/biografia-andrzeja-dudy/> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>22</sup> Druk Nr. 1789 v. 31.7.2017: Weigerung des Präsidenten der Republik Polen *Duda*, das Gesetz v. 20.7.2017 über das Oberste Gericht zu unterzeichnen; siehe auch zur Einordnung in den gesellschaftspolitischen Kontext: *de Vries*, Institut für Ostrecht – Chronik [der Rechtsentwicklung und der Rechtsprechung] – Polen, WiRO 27 (2018), 85 (85).

<sup>23</sup> Druk Nr. 2003 v. 26.9.2017: *Projekt ustawy z dnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym* (Gesetzentwurf v. 2017 über das Gesetz über das Oberste Gericht), *Uzasadnienie* (Begründung), S. 1 ff.

Die daraufhin durch das GOG am 3.4.2018 in Kraft getretene geänderte Ruhestandsregelung der Richter am OG wurde zum 1.1.2019 größtenteils aufgehoben und die dadurch erfolgte Zwangspensionierung für nichtig erklärt.<sup>24</sup> Aufgrund der Brisanz dieser Entwicklung – das Änderungsgesetz wurde vom Präsidenten der Republik Polen am selben Tag, 17.12.2018, unterschrieben,<sup>25</sup> an dem auch die *Große Kammer (GK)* des *EuGH* Polen im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes dazu verpflichtete, die Zwangspensionierungen rückgängig zu machen<sup>26</sup> – wird die geänderte Ruhestandsregelung nachfolgend trotzdem auf ihre Vereinbarkeit mit der EMRK überprüft. Grundlage ist dabei die Fassung des GOG vom 16.6.2018, da an diesem Tag ein weiteres relevantes Änderungsgesetz<sup>27</sup> in Kraft trat.

### I. Die geänderte Ruhestandsregelung

Nach Art. 180 Abs. 1 der Verfassung der Republik Polen (*Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, Verf) sind Richter unabsetzbar; nach Art. 180 Abs. 4 Verf bestimmt ein Gesetz die Altersgrenze für den Ruhestand. Anlass für die Senkung des Ruhestandsalters waren jene Richter, die schon für das kommunistische Regime der Volksrepublik, welche bis 1989 als Vorgänger der heutigen Dritten Polnischen Republik bestand,<sup>28</sup> tätig waren – die „Dekommunisierung“<sup>29</sup> wird in der Gesetzesbegründung explizit genannt. Das GOG setzte gemäß Art. 27 Abs. 1 das Ruhestandsalter von 70 Jahren<sup>30</sup> auf 65 Jahre herab.

<sup>24</sup> Dz. U. 2018 poz. 2507: *Ustawa z dnia 21 listopada 2018 r. o zmianie ustawy o Sądzie Najwyższym* (Gesetz v. 21.11.2018 zur Änderung des Gesetzes über das Oberste Gericht), Art. 1 Abs. 4-6.

<sup>25</sup> *Sejm, Przebieg procesu legislacyjnego: Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy o Sądzie Najwyższym* (Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens: Ein parlamentarischer Entwurf zur Änderung des Gesetzes über das Oberste Gericht), abrufbar unter: <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=3013> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>26</sup> *EuGH (Große Kammer)*, Beschl. v. 17.12.2018, C-619/18, *Kom. ./.* Polen, Rn. 1, 118.

<sup>27</sup> Dz. U. 2018 poz. 1045: *Ustawa z dnia 10 maja 2018 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw* (Gesetz v. 10.5.2018 zur Änderung des Gesetzes – Gesetz über das System der ordentlichen Gerichtsbarkeit, das Gesetz über das Oberste Gericht und einiger andere Gesetze).

<sup>28</sup> *Munzinger Online/Länder - Internationales Handbuch*, Polen - gesamt, Politik - Hintergrund, abrufbar unter: <http://www.munzinger.de/document/03000POL000> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>29</sup> Druk Nr. 2003 v. 26.9.2017: *Projekt ustawy z dnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym* (Gesetzesentwurf v. 2017 über das Gesetz über das Oberste Gericht), *Uzasadnienie* (Begründung), S. 2.

<sup>30</sup> Dz. U. 2016 poz. 1254: *Ustawa z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym*

## 1. Gesetzestext

Nach Art. 37 Abs. 1 GOG tritt ein Richter des OG mit Vollendung des 65. Lebensjahres in den Ruhestand, es sei denn, er erklärt gegenüber dem Präsidenten der Republik, weiterarbeiten zu wollen und legt ihm eine Bestätigung über seine gesundheitliche Eignung vor. Der Präsident der Republik kann nach Art. 37 Abs. 4 GOG zweimal seine Zustimmung für die Dauer von drei Jahren erteilen. Zuvor holt er gemäß Art. 37 Abs. 1a GOG beim Landesrat für Justizwesen der Republik Polen (LRJ) dessen Stellungnahme ein.<sup>31</sup> Wird diese nicht innerhalb von 30 Tagen übermittelt, wird eine befürwortende Stellungnahme fingiert. Der LRJ hat bei seiner Beurteilung nach Art. 37 Abs. 1b GOG das Interesse der Rechtspflege oder wichtige soziale Interessen zu berücksichtigen, insbesondere die rationelle Nutzung der Personalressourcen des OG oder die Bedürfnisse, die sich aus der Arbeitsbelastung einzelner *Kammern* desselben ergeben. Nach Art. 37 Abs. 2 GOG hat der Präsident des OG ebenfalls eine Stellungnahme anzufertigen und diese zusammen mit einer weiteren Stellungnahme des Kollegiums des OG dem Präsidenten der Republik vorzulegen. Dieser kann dann innerhalb von 60 Tagen<sup>32</sup> nach Erhalt der Stellungnahme des LRJ seine Zustimmung erteilen.

## 2. Die einzelnen Aspekte der geänderten Ruhestandsregelung

Die durch das GOG geänderte Ruhestandsregelung gibt aufgrund verschiedener Aspekte Anlass zu Bedenken, gerade auch im Kontext der weiteren Neuregelungen der Justizreform.

### a) Zwangspensionierung und Neubesetzung der Stellen und Änderungen des LRJ

Die Zwangspensionierung betraf nach Angaben des OG 31 der 83 zu diesem Zeitpunkt tätigen Richter.<sup>33</sup> Gleichzeitig erhöht Art. 4 GOG die Mindestanzahl der Richter am OG auf 120. Durch die Reform waren somit ad hoc insgesamt 68 neue Richterstellen zu besetzen, knapp 57% des gesamten Richterkollegs.

---

(*Obwieszczenie Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 22 lipca 2016 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustawy o Sądzie Najwyższym*) (Gesetz v. 23.11.2002 über den Obersten Gerichtshof (Ankündigung des Präsidenten des Sejms der Republik Polen v. 22.7.2016 zur Veröffentlichung eines einheitlichen Textes des Gesetzes – Gesetz über das Oberste Gericht)), Art. 30 Abs. 1.

<sup>31</sup> Die Einbeziehung des LRJ wurde erst nachträglich eingeführt mit Art. 2 Abs. 2a des Änderungsgesetzes Dz. U. 2018 poz. 1045 (Fn. 27).

<sup>32</sup> Die ursprüngliche Frist von 3 Monaten wurde verkürzt durch Art. 5 des Änderungsgesetzes Dz. U. 2018 poz. 1045 (Fn. 27).

<sup>33</sup> KOM (Fn. 13), Rn. 116.

Gemäß Art. 29 GOG werden neue Richter an den OG vom Präsidenten der Republik auf Antrag des LRJ berufen.

Dieses Gremium, welches nach Art. 186 Abs. 1 Verf die Unabhängigkeit der Gerichte und Richter schützt, besteht gemäß Art. 187 Abs. 1 Verf aus insgesamt 25 Mitgliedern, gemäß Art. 187 Abs. 1 Nr. 2 Verf sind 15 davon Richter. Diese wurden nach den alten Regelungen des Gesetzes über den Landesrat für Justizwesen (GLRJ)<sup>34</sup> gemäß Art. 11, 12 von den verschiedenen Richterselbstverwaltungsgremien vorgeschlagen. Der polnische Verfassungsgerichtshof (*Trybunał Konstytucyjny, VerfGH*) befand jedoch in seinem Urteil K 5/17 vom 20.6.2017, dass die richterlichen Mitglieder des LRJ nicht notwendigerweise von den Richterselbstverwaltungsgremien gewählt werden müssten. Dies wurde vom *VerfGH* in nicht-öffentlicher Sitzung von fünf Richtern entschieden, die alle erst in den Jahren 2015 und 2016 durch die *PiS* nominiert und teilweise unrechtmäßig auf schon besetzte Stellen gewählt worden waren.<sup>35</sup>

Das Änderungsgesetz über den Landesrat für Justizwesen (ÄGLRJ) vom 8.12.2017 nahm diese vom *VerfGH* eröffnete Möglichkeit auf, hob mit Art. 2 Abs. 1, Abs. 2 den bisherigen Art. 11 GLRJ auf und führte die Art. 11a- 11e ein. Gemäß des neuen Art. 11a Abs. 2 können die richterlichen Mitglieder des LRJ nicht mehr nur von einem Richterergremium, nach Art. 11a Abs. 2 Nr. 1 GLRJ bestehend aus 25 Richtern, sondern nach Art. 11a Abs. 2 Nr. 2 GLRJ auch von Gruppen von mindestens 2000 Bürgern nominiert werden. Die richterlichen Mitglieder des LRJ werden dann vom *Sejm* gemäß des neuen Art. 11d Abs. 5 GLRJ mit einer Dreifünftelmehrheit in Anwesenheit von mindestens der Hälfte der gesetzlichen Abgeordnetenanzahl gewählt. Obwohl in Art. 187 Abs. 3 Verf die Amtszeit aller Mitglieder des LRJ für die Dauer von vier Jahren festgelegt ist, beendete Art. 6 ÄGLRJ die Amtszeit aller derzeitigen richterlichen Mitglieder vorzeitig. Am 6.3.2018 wurden sodann vom *Sejm* 15 neue richterliche Mitglieder für den LRJ gewählt.<sup>36</sup> Als Reaktion auf

<sup>34</sup> Dz. U. 2016 poz. 976: *Ustawa z dnia 12 maja 2011 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa (Obwieszczenie Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 22 czerwca 2016 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa)* (Gesetz v. 12.5.2011 über den Landesrat für Justizwesen (Ankündigung des Präsidenten des Sejms der Republik Polen v. 22.6.2016 zur Veröffentlichung eines einheitlichen Textes des Gesetzes – Gesetz über den Landesrat für Justizwesen)).

<sup>35</sup> *de Vries* (Fn. 22), S. 85 f.

<sup>36</sup> *Sejm, Uchwała Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 6 marca 2018 r. w sprawie wyboru członków Krajowej Rady Sądownictwa* (Beschl. des Sejm v. 6.3.2018 über die Wahl der Mitglieder des Landesrates für Justizwesen), *Monitor Polski* (Polnisches Amtsblatt) 2018 poz. 276.



die Änderungen wurde dessen Mitgliedschaft im *European Network of Councils for the Judiciary* am 17.9.2018 suspendiert<sup>37</sup> und auch die Richtervereinigung *Iustitia* sprach ihm die Legitimität ab.<sup>38</sup>

*b) Stellung des Präsidenten der Republik*

Allein der Präsident der Republik entscheidet darüber, ob ein Richter trotz Erreichen des Ruhestandsalters sein Amt weiter ausüben darf. Er kann die Stellungnahmen des LRJ, des Präsidenten des OG sowie dessen Richterkollegiums berücksichtigen, muss es aber nicht. Während Art. 37 Abs. 1b GOG dem LRJ noch Merkmale vorschreibt, die in dessen Stellungnahme zu berücksichtigen sind, ist der Präsident der Republik bei seiner Entscheidung an keinerlei materiell-rechtliche Kriterien gebunden. Die Zustimmung beziehungsweise Ablehnung erfolgt somit nach freiem Ermessen des Präsidenten der Republik und daher der Exekutive. Er wies darüber hinaus darauf hin, dass seine Entscheidungen keiner Begründung bedürfen.<sup>39</sup>

*c) Lustrationsverfahren*

Da als Begründung für das neue GOG expliziert die „Dekommunisierung“<sup>40</sup> genannt wird, liegt die Annahme nahe, dass durch das herabgesetzte Ruhestandsalter mögliche Lustrationsverfahren vermieden werden sollen. Lustration bedeutet in diesem Kontext die Durchleuchtung der jeweiligen persönlichen Vergangenheit der Richter im Hinblick auf ihre Tätigkeit unter dem kommunistischen Regime der Volksrepublik.<sup>41</sup> Das polnische Lustrationsgesetz vom 18.10.2006<sup>42</sup> verpflichtet Personen in öffentlichen Ämtern – somit auch

---

<sup>37</sup> *European Network of Councils for the Judiciary (ENCJ)*, ENCJ suspends Polish National Judicial Council – KRS, abrufbar unter: <https://www.encj.eu/node/495> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>38</sup> *Iustitia*, Resolution of the National Board of the Association of Polish Judges “Iustitia” 11th of December 2018, abrufbar unter: <https://www.iustitia.pl/en/activity/informations/%202713-resolution-of-the-national-board-of-the-association-of-polish-judges-iustitia-11th-of-december-2018> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>39</sup> *EuGH (Große Kammer)*, Beschl. v. 17.12.2018, C-619/18, *Kom. ./ . Polen*, Rn. 19.

<sup>40</sup> Druk Nr. 2003 v. 26.9.2017: *Projekt ustawy z dnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym* (Gesetzesentwurf v. 2017 über das Gesetz über das Oberste Gericht), *Uzasadnienie* (Begründung), S. 2.

<sup>41</sup> Ausführlich dazu: *Grajewski*, Lustration in Polen – Der Umgang mit der Volksrepublik, *Polen-Analysen* 17 (2007), 2 ff.

<sup>42</sup> Dz. U. 2006 Nr. 2018 poz. 1592: *Ustawa z dnia 18 października 2006 r. o ujawnianiu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944–1990 oraz treści tych dokumentów* (Gesetz v. 18.10.2006 über die Offenlegung von Informationen zu

Richter – eine Lustrationserklärung abzugeben. Nur wenn sich deren Unwahrheit herausstellt, kommt es zu einem Lustrationsprozess mit anschließenden Sanktionen.<sup>43</sup> Hierbei ist anzumerken, dass bereits 1990 alle Richter am *OG* in einem informellen Dekommunierungsprozess vom LRJ in ihrem Amt bestätigt werden mussten. Nur 20 Prozent der Richter erhielten eine positive Bestätigung.<sup>44</sup> Zudem machte der *VerfGH* in seiner Entscheidung vom 11.5.2007 deutlich, dass die Durchführung eines Lustrationsprozesses, um politische oder gesellschaftliche Ziele zu erreichen, nicht gestattet werden darf.<sup>45</sup>

#### d) Zwischenergebnis

Das herabgesetzte Ruhestandsalter und die damit einhergehende Zwangspensionierung führte zu einer möglichen Neubesetzung von über der Hälfte der Richterstellen am *OG*. Die Ernennung neuer Richter steht fast ausschließlich unter dem Einfluss der Exekutive. Zudem legt die Gesetzesbegründung nahe, dass das GOG indirekt eine politisch motivierte Lustration bezweckt.

### 3. Sonderfall: Präsidentin des *OG*

Am 4.7.2018 wurde 15 von der neuen Ruhestandsregelung betroffenen Richtern mitgeteilt, dass sie in den Ruhestand versetzt würden. Darunter befand sich auch die gegenwärtige Erste Präsidentin des *OG*.<sup>46</sup> Die 1952 geborene *Małgorzata Gersdorf* wurde am 30.4.2014 zur Ersten Präsidentin des *OG* gewählt.<sup>47</sup> Gemäß Art. 183 Abs. 3 *Verf* betrug ihre Amtszeit sechs Jahre. Dass folglich das Amt von Richterin *Gersdorf* verfassungsgemäß erst am 30.4.2020 geendet hätte, wurde durch einen einstimmigen Beschluss der Generalversammlung der Richter des *OG* am 28.6.2018 bestätigt.<sup>48</sup> In Bezug auf die Erste Präsidentin des *OG* ist die

---

Dokumenten staatlicher Sicherheitsorgane von 1944-1990 und den Inhalt dieser Dokumente, Lustrationsgesetz).

<sup>43</sup> *de Vries*, Die rechtliche Aufarbeitung der kommunistischen Vergangenheit in Polen, in: Schroeder/Küppert, Die rechtliche Aufarbeitung der kommunistischen Vergangenheit in Osteuropa, 2010, S. 127 (149 ff.).

<sup>44</sup> *Śledzińska-Simon*, The Rise and Fall of Judicial Self-Government in Poland: On Judicial Reform Reversing Democratic Transition, German Law Journal 19 (2018), 1839 (1843).

<sup>45</sup> *VerfGH*, Urt. v. 11.5.2007, K 2/07, *Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego Zbiór Urzędowy* (Amtliche Sammlung der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes, OTK ZU) 5A/2007, poz. 48, S. 70 (Punkt 1.6.).

<sup>46</sup> *EuGH (Große Kammer)*, Beschl. v. 17.12.2018, C-619/18, *Kom. ./ . Polen*, Rn. 15.

<sup>47</sup> *VerfGH*, *Historia Sądu Najwyższego* (Geschichte des Verfassungsgerichtshofes), abrufbar unter: <http://www.sn.pl/osadzianajwyzszym/SitePages/Historia.aspx> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>48</sup> *EuGH (Große Kammer)*, Beschl. v. 17.12.2018, C-619/18, *Kom. ./ . Polen*, Rn. 15.

durch das GOG herbeigeführte Zwangspensionierung daher gegen den ausdrücklichen Wortlaut der polnischen Verfassung.

#### 4. Früherer möglicher Ruhestandseintritt für Frauen

Art. 37 Abs. 5 GOG erlaubt Richterinnen des *OG*, bereits ab dem 60. Lebensjahr in den Ruhestand zu gehen, indem sie gegenüber dem Ersten Präsidenten des *OG* eine Erklärung darüber abgeben, welche von diesem an den Präsidenten der Republik weitergeleitet wird. Diese Möglichkeit bleibt ihren männlichen Richterkollegen verwehrt.

#### 5. Zwischenergebnis

Die durch das GOG eingeführte geänderte Ruhestandsregelung führte zu einigen besorgniserregenden Neuregelungen und Geschehnissen. Auch das *OG* selbst hatte Bedenken, sodass es am 9.8.2018 den *EuGH* ersuchte, im Wege einer Vorabentscheidung gemäß Art. 267 AEUV zu bewerten, ob das GOG unter anderem mit dem unionsrechtlichen Grundsatz der Unabsetzbarkeit von Richtern und der Gewährleistung ihrer Unabhängigkeit vereinbar sei.<sup>49</sup>

## II. Beurteilung hinsichtlich der Vereinbarkeit mit der EMRK

Das *OG* setzte mit seinem Beschluss vom 2.8.2018, den *EuGH* um eine Vorabentscheidung nach Art. 267 AEUV zu bitten, gleichzeitig die Anwendung der Vorschriften über die geänderte Ruhestandsregelung vorläufig aus.<sup>50</sup> Die vorläufige Aussetzung wurde durch Beschluss vom 19.10.2018 auch von der Vizepräsidentin des *EuGH* und durch Beschluss vom 17.12.2018 durch die *GK* des *EuGH* angeordnet.<sup>51</sup> Mittlerweile ist durch eine erneute Gesetzesänderung vom 21.11.2018, unterzeichnet vom Präsidenten der Republik ebenfalls am 17.12.2018,<sup>52</sup> nur noch die Bestimmung, dass eine Richterin des *OG* bereits mit Vollendung ihres 60. Lebensjahres in den Ruhestand treten kann, in Kraft.<sup>53</sup> Das Vorabentscheidungsersuchen des *OG* wurde dementsprechend durch Beschluss

<sup>49</sup> *EuGH*, Vorabentscheidungsersuchen des Sąd Najwyższy (Polen) v. 9.9.2018, C-522/18, Rn. 1 ff.

<sup>50</sup> *OG*, Beschl. v. 2.8.2018, III UZP 4/18, Tenor I, III, Rn. 30, 40.

<sup>51</sup> *Ebd.*, Rn. 1, 14, 118.

<sup>52</sup> *Sejm, Przebieg procesu legislacyjnego: Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy o Sądzie Najwyższym* (Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens: Ein parlamentarischer Entwurf zur Änderung des Gesetzes über das Oberste Gericht), abrufbar unter: <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=3013> zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>53</sup> Dz. U. 2018 poz. 2507 (Fn. 24), Art. 1 Abs. 4-6.

vom 29.1.2020 vom *EuGH* für erledigt erklärt.<sup>54</sup> Nachfolgend werden die unter **B. I.** herausgearbeiteten und bereits kritisch gewürdigten Neuregelungen dennoch insgesamt auf ihre Vereinbarkeit mit der EMRK überprüft. Auf die sich aus der besonderen Situation heraus ergebenden Fragen einer Geltendmachung vor dem *EGMR* wird sodann unter **D. III.** näher eingegangen.

### 1. Geändertes Ruhestandsalter / Zwangspensionierung

Die durch das herabgesetzte Ruhestandsalter herbeigeführte Zwangspensionierung von einem Drittel der Richter am *OG* sowie die damit einhergehende Neubesetzung könnte das Recht aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK auf ein faires Verfahren vor einem unabhängigen Gericht sowie das Recht auf eine wirksame Beschwerde gemäß Art. 13 EMRK verletzen. Dies ist sowohl aus der Sicht einer Person, welche einen Prozess am *OG* führt, als auch eines durch die geänderte Ruhestandsregelung betroffenen Richters zu erörtern. Richter könnten zudem in ihrem Recht auf Achtung des Privatlebens nach Art. 8 Abs. 1 EMRK verletzt sein.

*a) Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK: Unabhängigkeit der Judikative von der Exekutive als Recht eines Verfahrensbeteiligten*

Der *EGMR* betont in ständiger Rechtsprechung, dass es in einer demokratischen Gesellschaft wichtig sei, dass Gerichte Vertrauen nach außen hin erwecken.<sup>55</sup> Die Unabhängigkeit des Gerichts bezieht sich sowohl auf das Gericht als Ganzes als auch auf seine einzelnen Mitglieder.<sup>56</sup> Für die Beurteilung der Unabhängigkeit eines Gerichtes sind unter anderem die Art und Weise der Ernennung seiner Mitglieder und deren Amtszeit, die Garantien gegen Einflussnahme von außen sowie das äußere Erscheinungsbild von Bedeutung.<sup>57</sup> Zu untersuchen ist daher,

<sup>54</sup> *EuGH*, Beschl. v. 29.1.2020, C-522/18, Vorabentscheidungsersuchen des Sąd Najwyższy (Polen), Tenor.

<sup>55</sup> *EGMR*, *Chmelir v. Tschechien*, Urt. v. 7.6.2005, Rs. 64935/01, Rn. 55, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69266> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>56</sup> *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl. 2021, § 24 Rn. 34; *EGMR*, *Henryk Urban und Ryszard Urban v. Polen*, Urt. v. 30.11.2010, Rs. 23614/08, Rn. 45, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101962> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>57</sup> *EGMR*, *Campbell und Fell v. Großbritannien*, Urt. v. 28.6.1984, Rs. 7819/77, 7878/77, Rn. 78, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57456> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022); *Langborder v. Schweden*, Urt. v. 22.6.1989, Rs. 11179/84, Rn. 32, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57515> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022); *Lauko v. Slowakei*, Urt. v. 2.9.1998, Rs. 26138/95 (4/1998/907/1119), Rn. 63, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58234> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022); *Tsanova-Gecheva v. Bulgarien*, Urt. v. 15.9.2015, Rs. 43800/12, Rn. 106, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-157348> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

ob das Recht einer Person, die einen Prozess vor dem *OG* führt, aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK auf ein unabhängiges Gericht verletzt ist.

aa) Ernennung der neuen Richter

Neue Richter werden gemäß Art. 29 GOG zum *OG* vom Präsidenten der Republik auf Antrag des LRJ berufen. Die Ernennung von Richtern durch die Exekutive steht nicht per se dem Erfordernis der Unabhängigkeit entgegen.<sup>58</sup> Der *EGMR* schreibt hierfür keine konkreten Mechanismen vor, sondern ermittelt, ob die angewendeten Maßnahmen den Anforderungen der EMRK genügen.<sup>59</sup> Indizien für die Unabhängigkeit können die vorherige Konsultation von Richtergeräten, die Bindung an Vorschläge aus dem Bereich der Justiz oder vorher festgelegte generelle Auswahlkriterien sein.<sup>60</sup> Ein solches Richtergeräten kann sowohl ein richterliches Selbstverwaltungsorgan als auch ein mit Richtern besetztes Verwaltungsorgan, wie die seit den 1990er Jahren beinahe flächendeckend in den östlichen Europastaaten eingeführten Richterräte, sein.<sup>61</sup>

Der LRJ ist verfassungsrechtlich gemäß Art. 186 Abs. 1 Verf dazu bestimmt, die Unabhängigkeit der Gerichte und Richter zu schützen. Dass er die Ernennung der Richter beim Präsidenten beantragt, kann als ein Indiz für deren Unabhängigkeit gedeutet werden. Jedoch sind formale Kriterien häufig und standardmäßig in Gesetzestexten vorzufinden und sagen daher noch nichts über die Realität aus.<sup>62</sup> Zwar sind 15 der 25 Mitglieder des LRJ Richter, die Berufung dieser auf ihre Posten wird jedoch seit den Neuregelungen des *ÄGLRJ* maßgeblich durch den *Sejm* bestimmt.<sup>63</sup>

---

<sup>58</sup> *EGMR, Campbell und Fell v. Großbritannien*, Urte. v. 28.6.1984, Rs. 7819/77, 7878/77, Rn. 79, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57456> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022); *Sramek v. Österreich*, Urte. v. 22.10.1984, Rs. 8790/79, Rn. 38, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57581> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>59</sup> *EGMR, De Cubber v. Belgien*, Urte. v. 26.10.1984, Rs. 9186/80, Rn. 35, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57465> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022); *EGMR (Große Kammer), Kleyn und andere v. Niederlande*, Urte. v. 6.5.2003, Rs. 39343/98, 39651/98, 43147/98, 46664/99, Rn. 193, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61077> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022); *EGMR, Campbell und Fell v. Großbritannien*, Urte. v. 28.6.1984, Rs. 7819/77, 7878/77, Rn. 78 ff., abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57456> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>60</sup> *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 56), § 24 Rn. 35; *Grabenwarter*, European Convention on Human Rights – Commentary, 1. Aufl. 2014, Art. 6 Rn. 43.

<sup>61</sup> *Müller*, Richterliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nach Art. 6 EMRK – Anforderungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und spezifische Probleme in den östlichen Europastaaten, 2015, S. 40.

<sup>62</sup> *Ebd.*, S. 42.

<sup>63</sup> Siehe dazu oben **B. I. 2. a)**.

Im Fall *Galstyan v. Armenien* befusste sich der EGMR 2007 mit dem armenischen Richterrat,<sup>64</sup> welcher ebenfalls unter anderem für die Ernennung von Richtern zuständig ist.<sup>65</sup> Der EGMR sah in der Ernennung der Richter durch den armenischen Richterrat keinen Konventionsverstoß, auch wenn dieser durch den Staatspräsidenten dominiert ist.<sup>66</sup> Er verwies auf seine Rechtsprechung, wonach die Ernennung von Richtern durch die Exekutive mit dem Grundsatz der Unabhängigkeit prinzipiell vereinbar sei, sowie auf die in der Verfassung und in einfachen Gesetzen niedergeschriebenen Garantien.<sup>67</sup> Kritisch zu bewerten ist, dass der EGMR, obwohl er im selben Urteil ausführt, dass die Konventionsrechte nicht nur in der Theorie, sondern auch effektiv und praktisch zu gewährleisten seien,<sup>68</sup> auf die vorliegenden Begebenheiten des Falles, wie die tatsächliche mangelnde Unabhängigkeit der Richter, nicht näher eingeht.<sup>69</sup>

Erst Ende 2018 befusste sich die GK des EGMR mit dem portugiesischen Obersten Rat der Justiz (*Conselho Superior da Magistratura*).<sup>70</sup> Bereits im Kammer-Urteil wurde festgestellt, dass es zu Situationen kommen könne, in denen dieser mehrheitlich von nicht-juristischen Mitgliedern, gewählt von der Exekutive und Legislative, besetzt ist.<sup>71</sup> Zuvor wurde auf Gutachten und Empfehlungen der Venedig-Kommission, des Ministerkomitees und der Staatengruppe gegen Korruption (*Group of States against Corruption, GRECO*) verwiesen, die besagen, dass die Richterauswahl und deren Karriere unabhängig von der Exekutive und Legislative erfolgen soll und die dafür zuständige Autorität mindestens zur Hälfte aus Richtern bestehen soll, die von ihren Kollegen ausgewählt worden sind.<sup>72</sup> Unter anderem aufgrund der Zusammensetzung des *Conselho Superior da Magistratura* wurde im Kammer-Urteil eine Verletzung von

<sup>64</sup> EGMR, *Galstyan v. Armenien*, Urt. v. 15.11.2017, Rs. 26986/03, Rn. 61 ff., abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-83297> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>65</sup> *Mouradian*, Independence of the Judiciary in Armenia, in: Seibert-Fohr, *Judicial Independence in Transition*, 2021, S. 1197 (1201 ff.).

<sup>66</sup> EGMR, *Galstyan v. Armenien*, Urt. v. 15.11.2017, Rs. 26986/03, Rn. 61 ff., abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-83297> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>67</sup> EGMR, *Galstyan v. Armenien*, Urt. v. 15.11.2017, Rs. 26986/03, Rn. 62, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-83297> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>68</sup> *Ebd.*, Rn. 81.

<sup>69</sup> Müller (Fn. 61), S. 43.

<sup>70</sup> EGMR (*Große Kammer*), *Ramos Nunes de Carvalho E Sá v. Portugal*, Urt. v. 6.11.2018, Rs. 55391/13, 57728/13, 74041/13, Rn. 134 ff., abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-187507> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>71</sup> EGMR, *Ramos Nunes de Carvalho E Sá v. Portugal*, Urt. v. 21.6.2016, Rs. 55391/13, 57728/13, 74041/13, Rn. 77, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164449> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>72</sup> *Ebd.*, Rn. 75.

Art 6 Abs. 1 S. 1 EMRK festgestellt.<sup>73</sup> Die *GK* stellte jedoch fest, dass die Klägerin in ihrer Klageschrift die fehlende Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des portugiesischen Richterrates nicht beanstandete.<sup>74</sup> Dadurch wurde die Sechsmonatsfrist des Art. 35 Abs. 1 EMRK nicht eingehalten, weshalb die Klage diesbezüglich als unzulässig erklärt und nach Art. 35 Abs. 4 EMRK zurückgewiesen wurde.<sup>75</sup> Weiter fortlaufend im Urteil stellte die *GK* jedoch nur knapp fest, dass es bezüglich des portugiesischen Richterrates keine erheblichen Bedenken aufgrund struktureller Defizite oder den Anschein von Befangenheit gäbe.<sup>76</sup> Dies nahm Richter *Pinto de Albuquerque* zum Anlass, in seinem zustimmenden Sondervotum die Anforderungen an einen unabhängigen Richterrat auf vier Seiten ausführlich hervorzuheben.<sup>77</sup> Somit hat sich die bereits 2012 in der Literatur geäußerte Hoffnung, der *EGMR* möge in Zukunft bezüglich der Ernennung von Richtern durch die Exekutive einen kritischen Kurs verfolgen, wenn ein offensichtlicher Anlass dazu bestehe,<sup>78</sup> nur teilweise erfüllt. Zumindest stellte die *GK* fest, dass die Idee der Gewaltenteilung zwischen Exekutive und Judikative in der Rechtsprechung des *EGMR* zunehmend an Bedeutung gewonnen hat.<sup>79</sup>

Übertragen auf den LRJ bedeutet dies Folgendes: Die Tatsache, dass er zu drei Fünfteln aus Richtern besteht, erfüllt die vom Ministerkomitee geforderte Mindestanzahl von fünfzig Prozent richterlicher Mitglieder.<sup>80</sup> Für deren Auswahl ist jedoch maßgeblich die Legislative verantwortlich und nicht die Richterkollegen, was wiederum nicht den vom Ministerkomitee vorgeschlagenen Anforderungen entspricht.<sup>81</sup> Dies führt jedoch nicht zu einem Verstoß gegen das

---

<sup>73</sup> *Ebd.*, Rn. 100.

<sup>74</sup> *EGMR (Große Kammer), Ramos Nunes de Carvalho E Sá v. Portugal*, Urt. v. 6.11.2018, Rs. 55391/13, 57728/13, 74041/13, Rn. 105, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-187507> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>75</sup> *Ebd.*, Rn. 106 f.

<sup>76</sup> *EGMR (Große Kammer), Ramos Nunes de Carvalho E Sá v. Portugal*, Urt. v. 6.11.2018, Rs. 55391/13, 57728/13, 74041/13, Rn. 160, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-187507> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>77</sup> *Ebd.*, Sondervotum *Pinto de Albuquerque*, Rn. 12 ff.

<sup>78</sup> *Müller* (Fn. 61), S. 44.

<sup>79</sup> *EGMR (Große Kammer), Ramos Nunes de Carvalho E Sá v. Portugal*, Urt. v. 6.11.2018, Rs. 55391/13, 57728/13, 74041/13, Rn. 144, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-187507> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>80</sup> *Ministerkomitee des Europarats*, Judges: independence, efficiency and responsibilities, Recommendation CM/Rec(2010)12 and explanatory memorandum, Recommendation Rn. 27, abrufbar unter: <https://rm.coe.int/16807096c1> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>81</sup> Vgl. *ebd.*

Recht auf ein unabhängiges Gericht der Prozesspartei nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK.<sup>82</sup>

bb) Unabsetzbarkeit

Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK garantiert das Recht auf ein faires Verfahren vor einem unabhängigen und unparteilichen Gericht. Dass die Richter des Gerichts während ihrer Amtszeit auch unabsetzbar sein müssen, steht nicht im Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK. Im Hinblick auf Sinn und Zweck der Vorschrift, welche eine Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips in demokratischen Staaten darstellt, ist die grundsätzliche Unabsetzbarkeit der Richter, sind sie erst einmal im Amt, eine notwendige Folgerung aus der von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK geforderten richterlichen Unabhängigkeit.<sup>83</sup> Denn auf dem Spiel steht nicht weniger als das Vertrauen, welches die Gerichte in einer demokratischen Gesellschaft in der Öffentlichkeit erwecken müssen.<sup>84</sup> Ein Richter kann sein Amt nur unabhängig ausüben, wenn er nicht zu befürchten hat, dass die Entscheidungen, die er fällt, Auswirkungen auf seine berufliche Laufbahn haben. Die Aussage der Europäischen Kommission für Menschenrechte (EKMR), dass die Unabsetzbarkeit die logische Folge der Unabhängigkeit sei<sup>85</sup>, bestätigt der EGMR in ständiger Rechtsprechung.<sup>86</sup>

So dürfen Richter während ihrer laufenden Amtszeit grundsätzlich nicht durch die Exekutive abgesetzt werden.<sup>87</sup> In zwei Verfahren, die den Austausch eines

---

<sup>82</sup>EGMR (*Große Kammer*), *Ramos Nunes de Carvalho E Sá v. Portugal*, Urt. v. 6.11.2018, Rs. 55391/13, 57728/13, 74041/13, Rn. 158, 160, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-187507> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>83</sup> EKMR, *Zand v. Österreich*, Bericht v. 12.10.1978, Rs. 7360/76, Rn. 80, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-87873> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>84</sup> EKMR, *Stieringer v. Deutschland*, Entsch. V. 25.11.1996, Rs. 28899/95, „The law“ Rn. 3, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-3411> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>85</sup> *Ebd.*

<sup>86</sup> EGMR, *Campbell und Fell v. Großbritannien*, Urt. v. 28.6.1984, Rs. 7819/77, 7878/77, Rn. 80, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57456> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022); *Henryk Urban und Ryszard Urban v. Polen*, Urt. v. 30.11.2010, Rs. 23614/08, Rn. 45, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101962> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022); *Fruni v. Slowakei*, Urt. v. 21.6.2011, Rs. 8014/07, Rn. 145, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105236> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022); EGMR (*Große Kammer*), *Maktouf und Damjanović v. Bosnien und Herzegowina*, Urt. v. 18.7.2013, Rs. 2312/08, 34179/08, Rn. 49, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-122716> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>87</sup> EGMR, *Campbell und Fell v. Großbritannien*, Urt. v. 28.6.1984, Rs. 7819/77, 7878/77, Rn. 80, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57456> (zuletzt abgerufen



Richters während eines laufenden Verfahrens betrafen, verlangte der *EGMR* gesetzlich festgeschriebene Gründe für eine Absetzung, die konkrete Begründung einer solchen sowie die Möglichkeit, juristisch dagegen vorgehen zu können.<sup>88</sup> Daher scheint es durchaus möglich, dass der *EGMR* gerade auch in Bezug auf eine endgültige Absetzung von Richtern mit seiner eher großzügigen Handhabung der Unabsetzbarkeit von Richtern zukünftig restriktiver umgeht.<sup>89</sup>

Durch die geänderte Ruhestandsregelung wurden pauschal über ein Drittel der Richter des *OG* in den Zwangsruhestand geschickt. Die *EKMR* betont, dass das Richteramt keine Ernennung auf Lebenszeit voraussetze, die Amtszeit jedoch unabhängig von deren Länge stabil und weisungsfrei zu sein habe.<sup>90</sup> Bei der Zwangspensionierung handelt es sich nicht ausdrücklich um eine Absetzung. Sie kommt jedoch einer solchen gleich. Denn wenn es dem Gesetzgeber gestattet ist, jederzeit das Ruhestandsalter herabzusetzen, muss ein Richter dauerhaft in der Ungewissheit leben, wie lange es ihm noch erlaubt ist, sein Amt auszuüben. Diese Situation entspricht daher nicht der von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK geforderten Unabhängigkeit. Auf das Erfordernis eines wirksamen Rechtsmittels wird sogleich unter **B. II. 1. b)** eingegangen.

#### cc) Amtszeitverlängerung durch den Präsidenten der Republik

Wesentlich für ein unabhängiges Gericht ist, dass es weisungsfrei ist und keinerlei Rechenschaftspflichten unterliegt.<sup>91</sup> Ein Richter muss also seine Entscheidung inhaltlich unabhängig und damit allein auf der Basis von Recht und Gewissen treffen können.<sup>92</sup>

---

am 4.7.2022); *Henryk Urban und Ryszard Urban v. Polen*, Urte. v. 30.11.2010, Rs. 23614/08, Rn. 45, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101962> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022); *Fruni v. Slowakei*, Urte. v. 21.6.2011, Rs. 8014/07, Rn. 145, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105236> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022); vgl. *Müller* (Fn. 61), S. 61 ff.

<sup>88</sup> *EGMR*, *Moiseyev v. Russland*, Urte. v. 9.10.2008, Rs. 62936/00, Rn. 181 f., abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-88780> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022); *Sutyagin v. Russland*, Urte. v. 3.5.2011, Rs. 30024/02, Rn. 184 ff., abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-104651> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>89</sup> *Müller* (Fn. 61), S. 63.

<sup>90</sup> *EKMR*, *Dupuis v. Belgien*, Entsch. V. 8.9.1988, Rs. 12717/87, „The law“ Rn. 1, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81884> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>91</sup> *EGMR*, *Campbell und Fell v. Großbritannien*, Urte. v. 28.6.1984, Rs. 7819/77, 7878/77, Rn. 78, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57456> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022); *Sramek v. Österreich*, Urte. v. 22.10.1984, Rs. 8790/79, Rn. 38, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57581> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>92</sup> *Grabewarter/Pabel* (Fn. 56), § 24 Rn. 37.

Die Richter am *OG* unterliegen keinen direkten Weisungen des Präsidenten. Jedoch entscheidet einzig und allein dieser über deren Amtszeitverlängerung bei Erreichen des Ruhestandsalters. Es liegt daher der Gedanke nahe, dass Richter, die auf eine positive Entscheidung des Präsidenten über ihre Amtszeitverlängerung hoffen, geneigt sein können, ihre Entscheidungen an dem Willen des Präsidenten auszurichten.

Im Fall *Gurov v. Moldawien* befasste sich der *EGMR* mit dem Umstand, dass ein Richter weiterhin sein Amt ausübte, obwohl seine Amtszeit formal abgelaufen war.<sup>93</sup> Nach der in Moldawien vorherrschenden Praxis übte ein Richter nach Ablauf seiner Amtszeit jedoch so lange sein Amt weiter aus, bis der Präsident der Republik über seine Anstellung auf Lebenszeit oder seine Abberufung entschied.<sup>94</sup> Da es keine rechtliche Grundlage für dieses Handeln gab, stellte der *EGMR* eine Verletzung des von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK geforderten Rechts auf ein Verfahren vor einem Gericht, welches auf einem Gesetz beruht, fest.<sup>95</sup> Zur Frage nach der Unabhängigkeit des Richters kam es daher gar nicht.<sup>96</sup> Richter *Garlicki*, unterstützt von Richter *Pellonpää*, führte in seinem zustimmenden Sondervotum aus, dass Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK nicht aufgrund der fehlenden rechtlichen Grundlage des Richters für die Ausübung seines Amtes über das Ende seiner Amtszeit hinaus verletzt sei, sondern aufgrund eines Mangels an dessen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit.<sup>97</sup> Ein Richter, dessen Wiederernennung beziehungsweise Absetzung im Ermessen der Exekutive steht, würde schwer den Anforderungen an Unabhängigkeit und Unparteilichkeit gerecht.<sup>98</sup> Vielmehr würde er sein Amt im Bewusstsein ausführen, dass seine Zukunft von der undurchsichtigen Entscheidung des Präsidenten über seine Wiederernennung abhängt.<sup>99</sup> Zuletzt sei auch der generelle Kontext von post-kommunistischen Staaten zu berücksichtigen, bei der die Praxis, Richter lediglich auf Zeit zu benennen und deren Wiederernennung in die Hände der Exekutive zu legen, zum nahezu vollständigen Untergang der richterlichen Unabhängigkeit geführt habe.<sup>100</sup>

<sup>93</sup> *EGMR, Gurov v. Moldawien*, Urt. v. 11.7.2006, Rs. 36455/02, Rn. 13, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76297> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>94</sup> *Ebd.*, Rn. 32.

<sup>95</sup> *Ebd.*, Rn. 37 ff.

<sup>96</sup> *EGMR, Gurov v. Moldawien*, Urt. v. 11.7.2006, Rs. 36455/02, Rn. 36 ff., abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76297> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>97</sup> *Ebd.*, Sondervotum *Garlicki*, Rn. 1.

<sup>98</sup> *Ebd.*, Rn. 2.

<sup>99</sup> *Ebd.*, Rn. 3.

<sup>100</sup> *Ebd.*

Bezogen auf die vorliegende alleinige Kompetenz des polnischen Präsidenten der Republik, nach freiem Ermessen über die Verlängerung der Amtszeit eines Richters am OG entscheiden zu können, führt diese nach *Garlickis* Argumentation eindeutig zu einer Verletzung des Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK.

dd) Zwischenergebnis

Im Fall *Delcourt v. Belgien* führte der EGMR die Maxime „justice must not only be done; it must also be seen to be done“<sup>101</sup> ein. Entscheidend ist, ob Zweifel an der Unabhängigkeit objektiv gerechtfertigt werden können.<sup>102</sup> Ein objektiver Beobachter darf unter den Umständen des gegebenen Falls keinen konkreten Anlass zur Sorge in Bezug auf die Unabhängigkeit des Gerichtes haben.<sup>103</sup> Dieses Kriterium vermag die realen Gefahren zu umfassen, die trotz formaler rechtlicher Garantien in der Praxis auftreten.<sup>104</sup>

Unter Berücksichtigung der Amtszeitverlängerung der Richter durch den Präsidenten der Republik und den Ausführungen zur richterlichen Unabhängigkeit ist festzustellen, dass ein objektiver Betrachter aktuell das OG nicht als unabhängig i. S. d. Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK bezeichnen würde. Führt eine Person einen Prozess vor dem OG, ist folglich deren Recht aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK auf ein unabhängiges Gericht verletzt.

b) Art. 6 Abs. 1 S. 1, Art. 8 Abs. 1 und Art. 13 EMRK in Bezug auf die betroffenen Richter

Die geänderte Ruhestandsregelung könnte zudem auch einen Verstoß gegen die Konventionsgrundrechte der betroffenen Richter am OG darstellen.

aa) Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK

Wird dem Ersuchen eines Richters auf Verlängerung seiner Amtszeit nach Art. 37 Abs. 1 GOG vom Präsidenten der Republik nicht stattgegeben, steht dem Richter keinerlei Verfahren zur Überprüfung dieser Entscheidung zu. Dies könnte eine Verletzung des Rechts des Richters aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK,

<sup>101</sup> EGMR, *Delcourt v. Belgien*, UrT. v. 17.1.1970, Rs. 2689/65, Rn. 31, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57467> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>102</sup> EGMR (Große Kammer), *Incal v. Türkei*, UrT. v. 9.6.1998, Rs. 22678/93 (41/1997/825/1031), Rn. 71, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58197> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>103</sup> EGMR, *Clarke v. Großbritannien*, Entsch. v. 25.8.2005, Rs. 23695/02, S. 10 ff., abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70188> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>104</sup> Müller (Fn. 61), S. 74; Sudre, Le mystère des « apparences » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 43 (2009), 633 (635 f.).

dass über Streitigkeiten in Bezug auf seine zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen vor einem Gericht verhandelt wird, darstellen. Fraglich ist jedoch, ob Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK überhaupt zur Anwendung kommt, da nach dem Wortlaut lediglich zivilrechtliche Ansprüche umfasst sind, Richter sich jedoch in einem Sonderverhältnis zum Staat befinden. Jedoch darf es für Beamte und Personen in einem vergleichbaren Verhältnis zum Staat keinen rechtsfreien Raum geben.<sup>105</sup> Der EGMR befand in dem wegweisenden Urteil *Vilho Eskelinen und andere v. Finnland* (GK), dass für die Unanwendbarkeit von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK nicht mehr ausreichend ist, auf die Ausübung von Staatsgewalt durch den Beschwerdeführer abzustellen.<sup>106</sup> Der jeweilige Staat muss vielmehr darlegen können, dass dem Beschwerdeführer auch nach nationalem Recht kein Zugang zu einem Gericht gewährt wird und dieser Ausschluss des Rechtsschutzes durch objektive Gründe des staatlichen Interesses gerechtfertigt ist.<sup>107</sup> Die Natur der Streitigkeit selbst muss es rechtfertigen, dass die Geltung des Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK ausgeschlossen ist. Gewöhnliche arbeitsrechtliche Streitigkeiten fallen daher grundsätzlich in den Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK, das besondere Verhältnis zwischen Staatsbediensteten und Staat steht dem nicht entgegen.<sup>108</sup> Die Ruhestandsregelung und die damit einhergehende Verkürzung der Amtszeit durch eine nicht genehmigte Verlängerung gleicht der Verkürzung eines Arbeitsverhältnisses. Die Streitigkeit gleicht folglich einer zivilrechtlichen, weshalb sich Richter in der vorliegenden Fallkonstellation auf die Garantien aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK berufen können. Einem Richter am OG, dem eine durch das herabgesetzte Ruhestandsalter notwendig gewordene Verlängerung der Amtszeit nicht genehmigt wurde, stehen keine rechtlichen Möglichkeiten zu, diese Entscheidung überprüfen zu lassen. Darin liegt ein Verstoß gegen sein Recht auf ein faires Verfahren in Bezug auf zivilrechtliche Ansprüche vor einem unabhängigen Gericht nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK. Die vorzeitige Beendigung eines Richteramts ohne die Möglichkeit, diese juristisch überprüfen zu lassen, konstatierte der EGMR bereits 2016 im Fall *Baka v. Ungarn* (GK) als Verletzung von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK des betroffenen Richters, dem

<sup>105</sup> *Klaß*, Die Fortentwicklung des deutschen Beamtenrechts durch das europäische Recht, 2014, S. 143, 326 ff.

<sup>106</sup> EGMR (Große Kammer), *Vilho Eskelinen und andere v. Finnland*, Urt. v. 19.4.2007, Rs. 63235/00, Rn. 47, 50 ff., abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80249> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>107</sup> EGMR (Große Kammer), *Vilho Eskelinen und andere v. Finnland*, Urt. v. 19.4.2007, Rs. 63235/00, Rn. 62, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80249> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>108</sup> *Ebd.*

damaligen Präsidenten des *Obersten Gerichtshofes* in Ungarn.<sup>109</sup> Er hob explizit die wachsende Bedeutung hervor, die internationaler Gremien und Gerichte der Verfahrensgerechtigkeit in Fällen, in denen nationale Richter ersetzt oder entlassen oder in denen durch exekutive oder legislative Entscheidungen deren Amt beendet wird, beimessen.<sup>110</sup>

bb) Lustrationsprozess, Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK

In der Begründung des GOG wird zudem die „Dekommunisierung“<sup>111</sup> als Beweggrund für das herabgesetzte Ruhestandsalter genannt. Die geänderte Ruhestandsregelung ist mithin auch als Lustration anzusehen. Ist ein Lustrationsprozess eine strafrechtliche Anklage i. S. d. Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK, stehen einem betroffenen Richter demnach auch unter diesem Aspekt die Verfahrensrechte aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK zu.

Wenn ein Lustrationsgesetz vorhanden ist, welches die grundsätzlichen Anforderungen von Zugang und Vorhersehbarkeit erfüllt, und das Verfahren individualisiert ist und nicht ausschließlich der Bestrafung oder Rache dient, betrachtet der *EGMR* Lustrationsverfahren grundsätzlich nicht als Konventionsverstoß.<sup>112</sup> Schließlich ist zu bedenken, dass aufgrund der temporären Eigenschaft einer Lustration die objektive Notwendigkeit, Konventionsrecht einzuschränken, mit der Zeit abnimmt.<sup>113</sup> Im Fall *Soro v. Estland* wies der *EGMR* erneut darauf hin, dass er bereits in einer Reihe früherer Fälle die mangelnde Individualisierung von Lustrationsmaßnahmen kritisiert hat.<sup>114</sup>

Bezüglich Lustrationsverfahren in Polen äußerte sich der *EGMR* dahingehend, dass er das Interesse des Staates, Ende der 1990er Jahre Lustration bei Personen, die ein hohes öffentliches Amt bekleidet hatten, durchzuführen, anerkennt.<sup>115</sup> Er

---

<sup>109</sup> *EGMR (Große Kammer), Baka v. Ungarn*, Urte. v. 23.6.2016, Rs. 20261/12, Rn. 12, 121 f., abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-163113> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>110</sup> *Ebd.*, Rn. 121.

<sup>111</sup> Druk Nr. 2003 v. 26.9.2017: *Projekt ustawy z dnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym* (Gesetzesentwurf v. 2017 über das Gesetz über das Oberste Gericht), *Uzasadnienie* (Begründung), S. 2.

<sup>112</sup> *EGMR, Adamsons v. Lettland*, Urte. v. 24.6.2008, Rs. 3669/03, Rn. 116, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-87179> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>113</sup> *Ebd.*

<sup>114</sup> *EGMR, Soro v. Estland*, Urte. v. 3.9.2015, Rs. 22588/08, Rn. 60, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-156518> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>115</sup> *EGMR, Matyjek v. Polen*, Urte. v. 24.4.2007, Rs. 38184/03, Rn. 62, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80219> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

erinnerte jedoch gleichzeitig daran, dass die Betroffenen alle Verfahrensgarantien der EMRK genießen müssen.<sup>116</sup> Obwohl es sich beim Lustrationsverfahren nach polnischem Recht nicht um ein Strafverfahren handelt, fällt es aufgrund der Nähe zur strafrechtlichen Sphäre unter den Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK.<sup>117</sup> Einem betroffenen Richter stehen folglich auch unter dem Aspekt der durch die Herabsetzung des Ruhestandsalters bezweckten Lustration als strafrechtliche Anklage i. S. d. Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK die Verfahrensgarantien aus Art. 6 EMRK zu.

In der vorliegenden Situation findet durch die pauschale Zwangspensionierung kein Verfahren statt. Wird die Zwangspensionierung als implizite Lustration verstanden, fehlen somit die vom *EGMR* geforderten Voraussetzungen eines konventionsgerechten Verfahrens nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK. Da das polnische Lustrationsgesetz in der vorliegenden Fallkonstellation erst gar nicht zur Anwendung kommt, ist dessen Inhalt auch nicht auf die Vereinbarkeit mit der EMRK zu prüfen. Bei der durch die „Dekommunisierung“ intendierten Herabsetzung des Ruhestandsalters findet eine Individualisierung nicht statt. Rechtsmittel stehen den Betroffenen nicht zu. Zudem werden die Maßnahmen knapp dreißig Jahre nach dem Ende des kommunistischen Regimes ergriffen. Das als „Dekommunisierung“ intendierte Herabsetzen des Ruhestandsalters für Richter am *OG* und die damit einhergehende Zwangspensionierung verletzt unter dem Aspekt der Lustration als strafrechtliche Anklage i. S. d. Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK demnach das Recht auf Zugang zu einem Gericht nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK.

cc) Lustrationsprozess, Art. 8 Abs. 1 EMRK

Die mangelnde Individualisierung der als Lustration zu klassifizierenden Herabsetzung des Ruhestandsalters hinsichtlich der ausgeübten Tätigkeit im früheren kommunistischen Regime vor nunmehr knapp dreißig Jahren stellt auch eine Verletzung des Rechts auf Achtung des Privatlebens nach Art. 8 Abs. 1 EMRK der betroffenen Richter dar.<sup>118</sup> Der Schutz von Art. 8 Abs. 1 EMRK umfasst unter anderem das soziale Ansehen einer Person

---

<sup>116</sup> *EGMR, Matyjek v. Polen*, Urt. v. 24.4.2007, Rs. 38184/03, Rn. 62, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80219> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>117</sup> *EGMR, Matyjek v. Polen*, Entsch. v. 30.5.2006, Rs. 38184/03, Rn. 51, 58, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-75941> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>118</sup> Vgl. *EGMR, Soro v. Estland*, Urt. v. 3.9.2015, Rs. 22588/08, Rn. 61 ff., abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-156518> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

und somit die Ehre und den guten Ruf.<sup>119</sup> Damit Art. 8 Abs. 1 EMRK zum Tragen kommt, muss der Angriff auf den guten Ruf einer Person ein gewisses Maß an Schwere erreichen und in einer Weise erfolgt sein, dass der persönliche Genuss des Rechts auf Achtung des Privatlebens geschädigt wurde.<sup>120</sup> Diese Anforderung umfasst das gesellschaftliche Ansehen im Allgemeinen und das berufliche Ansehen im Besonderen.<sup>121</sup> Eine pauschale Bezeichnung, vor Jahrzehnten unter dem kommunistischen Regime gearbeitet zu haben, einzig und allein auf Grundlage des Alters, ohne eine spezifische Bewertung der damals durchgeführten Aufgaben, um zu differenzieren, welchen Einfluss jene auf die heutige ausgeübte Tätigkeit hat, berührt sowohl das soziale als auch das berufliche Ansehen nicht unerheblich.<sup>122</sup>

dd) Art. 13 EMRK

Zusätzlich zu einer Verletzung von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK kommt auch eine Verletzung von Art. 13 EMRK, dem Recht auf eine wirksame Beschwerde, in Betracht. Aufgrund der Spezialität von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK ist in Fällen einer bereits vorliegenden Verletzung von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK eine Prüfung von Art. 13 EMRK jedoch nicht notwendig.<sup>123</sup> Zu beachten ist außerdem, dass es sich bei Art. 13 EMRK um ein akzessorisches Recht handelt. Als notwendiges materielles Konventionsrecht könnte Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 1 Abs. 1 1. Zusatzprotokoll (ZP) in Betracht kommen, auf das nachfolgend eingegangen wird.

---

<sup>119</sup> EGMR, *Chauny* und andere v. *Frankreich*, Urt. v. 29.6.2004, Rs. 64915/01, Rn. 70, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61861> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022); EGMR (*Große Kammer*), *Axel Springer AG v. Deutschland*, Urt. v. 7.2.2012, Rs. 39954/08, Rn. 77, 83, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109034> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022); EGMR, *A. v. Norwegen*, Urt. v. 9.4.2009, Rs. 28070/06, Rn. 64, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-92137> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>120</sup> EGMR (*Große Kammer*), *Axel Springer AG v. Deutschland*, Urt. v. 7.2.2012, Rs. 39954/08, Rn. 83, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109034> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022); EGMR, *A. v. Norwegen*, Urt. v. 9.4.2009, Rs. 28070/06, Rn. 64, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-92137> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>121</sup> EGMR (*Große Kammer*), *Denisov v. Ukraine*, Urt. v. 25.9.2018, Rs. 76639/11, Rn. 112, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-186216> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>122</sup> Vgl. EGMR, *Soro v. Estland*, Urt. v. 3.9.2015, Rs. 22588/08, Rn. 61 ff., abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-156518> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>123</sup> EGMR (*Große Kammer*), *Baka v. Ungarn*, Urt. v. 23.6.2016, Rs. 20261/12, Rn. 179 ff., abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-163113> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022); vgl. *Grabenwarter* (Fn. 60), Art. 13 Rn. 9.

## ee) Zwischenergebnis

Die geänderte Ruhestandsregelung und die damit einhergehenden Regelungen verletzen die betroffenen Richter in ihren Rechten aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 und Art. 8 Abs. 1 EMRK. Eine mögliche Verletzung des Art. 13 EMRK ist subsidiär zur Verletzung des Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK.

## c) Ergebnis

Die durch das herabgesetzte Ruhestandsalter herbeigeführte Zwangspensionierung von einem Drittel der Richter am OG sowie die damit einhergehende Neubesetzung verletzen das Recht aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK auf ein faires Verfahren vor einem unabhängigen Gericht eines vor dem OG prozessierenden Beschwerdeführers. Auch die von der Ruhestandsregelung betroffenen Richter am OG sind in ihrem Recht auf Zugang zu einem Gericht aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK verletzt, zudem auch in ihrem Recht auf Achtung des Privatlebens nach Art. 8 Abs. 1 EMRK. Art. 13 EMRK ist subsidiär zur bestehenden Verletzung des Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK.

## 2. Diskriminierung aufgrund des Geschlechts durch unterschiedliche Ruhestandsalter

Nach Art. 37 Abs. 5 GOG dürfen Richterinnen des OG auf eigenen Wunsch bereits ab ihrem 60. Lebensjahr in den Ruhestand gehen. Diese Regelung gilt nicht für ihre männlichen Kollegen. Dies könnte eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts bedeuten.

## a) Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 1 Abs. 1 1. ZP

Die EMRK enthält keinen allgemeinen Gleichheitssatz wie etwa Art. 3 Abs. 1 des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland, Art. 32 Abs. 1 Verf oder auch der nicht verbindliche Art. 2 Abs. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR)<sup>124</sup>. Das in der EMRK niedergeschriebene Diskriminierungsverbot gemäß Art. 14 EMRK ist, indem es einen diskriminierungsfreien Genuss der in der Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten garantiert, ein akzessorisches Recht.<sup>125</sup> Eine Verletzung eines Rechts

---

<sup>124</sup> *Generalversammlung der UN*, Universal Declaration of Human Rights v. 10.12.1948, UN Doc A/Res/217(III)A, abrufbar unter: [https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A\\_RES\\_217\(III\).pdf](https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_217(III).pdf) (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>125</sup> *Meyer-Ladewig/Lehner*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/v. Raumer, 4. Aufl. 2017, Art. 14 Rn. 5.



ist nicht notwendig,<sup>126</sup> der Sachverhalt muss lediglich in dessen Regelungsbereich fallen.<sup>127</sup> Folglich dürfen Personen in gleicher oder rechtserheblich ähnlicher Lage nicht unterschiedlich behandelt werden.<sup>128</sup> Anders als die französische Version der EMRK mit der Formulierung „*sans distinction aucune*“ suggeriert, führt nur eine Diskriminierung ohne sachliche und vernünftige Rechtfertigung zu einem Konventionsverstoß.<sup>129</sup>

In Bezug auf das unterschiedliche Ruhestandsalter kommt eine Verbindung von Art. 14 EMRK mit dem Recht auf Achtung des Eigentums aus Art. 1 Abs. 1 1. ZP in Betracht. Die Art. 1 bis 4 1. ZP sind gemäß Art. 5 1. ZP als Zusatzartikel zur Konvention zu betrachten, auf die alle Bestimmungen der Konvention dementsprechend anzuwenden sind.

Dürfen Frauen früher in den Ruhestand eintreten als Männer, haben sie auch früher einen Anspruch auf Pension. Sehen die geltenden Gesetze eines Staates aus einem Sozialleistungsanspruch resultierende Zahlungen vor, ist das für jede Person, die die Voraussetzung dafür erfüllt, als Einräumung eines Eigentumsinteresses anzusehen, das in den Anwendungsbereich von Art. 1 1. ZP fällt.<sup>130</sup> Art. 14 EMRK verbietet den Konventionsstaaten nicht, Gruppen unterschiedlich zu behandeln, um tatsächliche Ungleichheiten zu

---

<sup>126</sup> Meyer-Ladewig/Lehner, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/v. Raumer, 4. Aufl. 2017, Art. 14 Rn. 5; Grabenwarter/Pabel (Fn. 56), § 26 Rn. 5.

<sup>127</sup> EGMR, *Andrle v. Tschechien*, Urte. v. 17.2.2011, Rs. 6268/08, Rn. 27, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-103548> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022); EGMR (Große Kammer), *Stec und andere v. Großbritannien*, Entsch. v. 6.7.2005, Rs. 65731/01, 65900/01, Rn. 39, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70087> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>128</sup> Grabenwarter (Fn. 60), Art. 14 Rn. 8; EGMR, *Marckx v. Belgien*, Urte. v. 13.6.1979, Rs. 6833/74, Rn. 32, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57534> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022); *Clift v. Großbritannien*, Urte. v. 13.6.2010, Rs. 7205/07, Rn. 66, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-99913> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>129</sup> Grabenwarter (Fn. 60), Art. 14 Rn. 11; Meyer-Ladewig/Lehner, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/v. Raumer (Fn. 125), Art. 14 Rn. 9; Ständige Rspr. des EGMR seit: *Belgischer Sprachenfall v. Belgien*, Urte. (Begründetheit) v. 23.7.1968, Rs. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, I. B. Rn. 10, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57525> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>130</sup> EGMR (Große Kammer), *Stec und andere v. Großbritannien*, Entsch. v. 6.7.2005, Rs. 65731/01, 65900/01, Rn. 54, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70087> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022); EGMR, *Andrle v. Tschechien*, Urte. v. 17.2.2011, Rs. 6268/08, Rn. 29, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-103548> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

korrigieren.<sup>131</sup> Im Fall *Andrle v. Tschechien* befasste sich der EGMR mit der Frage, ob ein früheres Renteneintrittsalter für Frauen, die Kinder großgezogen haben, einen Verstoß gegen Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 1 Abs. 1 1. ZP darstellt.<sup>132</sup> Prinzipiell müssen schwerwiegende Gründe vorliegen, um eine allein aufgrund des Geschlechts erfolgende Ungleichbehandlung als konventionskonform betrachten zu können.<sup>133</sup> Ein weiter Ermessensspielraum steht den Staaten normalerweise aber bei generellen Maßnahmen im Rahmen einer wirtschaftlichen oder sozialen Strategie zu.<sup>134</sup> In der früheren sozialistischen Tschechoslowakei waren Frauen zusätzlich zu ihrer Vollzeitstelle bei niedrigerem Lohn für die Erziehung der Kinder verantwortlich.<sup>135</sup> Deshalb erkennt der EGMR die bevorzugte Behandlung von Frauen bei Rentenansprüchen als legitimen Grund für eine Ungleichbehandlung an.<sup>136</sup> Er hebt jedoch auch hervor, dass die tschechische Regierung aufgrund des demographischen Wandels und Änderungen in der Wahrnehmung von Geschlechterrollen bereits begonnen habe, das Renteneintrittsalter für Männer und Frauen sukzessive anzugleichen.<sup>137</sup> Daher befand der EGMR, dass der tschechische Staat nicht dafür kritisiert werden könne, kein angemessenes Gleichgewicht zwischen der behaupteten Ungleichbehandlung und dem verfolgten legitimen Ziel gewahrt zu haben und entschied einstimmig, dass Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 1 Abs. 1 1. ZP nicht verletzt sei.<sup>138</sup>

Im vorliegenden Fall kann aufgrund der ähnlichen politischen Vergangenheit Polens und Tschechiens davon ausgegangen werden, dass die Situation von Frauen während des sozialistischen Regimes vergleichbar war. Jedoch erfolgt in Art. 37 Abs. 5 GOG keine Differenzierung anhand des Geburtsjahres, um dem demographischen und sozialen Wandel seit dem Ende der kommunistischen Diktatur gerecht zu werden. Richterinnen, die nun sechzig Jahre alt sind, haben ihre Kinder nicht nur unter dem sozialistischen Regime großgezogen, sondern

---

<sup>131</sup> EGMR, *Belgischer Sprachenfall v. Belgien*, Urte. (Begründetheit) v. 23.7.1968, Rs. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, II. A. Rn. 7, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57525> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022); *Andrle v. Tschechien*, Urte. v. 17.2.2011, Rs. 6268/08, Rn. 48, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-103548> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>132</sup> EGMR, *Andrle v. Tschechien*, Urte. v. 17.2.2011, Rs. 6268/08, Rn. 46 ff., abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-103548> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>133</sup> *Ebd.*, Rn. 49.

<sup>134</sup> *Ebd.*, Rn. 50.

<sup>135</sup> *Ebd.*, Rn. 55.

<sup>136</sup> *Ebd.*, Rn. 53.

<sup>137</sup> EGMR, *Andrle v. Tschechien*, Urte. v. 17.2.2011, Rs. 6268/08, Rn. 56 ff., abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-103548> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>138</sup> *Ebd.*, Rn. 62.

auch unter dem knapp dreißig Jahre bestehenden demokratischen System, welchem eine gewandelte, egalitäre Auffassung der Geschlechterrollen zugrunde liegt. Folglich können auch aktuell sechzigjährige Richter maßgeblich an der Erziehung ihrer Kinder beteiligt gewesen sein. Ihnen ist ein früherer Renteneintritt jedoch verwehrt. Darüber hinaus können zukünftig auch jüngere Frauen, deren Berufsleben sich nicht von dem ihrer männlichen Kollegen unterscheidet, früher in den Ruhestand treten. Es handelt sich daher um eine pauschale Bevorzugung von Frauen gegenüber Männern. Art. 37 Abs. 5 GOG stellt somit eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in Bezug auf das Recht auf Achtung des Eigentums gemäß Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 1 Abs. 1 1. ZP dar.

*b) Art. 1 Abs. 1 12. ZP*

Einen allgemeinen Gleichheitssatz enthält Art. 1 Abs. 1 12. ZP, wonach jede Ungleichbehandlung bei dem Genuss eines auf Gesetz beruhenden nationalen Rechts verboten ist. Allerdings wurde das 12. ZP bisher von Polen nicht ratifiziert,<sup>139</sup> sodass eine Verletzung von Art. 1 Abs. 1 12. ZP durch die Bestimmung aus Art. 37 Abs. 5 GOG nicht geprüft werden kann.

### 3. Ergebnis

Die Bestimmungen des neu eingeführten Art. 37 GOG verletzen sowohl das Recht einer Prozesspartei vor dem OG aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK als auch die Rechte der betroffenen Richter aus Art. 6 Abs. 1 S. 1, Art. 8 Abs. 1 und Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 1 Abs. 1 1. ZP. Eine Überprüfung der Vereinbarkeit mit Art. 1 Abs. 1 12. ZP scheitert an der fehlenden Ratifizierung Polens.

### III. Fazit

Die auch in Polen umstrittene Neuregelungen des Ruhestandsalters der Richter am OG sind nicht mit Art. 6 Abs. 1 S. 1, Art. 8 Abs. 1 und Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 1 Abs. 1 1. ZP vereinbar.

---

<sup>139</sup> *Europarat*, Chart of signatures and ratifications of Treaty 177 [Protocol No. 12], abrufbar unter: <https://www.coe.int/en/web/conventions/cets-number/-/abridged-title-known?module=signatures-by-treaty&treatynum=177> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

### C. Kompetenz des Justizministers in Bezug auf die Ernennung und Absetzung von Gerichtspräsidenten

Ein weiterer Teil der polnischen Justizreform ist die Neuregelung der Kompetenz des Justizministers in Bezug auf die Ernennung und Absetzung von Gerichtspräsidenten der ordentlichen Gerichtsbarkeit.

#### I. Das Änderungsgesetz zum Gesetz über das System der ordentlichen Gerichtsbarkeit (ÄGSOG)

Im Gegensatz zum GOG durchlief das ÄGSOG ohne größere Verzögerungen das Gesetzgebungsverfahren<sup>140</sup> und modifizierte das Gesetz über das System der ordentlichen Gerichtsbarkeit (GSOG)<sup>141</sup> mit Wirkung zum 12.8.2018.<sup>142</sup> Anschließend kam noch eine Änderung bezüglich des Absetzungsverfahrens von Gerichtspräsidenten hinzu, durch die die Abs. 2 bis 5 des Art. 27 GSOG modifiziert wurden.<sup>143</sup> Auf dieser Grundlage findet nachfolgende Analyse statt.

##### 1. Ernennung von Gerichtspräsidenten

Gemäß der neuen Art. 23 bis 25 Abs. 1 GSOG ernennt der Justizminister die Gerichtspräsidenten. Erst danach teilt er seine Entscheidung dem jeweiligen Richterkolleg mit. Eine Mitwirkung der gerichtlichen Selbstverwaltung oder des LRJ, welcher vormals einen Vorschlag ablehnen konnte, ist nicht mehr vorgesehen.<sup>144</sup> Zudem wurde der Kreis der Gerichtspräsidenten, die vom

---

<sup>140</sup> *Sejm, Przebieg procesu legislacyjnego: Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy - Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw* (Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens: Ein parlamentarischer Entwurf zur Änderung des Gesetzes über das System der ordentlichen Gerichtsbarkeit und bestimmte andere Gesetze) abrufbar unter: <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=1491> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>141</sup> Dz. U. 2001 Nr. 98 poz. 1070: *Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych* (Gesetz v. 27.7.2001 über das System der ordentlichen Gerichtsbarkeit).

<sup>142</sup> *Sejm, ISAP – Internetowy System Aktów Prawnych* (Internetdatenbank für Rechtsakte [der Republik Polen]: Übersicht zum ÄGSOG (Fn. 5), abrufbar unter: <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU20170001452> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>143</sup> Dz. U. 2018 poz. 848: *Ustawa z dnia 12 kwietnia 2018 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz ustawy o Sądzie Najwyższym* (Gesetz v. 12.4.2018 zur Änderung des Gesetzes – Gesetz über das System der ordentlichen Gerichtsbarkeit, des Gesetzes über Landesrat für Justizwesen und des Gesetzes über den Obersten Gerichtshof), Art. 1 Abs. 1.

<sup>144</sup> Siehe Art. 23 Abs. 2-5, Art. 24 Abs. 2, Art. 25 Abs. 2 GSOG a.F. (Dz. U. 2016 poz. 2062: *Obwieszczenie Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 16 listopada 2016 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustawy - Prawo o ustroju sądów powszechnych* (Ankündigung

Justizminister ernannt werden, erweitert.<sup>145</sup> Die Ernennungskompetenz des Justizministers erstreckt sich nunmehr auf alle Präsidenten der ordentlichen Gerichtsbarkeit.

## 2. Absetzung von Gerichtspräsidenten

Art. 27 Abs. 1 GSOG regelt die Absetzung von Gerichtspräsidenten durch den Justizminister. In Abs. 1 sind als möglichen Gründe dafür eine grobe oder beharrliche Verletzung der Dienstpflichten (Nr. 1), die Unvereinbarkeit der weiteren Ausübung des Dienstes mit dem Interesse der Justiz (Nr. 2), eine besonders niedrige Effizienz der Verwaltung oder der nachgeordneten Gerichte (Nr. 3) oder der eingereichte Rücktritt (Nr. 4) aufgelistet. Vor der Reform konnte ein Präsident nur aufgrund einer groben Verletzung der Dienstpflicht (Nr. 1) oder wenn die weitere Ausübung aus anderen Gründen mit den Interessen der Gerechtigkeit unvereinbar ist (Nr. 2) abgesetzt werden, Art. 27 Abs. 1 GSOG a. F. Der Tatbestand der Dienstpflichtverletzung wurde demnach um die Möglichkeit einer rein zeitlichen Komponente („beharrlich“) ergänzt. Die Generalklausel in Art. 27 Abs. 1 Nr. 2 GSOG billigt dem Justizminister einen besonders großen Ermessensspielraum zu, da eine Bezugnahme auf Gründe möglich ist, die nicht mit der betroffenen Person zusammenhängen.<sup>146</sup>

Nach der alten Fassung des GSOG musste der Justizminister vor der Abberufung eines Gerichtspräsidenten Rücksprache mit dem LRJ halten, dessen ablehnende Stellungnahme für den Minister verbindlich war, Art. 27 Abs. 2 GSOG a. F. Normalerweise entscheidet der LRJ mit absoluter Mehrheit.<sup>147</sup> Nach der Neuregelung ist eine solche Stellungnahme nur verbindlich, wenn sie mit einer Zweidrittelmehrheit beschlossen wurde, Art. 27 Abs. 5 S. 2 GSOG. Hier ist auf die Neuregelungen bezüglich des LRJ hinzuweisen, aufgrund derer das Gremium wesentlich von der Legislative bestimmt und beeinflusst und daher wohl selten zu einer ablehnenden Stellungnahme gelangen wird.<sup>148</sup> Das neue Absetzungsverfahren sieht zunächst

---

des Präsidenten des Sejms der Republik Polen v. 16.11.2016 zur Veröffentlichung eines einheitlichen Textes des Gesetzes – Gesetz über das System der ordentlichen Gerichtsbarkeit). Anmerkung: Diese Fassung des GSOG (Fn. 141) entspricht der Fassung, die vor dem Inkrafttreten des ÄGSOG (Fn. 5) bezüglich der in der vorliegenden Arbeit relevanten Art. 23, 24, 25, 27 galt.

<sup>145</sup> Vgl. Art. 23-25 Abs. 1 GSOG a.F. (Fn. 144) und Art. 23-25 Abs. 1 GSOG (Fn. 141).

<sup>146</sup> *Nieżgódka*, Justizreform in Polen: Angriff der Exekutive auf die Justiz, NJ 2017, 360 (362).

<sup>147</sup> *Nieżgódka* (Fn. 146), S. 362.

<sup>148</sup> Siehe dazu oben **B. I. 2. a)**.

eine Beteiligung des Richterkollegs des betroffenen Gerichts vor. Bei einer negativen Stellungnahme wird der Antrag des Präsidenten auf Entlassung des Gerichtspräsidenten während dessen Amtszeit nach Art. 27 Abs. 1 GSOG an den LRJ verwiesen, welcher den Antrag nur mit der genannten problematischen Zweidrittelmehrheit abweisen kann, Art. 27 Abs. 2 bis Abs. 5a GSOG. Die Beteiligung des Richterkollegs ist folglich faktisch wirkungslos.

### 3. Übergangsregelung

Das ÄGSOG sieht in Art. 17 das Recht des Justizministers vor, innerhalb von sechs Monaten nach Inkrafttreten des ÄGSOG alle aufgrund der bisher geltenden Regelung ernannten Gerichtspräsidenten ohne Beachtung der in Art. 27 Abs. 1 GSOG genannten Kriterien entlassen zu können.

### 4. Das Amt des Justizministers

Der Justizminister ist seit der Justizreform zugleich auch Generalstaatsanwalt, Art. 1 Abs. 2 des Gesetzes über die Staatsanwaltschaft (GStA). Somit sind nun Personen für die Leitung der Gerichte, die auch judikative Aufgaben umfasst, verantwortlich, welche allein von einem Staatsanwalt ausgewählt worden sind. Insbesondere im Hinblick auf Verfahren in Strafsachen ist dies ein bedenklicher Zustand.<sup>149</sup>

### 5. Zwischenergebnis

Am 13.9.2017 machte der Justizminister erstmalig von seinem Absetzungsrecht Gebrauch.<sup>150</sup> Nach Ablauf der Sechsmonatsfrist wurden insgesamt 96 von 377 Richterpräsidentenstellen in Polen neu besetzt.<sup>151</sup> Polnische Gerichtspräsidenten haben ein mächtiges Amt inne und eine umfassende Verantwortung für die Aufsicht von Verwaltungsangelegenheiten.<sup>152</sup> Dass die Exekutive und auch die Legislative einen solch umfangreichen Einfluss auf die Judikative ausüben können, gibt ernsten Anlass zur Sorge. Bedenklich ist zudem, dass den betroffenen Richtern keinerlei Schutz vor deren zumindest zeitweisen willkürlichen Absetzungen gewährt wird.

---

<sup>149</sup> Vgl. dazu oben **B. I. 2. a).**

<sup>150</sup> KOM (Fn. 13), Rn. 66.

<sup>151</sup> *de Vries* (Fn. 18) S. 108.

<sup>152</sup> Vgl. *Bodnar/Bojarski*, Judicial Independence in Poland, in: Seibert-Fohr, Judicial Independence in Transition, 2012, S. 667 (710); allgemein zur Rolle von Gerichtspräsidenten in postsowjetischen Europastaaten: *Müller* (Fn. 61), S. 222 ff.

## II. Beurteilung hinsichtlich der Vereinbarkeit mit der EMRK

Es ist nun zu untersuchen, ob die neugefassten Regelungen bezüglich der Ernennung und Absetzung von Gerichtspräsidenten, gerade im Hinblick auf die starke Stellung des Justizministers, mit dem Gewährleistungsgehalt der EMRK vereinbar sind.

### 1. Zur Rolle der Gerichtspräsidenten in postsowjetischen Staaten

Die Rolle von Gerichtspräsidenten in postsowjetischen Europaratsstaaten ist stärker als die in den westeuropäischen Staaten.<sup>153</sup> Neben klassischen Organisationsaufgaben am Gericht sind sie zuständig für die Auswahl und Beförderung von Richtern und deren Evaluation sowie die Zuweisung von Fällen.<sup>154</sup> Zudem besitzen sie teils gewichtige Kompetenzen im Disziplinarrecht.<sup>155</sup> Bei der Ausübung ihrer Vielzahl an Funktionen und Kompetenzen steht den Gerichtspräsidenten ein weites Ermessen mit kaum gesetzlichen Schranken oder Kontrollorganen zu.<sup>156</sup> Dies fördert den informellen Einfluss der Gerichtspräsidenten und die darin begründete Hörigkeit der Richter.<sup>157</sup> Diese Aspekte können dazu führen, dass Richter, die das Amt des Gerichtspräsidenten anstreben oder auch ausführen und jederzeit mit einer Absetzung rechnen müssen, nicht mehr unabhängig in ihrer Entscheidungsfindung sind. Ein abhängiger Richter ist jedoch ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK der Prozessparteien, dem Recht auf einen unabhängigen Richter. Stehen den betroffenen Gerichtspräsidenten keine Überprüfungsmöglichkeiten hinsichtlich der Entscheidungen des Justizministers zu, könnten diese in ihrem Recht auf ein faires Verfahren vor einem unabhängigen Gericht aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK verletzt sein.

### 2. Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK der Prozessparteien

2012 wurde von der Literatur vorgeschlagen, aufgrund mangelnder Rechtsprechung des *EGMR* bezüglich der Ernennung von Gerichtspräsidenten dessen ständige Rechtsprechung zur Ernennung von Richtern durch die Exekutive zu übertragen.<sup>158</sup> Auch die Venedig-Kommission schlägt dieses Vorgehen vor.<sup>159</sup> Dem ist zuzustimmen, denn bis heute hat sich der *EGMR* nicht

---

<sup>153</sup> Müller (Fn. 61), S. 222.

<sup>154</sup> *Ebd.*, S. 224 f.

<sup>155</sup> *Ebd.*

<sup>156</sup> *Ebd.*, S. 223.

<sup>157</sup> *Ebd.*

<sup>158</sup> Müller (Fn. 61), S. 235.

<sup>159</sup> Venedig-Kommission (Fn. 17), Rn. 101.

mit der Ernennung von Gerichtspräsidenten befasst. Zur Ernennung von Richtern siehe ausführlich oben **B. II. 1. a) aa)**. Dem dort herausgearbeiteten Kriterium, dass die für die Auswahl und Karriere der Richter zuständige Autorität mindestens zur Hälfte aus Richtern bestehen soll,<sup>160</sup> wird der Justizminister mit seiner alleinigen Ernennungskompetenz nicht gerecht. Vorliegend ist für die Ernennung jedoch nicht ein Organ, sondern eine Einzelperson zuständig. Indizien für eine die Unabhängigkeit wahrende Entscheidung des Justizministers können die vorherige Konsultation von Richtergermien, die Bindung an Vorschläge aus dem Bereich der Justiz oder vorher festgelegte generelle Auswahlkriterien sein.<sup>161</sup> Solche Anforderungen sind allerdings nicht vorhanden. Es handelt sich folglich um eine reine Ermessensentscheidung des Justizministers. In Verbindung mit den weitreichenden Kompetenzen der Gerichtspräsidenten leistet das Verfahren zur Ernennung des Gerichtspräsidenten keine Gewähr für ein unabhängiges Gericht. Richter, die das Amt eines Präsidenten anstreben, sind in ihrer Unabhängigkeit gefährdet.<sup>162</sup> Zudem besteht vor allem während der Sechsmonatsfrist die Gefahr, dass Gerichtspräsidenten nicht mehr unabhängig ihre Rechtsprechungsaufgaben wahrnehmen, da sie eine ständige Absetzung zu befürchten haben.<sup>163</sup> Im Fall *Baka v. Ungarn* hatte sich der EGMR mit einem Präsidenten des ungarischen *Obersten Gerichtshofs* zu befassen, dessen Mandat aufgrund einer Verfassungsreform dreieinhalb Jahre vor dem regulären Ende der sechsjährigen Amtszeit endete.<sup>164</sup> Hierbei ist hervorzuheben, dass es der EGMR für erwiesen ansah, dass die Verfassungsreform nicht der Umstrukturierung des *Obersten Gerichtshofs* diene, wie es die ungarische Regierung vortrug, sondern aufgrund der kritischen Äußerungen von Herrn *Baka* an den jüngsten ungarischen Gesetzesreformen erging, die dieser in seiner beruflichen Eigenschaft öffentlich

---

<sup>160</sup> EGMR, *Ramos Nunes de Carvalho E Sá v. Portugal*, Urt. v. 21.6.2016, Rs. 55391/13, 57728/13, 74041/13, Rn. 75, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164449> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022); dem widersprechend: EGMR (*Große Kammer*), *Ramos Nunes de Carvalho E Sá v. Portugal*, Urt. v. 6.11.2018, Rs. 55391/13, 57728/13, 74041/13, Rn. 158, 160, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-187507> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022); am Kriterium festhaltend: *Ramos Nunes de Carvalho E Sá v. Portugal*, Urt. v. 6.11.2018, Rs. 55391/13, 57728/13, 74041/13, Sondervotum *Pinto de Albuquerque*, Rn. 12 ff., abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-187507> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>161</sup> Vgl. *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 56), § 24 Rn. 35; *Grabenwarter* (Fn. 60) Art. 6 Rn. 43.

<sup>162</sup> KOM (Fn. 13), Rn. 156.

<sup>163</sup> *Ebd.*, Rn. 155.

<sup>164</sup> EGMR (*Große Kammer*), *Baka v. Ungarn*, Urt. v. 23.6.2016, Rs. 20261/12, Rn. 12 ff., abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-163113> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).



zum Ausdruck brachte.<sup>165</sup> Der *EGMR* stellte einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen der Absetzung von Gerichtspräsidenten und der richterlichen Unabhängigkeit, insbesondere der Funktion der Gerichtsbarkeit als unabhängiger Zweig der Staatsgewalt und dem Prinzip der Unabsetzbarkeit von Richtern, her.<sup>166</sup> Vorliegend erfolgt die Absetzung in den ersten sechs Monaten willkürlich und auch danach behält der Justizminister einen großen Ermessensspielraum. Gerichtspräsidenten können sich daher veranlasst sehen, dem Justizminister wohlwollende Entscheidungen zu treffen.

Das Verfahren zur Ernennung der Gerichtspräsidenten durch den Justizminister gemäß Art. 23 bis 25 Abs. 1 GSOG sowie das Verfahren zur Absetzung von Gerichtspräsidenten gemäß Art. 27 GSOG sowie die Übergangsregelung gemäß Art. 17 ÄGSOG verletzen daher das Recht auf ein unabhängiges Gericht aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK der Prozessparteien.

### **3. Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK der Gerichtspräsidenten**

Gegen die Entscheidung des Justizministers haben betroffene Richter, die ihres Amtes als Gerichtspräsidenten enthoben wurden, keinerlei Möglichkeit, vorzugehen. Im ähnlich gelagerten Fall *Baka v. Ungarn* stellte der *EGMR (GK)* fest, dass das Fehlen einer gerichtlichen Überprüfung aus einer Gesetzgebung resultiert, deren Vereinbarkeit mit den Anforderungen der Rechtsstaatlichkeit zweifelhaft ist.<sup>167</sup> Dieser Befund kann nach den bisherigen Erörterungen direkt auf den vorliegenden Fall übertragen werden.<sup>168</sup> Folglich verletzen das Verfahren zur Absetzung von Gerichtspräsidenten gemäß Art. 27 GSOG sowie die Übergangsregelung gemäß Art. 17 ÄGSOG das Recht auf Zugang zu einem Gericht nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK der abgesetzten Gerichtspräsidenten.

### **III. Fazit**

Die Kompetenz des Justizministers in Bezug auf die Ernennung und Absetzung von Gerichtspräsidenten ist nicht mit Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK der Prozessparteien vereinbar. Zudem verletzt die fehlende Überprüfung der Absetzung eines Gerichtspräsidenten dessen Recht auf ein faires Verfahren vor einem unabhängigen Gericht aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK.

---

<sup>165</sup> *EGMR (Große Kammer), Baka v. Ungarn*, Urt. v. 23.6.2016, Rs. 20261/12, Rn. 124, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-163113> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>166</sup> *Ebd.*, Rn. 172.

<sup>167</sup> *Ebd.*, Rn. 121.

<sup>168</sup> Vgl. auch **B. II. 1. b).**

## D. Geltendmachung etwaiger Verletzungen vor dem *EGMR*

Mögliche Verletzungen von Konventionsrechten können auf unterschiedlichen Wegen vor dem *EGMR* geltend gemacht werden.

### I. Gutachtenverfahren

Gemäß Art. 47 Abs. 1 EMRK kann das Ministerkomitee Gutachtenanfragen beim *EGMR* einreichen. Gemäß Art. 47 Abs. 2 EMRK darf das Gutachten jedoch keine Fragen zu den materiellen Garantien der EMRK und ihrer ZP zum Gegenstand haben. Folglich können über diesen Mechanismus die festgestellten verletzten Konventionsrechte nicht geltend gemacht werden.

Das 16. ZP erweitert sowohl den Kreis der Antragsbefugten als auch den Umfang der erlaubten Fragen: Gemäß Art. 1 Abs. 1 16. ZP können *Oberste Gerichte* einer Vertragspartei den *EGMR* um ein Gutachten zu Grundsatzfragen der Auslegung oder Anwendung der materiellen Garantien der EMRK und ihrer ZP ersuchen. Dieses Verfahren scheidet vorliegend aufgrund der mangelnden Ratifizierung Polens aus.<sup>169</sup>

### II. Staatenbeschwerdeverfahren

Gemäß Art. 33 EMRK kann jede Vertragspartei den *EGMR* wegen einer behaupteten Verletzung der EMRK und der ZP durch eine andere Vertragspartei anrufen. Anhand der überschaubaren Praxis<sup>170</sup> hierzu lassen sich zwei Fallgruppen, das Interesse der eigenen Staatsbürger sowie das Interesse des Menschenrechtsschutzes im Allgemeinen, unterscheiden.<sup>171</sup> So befasste

---

<sup>169</sup> *Europarat*, Charts of signatures and ratifications of Treaty 214 [Protocol No. 16], abrufbar unter: <https://www.coe.int/en/web/conventions/cets-number/-/abridged-title-known?module=signatures-by-treaty&treatynum=214> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022)

<sup>170</sup> Aktuell beläuft sich die Zahl der Fälle auf insgesamt 31: *Europarat*, List of all inter-State applications, abrufbar unter: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/interstate&c=eng> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>171</sup> *Kulick*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/v. Raumer, 4. Aufl. 2017, Art. 33 Rn. 3 f.; *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 56), § 10 Rn. 2.

beziehungsweise befasst sich der *EGMR* mit Fällen zum Nordirland-<sup>172</sup> und Nordzypernkonflikt<sup>173</sup> sowie zur Krim-Krise und dem Ostukraine-Konflikt<sup>174</sup>.

Im Gegensatz zur vorliegenden Situation der polnischen Justizreform handelt es sich bei den eben genannten Beispielen für erhobene Staatenbeschwerden um Rechtsstreitigkeiten in Bezug auf bürgerkriegsähnliche Situationen. Die Fallgruppe der Interessen der eigenen Staatsbürger als Intention eines Staates, eine Staatenbeschwerde einzulegen, ist folglich nicht einschlägig. Und auch das Interesse des Menschenrechtsschutzes im Allgemeinen bezüglich der polnischen Justizreform ist momentan seitens keines Staates zu erkennen. Es ist daher eher als unwahrscheinlich zu betrachten, dass nach aktuellem Stand eine Staatenbeschwerde aufgrund der polnischen Justizreform von einem anderen Staat eingelegt wird.

### III. Individualbeschwerdeverfahren

Die letzte Verfahrensmöglichkeit ist die Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK. Es gelten die Zulässigkeitsvoraussetzungen gemäß Art. 35 EMRK.<sup>175</sup> Bezüglich des vorliegenden Falles ergibt sich Folgendes:

Die Verletzung des Rechts auf ein unabhängiges Gericht nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK können natürliche Personen, nichtstaatliche Organisationen oder Personengruppen geltend machen, die Kläger oder Beklagte in einem Verfahren waren, in dem im Zuge der Justizreform neu ernannte Richter am *OG* beziehungsweise neu gewählte Gerichtspräsidenten von ordentlichen Gerichten beteiligt waren.

Das Recht auf ein faires Verfahren gemäß Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK können Richter geltend machen, die aufgrund der Neuregelung vom Justizminister als Gerichtspräsident abgesetzt wurden oder deren Antrag auf Verlängerung ihrer

---

<sup>172</sup> *EGMR, Irland v. Großbritannien*, Urt. (Wiederaufnahme) v. 20.3.2018, Rs. 5310/71, Rn. 2 ff., abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-181585> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>173</sup> *EGMR (Große Kammer), Zypern v. Türkei*, Urt. (Entschädigung) v. 12.5.2014, Rs. 25781/94, Rn. 4 ff., abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-144151> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>174</sup> *EGMR, Ukraine v. Russland (re Crimea)*, Entsch. v. 16.12.2021, Rs. 20958/14, 38334/18, Rn. 1 ff., abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-207622> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>175</sup> Ausführlich hierzu: *Kälén/Künzli*, *Universeller Menschenrechtsschutz – Der Schutz des Individuums auf globaler und regionaler Ebene*, 4. Aufl. 2019, Rn. 7.50 ff.; *Rainey/McCormick/Ovey*, *Jacobs, White, and Ovey: The European Convention on Human Rights*, 8. Aufl. 2020, S. 27 ff.

Amtszeit abgelehnt wurde. Als Beschwerdeführer muss der Richter behaupten, in seinen Rechten verletzt zu sein. Die Zwangspensionierung wurde zum 1.1.2019 aufgehoben und die wiedereingesetzten Richter so gestellt, als hätte die Zwangspensionierung nicht stattgefunden.<sup>176</sup> Die Rechtsverletzung des Beschwerdeführers entfällt, wenn der beklagte Staat den Eingriff aufhebt, zumindest implizit einen Konventionsverstoß anerkennt und diesen angemessen wiedergutmacht.<sup>177</sup> Dass Polen die geänderte Ruhestandsregelung für die Richter am *OG* und ihre Folgen nach relativ kurzer Zeit wieder rückgängig gemacht hat, lässt darauf schließen, dass dies aufgrund rechtlicher Bedenken geschah. Somit ist die Opfereigenschaft der von der Zwangspensionierung betroffenen Richter entfallen, weshalb diese ihr Recht auf ein faires Verfahren gemäß Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK nicht geltend machen können.

Da die Regelung zum differenzierten Renteneintrittsalter für Frauen und Männer bestehen geblieben ist, können betroffene männliche Richter eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in Bezug auf das Recht auf Achtung des Eigentums gemäß Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 1 Abs. 1 1. ZP vorbringen.

#### **IV. Bewertung der rechtlichen Möglichkeiten der Geltendmachung etwaiger Verletzungen im Rahmen der Individualbeschwerde**

Im Januar 2018 reichte ein polnisches Unternehmen Klage am *EGMR* ein, da in seinem Verfahren vor dem *VerfGH* drei nicht ordnungsgemäß ernannten Verfassungsrichter involviert waren.<sup>178</sup> Diese Richter kamen durch die *PiS*-Regierung ins Amt, obwohl die liberalkonservative Vorgängerregierung kurz vor der Wahl bereits drei andere Richter gewählt hatte. Deren Vereidigung wurde jedoch von Präsident *Duda* verweigert. Nachdem die *PiS* die Wahl gewonnen hatte, wurde die Richterwahl der Vorgängerregierung für ungültig erklärt und drei betreffenden Richter gewählt und vereidigt.<sup>179</sup> Auf diese erste Individualbeschwerde vor dem *EGMR* aufgrund der Reform des polnischen Justizsystems folgten viele weitere. Im Januar 2022 waren 93 Beschwerden beim *EGMR* anhängig, die Fragen zu verschiedenen Aspekten der Reform des Justizsystems in Polen im Rahmen der 2017 und 2018 in Kraft getretenen

<sup>176</sup> Dz. U. 2018 poz. 2507 (Fn. 24), Art. 1 Abs. 4-6.

<sup>177</sup> *Kulick*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/v. Raumer (Fn. 171), Art. 34 Rn. 31.

<sup>178</sup> *EGMR, Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Polen*, Ur. v. 7.5.2021, Rs. 4907/18, Rn. 1, abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210065> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022); siehe auch *Bainczyk*, Die umstrittene Justizreform in Polen, *WeltTrends – Das außenpolitische Journal* 143 (2018), 30 (33).

<sup>179</sup> *EGMR, Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Polen*, Ur. v. 7.5.2021, Rs. 4907/18, Rn. 8 ff., abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210065> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

Gesetze aufwerfen.<sup>180</sup> Am 25.4.2022 teilte der Kanzler des *EGMR* mit, dass der *EGMR* nach Art. 54 Abs. 2 lit. b *EGMR*-Verfahrensordnung der polnischen Regierung 20 Beschwerden zur Kenntnis gebracht und diese aufgefordert hat, schriftlich Stellung zu nehmen.<sup>181</sup> Es ist dabei hervorzuheben, dass der *EGMR* beschlossen hat, dass alle laufenden und künftigen Beschwerden über verschiedene Aspekte der Reform des Justizsystems in Polen vorrangig behandelt werden sollen und daher in Kategorie I fallen.<sup>182</sup> Im Einklang mit der Prioritätspolitik des *EGMR*, angelegt in Art. 41 *EGMR*-Verfahrensordnung, wird diese Prioritätsstufe dringenden Fällen zugewiesen und ist die höchste der insgesamt sieben Stufen.<sup>183</sup> Mittlerweile wurden bereits mehrere Fälle vom *EGMR* entschieden.<sup>184</sup>

Nach Art. 46 Abs. 2, 3, 4, 5 EMRK ist das Ministerkomitee des Europarates mit der Durchführung und Kontrolle der nach Art. 46 Abs. 1 EMRK verbindlichen Urteile des *EGMR* betraut. Bezüglich eines neueren Urteils zur Weigerung, Anträge auf Zuerkennung des Flüchtlingsstatus an der polnischen Grenze anzunehmen, weigerte sich Polen, den vorläufigen Maßnahmen Folge zu leisten, was im Verhältnis des Landes zum Europarat noch nie vorgekommen war.<sup>185</sup> Es war daher eine legitime Annahme, dass sich Polen dem Trend des sogenannten prinzipiellen Widerstands anschließt, gerade hinsichtlich der Implementierung von Urteilen in Bezug auf allgemeine Maßnahmen zur Änderung von Rechtsvorschriften.<sup>186</sup> Dieser Entwicklung steht das Ministerkomitee bis heute ziemlich machtlos gegenüber und gibt sich im Wesentlichen mit Mahnungen an die säumigen Staaten zufrieden.<sup>187</sup> Auch ist hervorzuheben, dass die Dauer der Verfahren vor dem *EGMR* dazu führt, dass selbst bei einer individuellen

---

<sup>180</sup> *EGMR* Press Unit, Press Country Profil – Poland, last updated: January 2022, S. 8, abrufbar unter: [https://echr.coe.int/Documents/CP\\_Poland\\_ENG.pdf](https://echr.coe.int/Documents/CP_Poland_ENG.pdf) (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>181</sup> *Kanzlei des EGMR*, Press Release v. 25.4.2022: Notification of 20 applications concerning judicial independence in Poland, ECHR 136 (2022), S. 1, abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-7314515-9978708> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>182</sup> *Kanzlei des EGMR*, Press Release v. 18.2.2021: Grand Chamber to examine case concerning judicial reform in Poland, ECHR 066 (2021), S. 3, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-6943268-9336044> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>183</sup> *EGMR*, Priority policy, abrufbar unter: [https://www.echr.coe.int/Documents/Priority\\_policy\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Priority_policy_ENG.pdf) (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>184</sup> Siehe **E. I.**

<sup>185</sup> *Bodnar* (Fn. 7), S. 658 f.

<sup>186</sup> Vgl. *ebd.*, S. 659.

<sup>187</sup> *Kälén/Künzli* (Fn. 175), Rn. 7.64.

Wiedergutmachung bereits stattgefunden systematische Veränderungen nicht verhindert werden können.<sup>188</sup>

Der Paukenschlag folgte jedoch am 24.11.2021, als der polnische *VerfGH* entschied, dass Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK, soweit der in dieser Bestimmung verwendete Begriff „Gericht“ den *VerfGH* umfasst, mit Art. 173 i. V. m. Art. 10 Abs. 2, Art. 175 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 1 Verf unvereinbar sei.<sup>189</sup> Auch sei Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK, soweit er dem *EGMR* die Zuständigkeit für die Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Verfahrens zur Wahl der Richter des *VerfGH* einräumt, mit Art. 194 Abs. 1 i. V. m. Art. 8 Abs. 1 Verf unvereinbar.<sup>190</sup> Diese Entscheidung übertrifft noch einmal die von der Verfasserin erwartete Weigerung Polens, den Urteilen des *EGMR* Folge zu leisten und zeigt, mit welcher Ignoranz gegenüber den Verpflichtungen aus der EMRK Polen seine Justizreformen vorantreibt. Die Entscheidung des *VerfGH*, die auf Antrag des Präsidenten der Republik Polens, des *Sejm*, des Außenministers und des polnischen Kommissars für Menschenrechte erging,<sup>191</sup> ist die direkte Reaktion auf das Urteil des *EGMR* im Fall *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Polen*. Hierin stellt der *EGMR* fest, dass soweit einer der drei nicht rechtmäßig gewählten Verfassungsrichter an einer Entscheidung beteiligt sei, kein auf Gesetz beruhendes Gericht, wie es Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK erfordert, entscheide.<sup>192</sup>

Die Generalsekretärin des Europarates, *Marija Pejčinović Burić*, gab als Reaktion auf das Urteil des *VerfGH* noch am 24.11.2021 folgende Erklärung ab: „[...] Das heutige Urteil des polnischen Verfassungsgerichts ist beispiellos und gibt Anlass zu ernster Besorgnis. Wir werden die Begründung des Urteils und seine Auswirkungen sorgfältig bewerten.“<sup>193</sup> In einem Brief an den polnischen Außenminister hat sie am 7.12.2021 Polen offiziell aufgefordert bis zum 7.3.2022 zu erklären, wie das Land vor dem Hintergrund des vor Kurzem ergangenen Urteils des *VerfGH* die wirksame Umsetzung seiner Verpflichtungen gemäß der

<sup>188</sup> *Bodnar* (Fn. 7), S. 659,

<sup>189</sup> *VerfGH*, Urt. v. 24.11.2021, K 6/21, OTK ZU A/2022, poz. 9, Tenor 1.

<sup>190</sup> *Ebd.*, Tenor 2.

<sup>191</sup> *VerfGH*, Urt. v. 24.11.2021, K 6/21, OTK ZU A/2022, poz. 9.

<sup>192</sup> *EGMR*, *Xero Flor w Polsce sp. Z o.o. v. Polen*, Urt. v. 7.5.2021, Rs. 4907/18, Rn. 289 ff., abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210065> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>193</sup> *Europarat Presseraum*, Generalsekretärin des Europarates reagiert auf Urteil des polnischen Verfassungsgerichts, 24.11.2021, abrufbar unter: <https://www.coe.int/de/web/portal/-/council-of-europe-secretary-general-reacts-to-today-s-judgment-from-poland-s-constitutional-tribun-1> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

EMRK gewährleistet wird.<sup>194</sup> Zumindest in den öffentlich zugänglichen Quellen des Europarates lässt sich bisher keine solche Erklärung von Seiten Polens finden.

Nach Art. 46 Abs. 4, 5 EMRK kann das Ministerkomitee mit Zweidrittelmehrheit beschließen, dass der *EGMR* überprüft, ob Polen seiner Verpflichtung aus Art. 46 Abs. 1 EMRK, das endgültige Urteil des *EGMR* zu befolgen, nachkommt oder nicht. Im Zusammenhang damit kann ein Verfahren zum Ausschluss Polens aus dem Europarat nach Art. 8 Satzung des Europarates eingeleitet werden. Dieses rechtliche Vorgehen ist jedoch auch nach politischen Gesichtspunkten zu beurteilen: Ein Ausschluss muss nicht nur rechtlich begründet, sondern auch politisch gewollt sein. Und ob dies der Fall ist, kann bezweifelt werden. Schließlich gehen mit einem Ausschluss aus dem Europarat auch wertvolle Kommunikationswege verloren und die enge Verbindung zwischen den Mitgliedstaaten zum Schutz und zur Förderung der Ideale und Grundsätze, die ihr gemeinsames Erbe bilden, wie sie in Art. 1 lit. a Satzung des Europarates vorgesehen ist, kann so nicht mehr aufrechterhalten werden.

## **E. Die polnischen Justizreformen betreffende Fälle vor dem *EGMR***

In Hinblick auf die polnischen Justizreformen sind mittlerweile viele Fälle anhängend und einige bereits entschieden. Nachfolgend werden die bereits ergangenen Urteile skizziert und Besonderheiten, vor allem im Hinblick auf die in dem vorliegenden Beitrag behandelten Aspekte, hervorgehoben. Anschließend folgt eine exemplarische Darstellung aktuell anhängiger Fälle.

### **I. Bereits entschiedene Fälle**

Mittlerweile hat der *EGMR* bereits sechs Fälle entschieden, die sich mit Aspekten der Reformen des polnischen Justizsystems ab 2015 auseinandersetzen.

#### **1. *Xero Flor w Polsce sp. Z o.o. v. Polen*, Urt. v. 7.5.2021**

Das Urteil im Fall *Xero Flor w Polsce sp. Z o.o. v. Polen*<sup>195</sup> ist das erste des *EGMR*, welches die polnischen Justizreformen seit 2015 zum Gegenstand hat. Die bereits erwähnte<sup>196</sup> festgestellte Verletzung von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK im Hinblick

---

<sup>194</sup> *Europarat Presseraum*, Generalsekretärin möchte von Polen wissen, wie es die EMRK wirksam umzusetzen beabsichtigt, 7.12.2021, abrufbar unter: <https://www.coe.int/de/web/portal/-/secretary-general-asks-poland-how-it-intends-to-ensure-effective-implementation-of-echr> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>195</sup> *EGMR, Xero Flor w Polsce sp. Z o.o. v. Polen*, Urt. v. 7.5.2021, Rs. 4907/18, abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210065> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>196</sup> Siehe **D. IV**.

darauf, dass kein auf Gesetz beruhendes Gericht entscheidet, wenn bei dieser Entscheidung einer oder mehrere der drei nicht ordnungsgemäß gewählten Verfassungsrichter beteiligt sind,<sup>197</sup> wurde einstimmig gefasst.<sup>198</sup> Die Verletzung wurde anhand der drei Kriterien, welche der EGMR im Fall *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Island (GK)* entwickelt hat<sup>199</sup>, geprüft und festgestellt: Es lagen offensichtliche Verstöße gegen das innerstaatliche Recht vor,<sup>200</sup> diese Verstöße betrafen grundlegende Regeln des Verfahrens zur Ernennung von Richtern<sup>201</sup> und der Parteivortrag in Bezug auf das Recht auf ein „auf Gesetz beruhendes Gericht“ wurde von den polnischen Gerichten nicht wirksam überprüft und es waren keine Rechtsmittel vorgesehen.<sup>202</sup>

Anzumerken ist hierbei, dass der polnische Richter am EGMR *Krzysztof Wojtyczek* in seinem ausführlichen Sondervotum zwar dem Ergebnis, der Verletzung von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK in Bezug auf ein auf Gesetz beruhendes Gericht zustimmt, jedoch nicht dessen Begründung.<sup>203</sup> Er moniert unter anderem, dass „die Argumentation in dieser Rechtssache leider durch das etwas schwammige und ungefähre Bild des innerstaatlichen Rechts beeinträchtigt wird, das mit der

---

<sup>197</sup> EGMR, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Polen*, Urt. v. 7.5.2021, Rs. 4907/18, Rn. 289 ff., abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210065> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>198</sup> *Ebd.*, Rn. 303.3.

<sup>199</sup> EGMR (*Große Kammer*), *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Island*, Urt. v. 1.12.2020, Rs. 26374/18, Rn. 244 ff., abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-206582> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>200</sup> EGMR, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Polen*, Urt. v. 7.5.2021, Rs. 4907/18, Rn. 255 ff., abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210065> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022); vgl. EGMR (*Große Kammer*), *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Island*, Urt. v. 1.12.2020, Rs. 26374/18, Rn. 244 f., abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-206582> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>201</sup> EGMR, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Polen*, Urt. v. 7.5.2021, Rs. 4907/18, Rn. 276 ff., abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210065> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022); vgl. EGMR (*Große Kammer*), *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Island*, Urt. v. 1.12.2020, Rs. 26374/18, Rn. 246 f., abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-206582> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>202</sup> EGMR, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Polen*, Urt. v. 7.5.2021, Rs. 4907/18, Rn. 288, abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210065> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022); vgl. EGMR (*Große Kammer*), *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Island*, Urt. v. 1.12.2020, Rs. 26374/18, Rn. 248 ff., abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-206582> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>203</sup> EGMR, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Polen*, Urt. v. 7.5.2021, Rs. 4907/18, Sondervotum *Krzysztof Wojtyczek*, Rn. 1, abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210065> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).



verzerrten Darstellung der Rechtsprechung des Gerichtshofs zusammenspielt, wobei alle gegenteiligen Präzedenzfälle sorgfältig ausgelassen werden.<sup>204</sup>

## 2. *Broda und Bojara v. Polen*, Urt. v. 29.6.2021

Im Fall *Broda und Bojara v. Polen* befasste sich der EGMR mit zwei vor Ende ihrer Amtszeit durch den Justizminister abgesetzten Vizepräsidenten des *Regionalgerichts* in Kielce.<sup>205</sup> Der EGMR stellte mit sechs Stimmen zu einer fest,<sup>206</sup> dass Polen das Recht der Kläger auf Zugang zu einem Gericht nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK in seinem Kern verletzt hat, da die vorzeitige Beendigung der Amtszeit der Kläger als Vizepräsidenten eines Gerichts weder von einem ordentlichen Gericht noch von einem anderen Organ, das richterliche Aufgaben wahrnimmt, geprüft worden war.<sup>207</sup> Dies entspricht, mit dem selben Verweis auf Rn. 121 im Fall *Baka v. Ungarn (GK)*,<sup>208</sup> der unter **C. II. 3.** vorgenommenen Beurteilung.

Der polnische Richter am EGMR *Krzysztof Wojtyczek* verfasste zu diesem Urteil eine abweichende Meinung, denn er teilt nicht die Auffassung der Mehrheit, dass Art. 6 EMRK im vorliegenden Fall anwendbar sei und infolgedessen könne Art. 6 EMRK auch nicht verletzt sein.<sup>209</sup> Er hat Einwände gegen die Art und Weise, wie der EGMR sein Urteil begründet.<sup>210</sup> Gleichzeitig möchte er jedoch klarstellen, dass er die Bedenken der Mehrheit hinsichtlich der Vereinbarkeit der gesetzlichen Regelungen, um die es in diesem Fall geht, mit den objektiven Standards der Rechtsstaatlichkeit und den in Polen geltenden verfassungsrechtlichen Vorschriften teilt.<sup>211</sup>

---

<sup>204</sup> EGMR, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Polen*, Urt. v. 7.5.2021, Rs. 4907/18, Sondervotum *Krzysztof Wojtyczek*, Rn. 20, abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210065> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>205</sup> EGMR, *Broda und Bojara v. Polen*, Urt. v. 29.6.2021, Rs. 26691/18, 27367/18, Rn. 5 ff., abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210693> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>206</sup> *Ebd.*, Rn. 157.3.

<sup>207</sup> *Ebd.*, Rn. 149.

<sup>208</sup> EGMR (*Große Kammer*), *Baka v. Ungarn*, Urt. v. 23.6.2016, Rs. 20261/12, Rn. 121, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-163113> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>209</sup> EGMR, *Broda und Bojara v. Polen*, Urt. v. 29.6.2021, Rs. 26691/18, 27367/18, Sondervotum *Krzysztof Wojtyczek*, vor Rn. 1, abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210693> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>210</sup> *Ebd.*, Rn. 1 ff.

<sup>211</sup> *Ebd.*, vor Rn. 1.

### 3. *Reczkowicz v. Polen*, Urt. v. 22.7.2021

Im Fall *Reczkowicz v. Polen* beschwerte sich die Anwältin *Joanna Rekowicz* darüber, dass die *Disziplinarkammer* des *OG*, die mit ihrem Fall befasst war, kein unabhängiges und unparteiisches, auf Gesetz beruhendes Gericht gewesen sei und daher Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK verletzt ist.<sup>212</sup> Sie behauptete, dass die neue *Disziplinarkammer* politisch motiviert sei und dass ihr eigentliches Ziel darin bestehe, jeglichen juristischen Widerstand gegen die von der derzeitigen Regierung vorgenommenen Änderungen im polnischen Rechtssystem zu unterdrücken.<sup>213</sup> Der *EGMR* stellt anhand der drei im Fall *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Island (GK)*<sup>214</sup> entwickelten Kriterien fest,<sup>215</sup> dass die *Disziplinarkammer* des *OG* kein auf Gesetz beruhendes Gericht, wie es Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK vorsieht, ist.<sup>216</sup> Da die Prüfung, ob ein Gericht unabhängig und unparteiisch ist, ebenso wie die Frage, ob es sich um ein auf Gesetz beruhendes Gericht handelt, mit demselben grundlegenden Problem eines inhärent mangelhaften Verfahrens für die Ernennung von Richtern zusammenhängt, bedurfte eine Verletzung diesbezüglich keiner weiteren Prüfung und der *EGMR* stellte auch hier eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK fest.<sup>217</sup>

Auch bei diesem Urteil stimmt der polnische Richter am *EGMR* *Krzysztof Wojtyczek* dem Ergebnis zu, jedoch nicht der Begründung.<sup>218</sup>

### 4. *Dolinska-Ficek und Ozimek v. Polen*, Urteil vom 8.11.2021

Die Richterin *Monika Dolińska-Ficek* und der Richter *Artur Ozimek* bewarben sich jeweils um eine andere Richterstelle, wurden jedoch vom LRJ nicht für diese Stelle empfohlen.<sup>219</sup> Sie rügten, dass die *Kammer für außerordentliche Revision und öffentliche Angelegenheiten* des *OG*, die ihre Beschwerden gegen die Beschlüsse des

<sup>212</sup> *EGMR, Reczkowicz v. Polen*, Urt. v. 22.7.2021, Rs. 43447/19, Rn. 1 abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-211127> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>213</sup> *Ebd.*, Rn. 187, 190.

<sup>214</sup> *EGMR (Große Kammer), Guðmundur Andri Ástráðsson v. Island*, Urt. v. 1.12.2020, Rs. 26374/18, Rn. 244 ff., abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-206582> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>215</sup> *EGMR, Reczkowicz v. Polen*, Urt. v. 22.7.2021, Rs. 43447/19, Rn. 226 ff. abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-211127> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>216</sup> *Ebd.*, Rn. 280 ff.

<sup>217</sup> *Ebd.*, Rn. 284.

<sup>218</sup> *Ebd.*, Sondervotum *Krzysztof Wojtyczek*, vor Rn. 1.

<sup>219</sup> *EGMR, Dolinska-Ficek und Ozimek v. Polen*, Urt. v. 8.11.2021, Rs. 49868/19 und 57511/19, Rn. 1, abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-213200> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

LRJ geprüft hatte, kein unabhängiges und unparteiisches, auf Gesetz beruhendes Gericht, gewesen sei, da sie sich aus vom LRJ empfohlenen Richtern zusammengesetzt habe.<sup>220</sup> Auch hier wendet der *EGMR* die drei *Ástráðsson*-Kriterien an.<sup>221</sup> Hervorzuheben ist, dass der *EGMR* gleich zwei offensichtliche Verstöße gegen das innerstaatliche Recht feststellt: die in Urteilen des *VerfGH* festgestellte fehlende Unabhängigkeit des LRJ von der Exekutive und der Legislative<sup>222</sup> sowie die Ernennung von Richtern für die *Kammer für außerordentliche Revision und öffentliche Angelegenheiten* durch den polnischen Präsidenten trotz der Aussetzung der Umsetzung der LRJ-Resolution Nr. 331/2018 bis zur gerichtlichen Überprüfung.<sup>223</sup> Da auch die zwei anderen *Ástráðsson*-Kriterien erfüllt sind, stellt der *EGMR* eine Verletzung des Rechts auf ein auf Gesetz beruhendes<sup>224</sup> sowie unabhängiges und unparteiisches Gericht<sup>225</sup> aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK fest.

Anzumerken ist hierbei, dass die Beurteilung der fehlenden Unabhängigkeit des LRJ durch den *VerfGH* im Gegensatz zu der Beurteilung unter **B. II. 1. a) aa)** aus der Perspektive des polnischen Rechts stattfand. Jedoch spricht der *EGMR* von „überzeugenden und schlagkräftigen Argumenten des *VerfGH*,“<sup>226</sup> Dies kann dahingehend verstanden werden, dass der *EGMR*, wenn er es zu entscheiden hätte, zum selben und damit anderen Ergebnis als unter **B. II. 1. a) aa)** festgestellt, kommen würde. Damit würde sich die bereits 2012 in der Literatur geäußerte Hoffnung, der *EGMR* möge in Zukunft bezüglich der Ernennung von Richtern durch die Exekutive einen kritischen Kurs verfolgen, wenn ein offensichtlicher Anlass dazu bestehe,<sup>227</sup> doch noch erfüllen. Dafür spricht auch die Ausführung des *EGMR* im Rahmen von Art. 46 EMRK in Bezug auf die Verbindlichkeit und die Durchführung des Urteils:

Nach den Feststellungen des Gerichtshofs hat die Verletzung der Rechte der Beschwerdeführer ihren Ursprung in den Änderungen der polnischen Rechtsvorschriften, durch die der polnischen Justiz das Recht genommen wurde, die richterlichen Mitglieder des Landesrates für Justizwesen der Republik Polen zu wählen, und die es der Exekutive und der Legislative ermöglichten, direkt oder

---

<sup>220</sup> *EGMR*, *Dolinska-Ficez* und *Ożimek v. Polen*, Urt. v. 8.11.2021, Rs. 49868/19 und 57511/19, Rn. 237, abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-213200> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>221</sup> *Ebd.*, Rn. 282.

<sup>222</sup> *Ebd.*, Rn. 290 ff.

<sup>223</sup> *Ebd.*, Rn. 321 ff.

<sup>224</sup> *Ebd.*, Rn. 353 ff.

<sup>225</sup> *Ebd.*, Rn. 356 f.

<sup>226</sup> *Ebd.*, Rn. 322.

<sup>227</sup> *Müller* (Fn. 61), S. 44.

indirekt in das Verfahren zur Ernennung der Richter einzugreifen, wodurch die Legitimität eines Gerichts, das sich aus den auf diese Weise ernannten Richtern zusammensetzt, systematisch beeinträchtigt wurde. In dieser Situation und im Interesse der Rechtsstaatlichkeit sowie der Grundsätze der Gewaltenteilung und der Unabhängigkeit der Justiz ist eine rasche Abhilfe seitens des polnischen Staates erforderlich.<sup>228</sup>

Dass die polnische Regierung keinen Anlass dazu sieht, beweist unter anderem das bereits besprochene<sup>229</sup> Urteil des *VerfGH*.<sup>230</sup>

### 5. *Advance Pharma Sp. Z o.o v. Polen*, Urt. v. 3.2.2022

Im Fall von *Advance Pharma Sp. Z o.o v. Polen* legte das klagende Unternehmen Berufung beim *OG* ein. Das Gremium aus drei Richtern der *Zivilkammer* des *OG*, das die Berufung prüfte und abwies, setzte sich ausschließlich aus Richtern zusammen, die im Rahmen des Verfahrens des 2018 eingerichteten neuen LRJ neu ernannt wurden.<sup>231</sup> Die Klägerin machte daher geltend, dass es sich bei dieser *Zivilkammer* des *OG* um kein unabhängiges und unparteiisches, auf Gesetz beruhendes Gericht, so wie es Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK gewährt, handelt.<sup>232</sup> Auch in diesem Fall betont der *EGMR*,

dass seine Aufgabe in der vorliegenden Rechtssache nicht darin besteht, die Rechtmäßigkeit der Umstrukturierung der polnischen Justiz insgesamt zu prüfen, sondern, wie er es in den früheren ähnlichen Rechtssachen getan hat, die Umstände zu beurteilen, die für das Verfahren zur Ernennung von Richtern für die *Zivilkammer* des *Obersten Gerichtsbofs* im Rahmen des durch das Änderungsgesetz von 2017 geschaffenen LRJ relevant sind [...].<sup>233</sup>

Zur Beurteilung nimmt der *EGMR* auch die Verfahren vor den polnischen Gerichten, dem *EuGH* und der KOM, Resolutionen des Europäischen Parlaments, das Monitoring-Verfahren der parlamentarischen Versammlung des Europarates und dessen Resolutionen, sowie verschiedene Berichte der Organe des Europarates, der UN, des OSZE/*ODHIR* und des *ENCJ* „juristisch zur

<sup>228</sup> *EGMR*, *Dolinska-Ficez* und *Ozjimek v. Polen*, Urt. v. 8.11.2021, Rs. 49868/19 und 57511/19, Rn. 368, abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-213200> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>229</sup> Siehe **D. IV**.

<sup>230</sup> *VerfGH*, Urt. v. 24.11.2021, K 6/21, OTK ZU A/2022, poz. 9.

<sup>231</sup> *EGMR*, *Advance Pharma Sp. z o.o v. Polen*, Urt. v. 3.2.2022, Rs. 1469/20, Rn. 1, abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-215388> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>232</sup> *Ebd.*

<sup>233</sup> *Ebd.*, Rn. 227.

Kenntnis[.]<sup>234</sup> Diese Dokumente wurden auch in dem vorliegenden Beitrag bereits zur Beurteilung herangezogen.

Der EGMR stellt auch in diesem Fall fest, dass es sich, wie im Fall *Dolinska-Ficez* und *Ożimek v. Polen*<sup>235</sup>, anhand der angewendeten drei *Ástráðsson*-Kriterien<sup>236</sup> bei der *Zivilkammer* des OG nicht um ein unabhängiges und unparteiisches, auf Gesetz beruhendes Gericht, wie es Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK verlangt, handelt.<sup>237</sup>

Interessant sind die Ausführungen des EGMR, welche er im Rahmen von Art. 46 EMRK trifft: Einerseits sieht er von detaillierten Hinweisen ab und beschränkt seine Überlegungen auf allgemeine Empfehlungen.<sup>238</sup> Andererseits stellt er fest, dass es

jedoch eine unausweichliche Schlussfolgerung [ist], dass die weitere Tätigkeit des LRJ in der Form des Änderungsgesetzes von 2017 und seine Beteiligung an dem Verfahren zur Ernennung von Richtern die oben vom Gerichtshof festgestellte systemische Dysfunktion aufrechterhält und in Zukunft zu potenziell mehrfachen Verletzungen des Rechts auf ein ‘unabhängiges und unparteiisches, auf Gesetz beruhendes Gericht‘ führen kann, was zu einer weiteren Verschärfung der Krise der Rechtsstaatlichkeit in Polen führt.<sup>239</sup>

Auch in diesem Fall hat der polnische Richter am EGMR *Krzysztof Wojtyczek* „gewisse Einwände bezüglich der Argumentation des Gerichts[.]“<sup>240</sup>

## 6. *Grzęda v. Polen*, Urt. der GK v. 15.3.2022

Im Fall des Richters *Grzęda*, einem Richter am polnischen *Obersten Verwaltungsgericht*, dessen Mandat im LRJ vorzeitig beendet wurde und dem kein

<sup>234</sup> EGMR, *Advance Pharma Sp. z o.o v. Polen*, Urt. v. 3.2.2022, Rs. 1469/20, Rn. 228, abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-215388> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>235</sup> EGMR, *Dolinska-Ficez* und *Ożimek v. Polen*, Urt. v. 8.11.2021, Rs. 49868/19 und 57511/19, Rn. 353 ff., abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-213200> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>236</sup> EGMR, *Advance Pharma Sp. z o.o v. Polen*, Urt. v. 3.2.2022, Rs. 1469/20, Rn. 305 ff., abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-215388> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>237</sup> EGMR, *Advance Pharma Sp. z o.o v. Polen*, Urt. v. 3.2.2022, Rs. 1469/20, Rn. 349 ff., abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-215388> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>238</sup> *Ebd.*, Rn. 364.

<sup>239</sup> *Ebd.*, Rn. 365.

<sup>240</sup> *Ebd.*, Sondervotum *Krzysztof Wojtyczek*, vor Rn. 1.

Rechtsweg offen stand, die vorzeitige Beendigung anzufechten,<sup>241</sup> fand am 19.5.2021 eine mündliche Anhörung vor der *GK* des *EGMR* statt.<sup>242</sup> Der Fall wurde nach Art. 30 EMRK, Art. 72 Abs. 4 EGMR-Verfahrensordnung an die *GK* des *EGMR* abgegeben.<sup>243</sup> Der Einspruch Polens dagegen wurde aufgrund seiner Ungültigkeit nach Art. 30 EMRK i. V. m. Art. 72 Abs. 1, Abs. 4 EGMR-Verfahrensordnung als unwirksam angesehen.<sup>244</sup>

Der vorliegende Fall warf „ein neues Problem auf, nämlich die Frage, ob Art. 6 Abs. 1 EMRK in seiner zivilrechtlichen Fassung auf eine Streitigkeit anwendbar ist, die sich aus der vorzeitigen Beendigung des Mandats des Klägers als richterliches Mitglied des LRJ ergibt, während er noch im Amt war.“<sup>245</sup> Die unter den Parteien strittige Frage, ob im vorliegenden Fall ein echter und ernsthafter Streit über ein „Recht“, namentlich ein solches auf eine volle Amtszeit von vier Jahren als richterliches Mitglied des LRJ, besteht, welches der Beschwerdeführer aus vertretbaren Gründen nach innerstaatlichem Recht geltend machen konnte,<sup>246</sup> welches Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 1 EMRK in seiner zivilrechtlichen Ausprägung ist,<sup>247</sup> bejahte der *EGMR*.<sup>248</sup> Um zu prüfen, ob dieses „Recht“ ein zivilrechtliches i. S. v.

---

<sup>241</sup> *EGMR (Große Kammer), Grzęda v. Polen*, Urt. v. 15.3.2022, Rs. 43572/18, Rn. 1, 29 ff. abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-216400> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>242</sup> Eine Videoaufnahme der mündlichen Verhandlung v. 19.5.2021 ist abrufbar unter: [https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=hearings&w=4357218\\_19052021&language=en&c=&py=2021](https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=hearings&w=4357218_19052021&language=en&c=&py=2021) (zuletzt abgerufen am 4.7.2022); vgl. *Kanzlei des EGMR* (Fn. 182), S. 1 ff.

<sup>243</sup> *Kanzlei des EGMR* (Fn. 182), S. 1, 3.

<sup>244</sup> *Ebd.*, S. 2 f. Diese Entscheidung wurde in der Literatur teilweise sehr kritisiert, stellvertretend hierfür *Talmon*, Relinquishment of jurisdiction contra legem: The European Court of Human Rights' decision in *Grzęda v. Poland*, 22.7.2021, EJIL:TALK!, abrufbar unter: <https://www.ejiltalk.org/relinquishment-of-jurisdiction-contra-legem-the-european-court-of-human-rights-decision-in-grzeda-v-poland/> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022), darauf einzugehen würde jedoch den Rahmen dieses Beitrages sprengen.

<sup>245</sup> *EGMR (Große Kammer), Grzęda v. Polen*, Urt. v. 15.3.2022, Rs. 43572/18, Rn. 265, abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-216400> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>246</sup> Dafür: Beschwerdeführer *Grzęda*, *ebd.*, Rn. 192, 203; dagegen: Beklagte *Polen*, *ebd.*, Rn. 173.

<sup>247</sup> *Ebd.*, Rn. 257.

<sup>248</sup> *Ebd.*, Rn. 286.

Art. 6 Abs. 1 EMRK ist, wendet der EGMR den *Eskelinen*-Test<sup>249</sup> an.<sup>250</sup> Demnach ist Art. 6 Abs. 1 EMRK in seiner zivilrechtlichen Ausprägung auf einen Staatsbediensteten nur nicht anwendbar, wenn der beklagte Staat darlegen kann, dass dem Beschwerdeführer auch nach nationalem Recht kein Zugang zu einem Gericht gewährt wird und dieser Ausschluss des Rechtsschutzes durch objektive Gründe des staatlichen Interesses gerechtfertigt ist.<sup>251</sup> Die streitige Frage unter den Parteien, ob Richter *Grzęda* nach nationalem Recht kein Zugang zu einem Gericht gewährt wird,<sup>252</sup> lässt der EGMR im Hinblick darauf, dass dies nicht relevant ist, wenn das zweite Kriterium nicht erfüllt ist, offen.<sup>253</sup> Eine Rechtfertigung des möglicherweise ausgeschlossenen Rechtsschutzes durch objektive Gründe des staatlichen Interesses, dem zweiten Kriterium des *Eskelinen*-Test, erkennt der EGMR nicht an.<sup>254</sup>

Die Stellung des Beschwerdeführers als gewähltes richterliches Mitglied des LRJ, des Organs, das verfassungsrechtlich für die Wahrung der richterlichen Unabhängigkeit zuständig ist, wurde von Gesetzes wegen vorzeitig beendet, ohne dass die Rechtmäßigkeit dieser Maßnahme gerichtlich überprüft wurde. Der Ausschluss des Beschwerdeführers von einer grundlegenden Garantie zum Schutz eines einklagbaren Freiheitsrechts, das eng mit dem Schutz der richterlichen Unabhängigkeit verbunden ist, kann nicht als im Interesse eines Rechtsstaats liegend angesehen werden.<sup>255</sup>

Weil Art. 6 Abs. 1 EMRK in seiner zivilrechtlichen Ausprägung somit anwendbar ist<sup>256</sup> und weil die Achtung der Menschenrechte, wie sie in der EMRK und den Protokollen definiert sind, eine Prüfung in der Sache selbst erfordert

---

<sup>249</sup> Vgl. hierzu auch die Ausführungen in Bezug auf die Zwangspensionierung von Richtern unter **B. II. 1. b) aa)**: Anhand des *Eskelinen*-Test wird im vorliegenden Beitrag ebenfalls von einer Anwendung von Art. 6 Abs. 1 EMRK in seiner zivilrechtlichen Ausprägung ausgegangen.

<sup>250</sup> EGMR (*Große Kammer*), *Grzęda v. Polen*, Urt. v. 15.3.2022, Rs. 43572/18, Rn. 261 ff., abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-216400> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>251</sup> EGMR (*Große Kammer*), *Vilho Eskelinen und andere v. Finnland*, Urt. v. 19.4.2007, Rs. 63235/00, Rn. 62, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80249> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>252</sup> Dagegen: Beschwerdeführer *Grzęda*, EGMR (*Große Kammer*), *Grzęda v. Polen*, Urt. v. 15.3.2022, Rs. 43572/18, Rn. 196, abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-216400> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022); dafür: Beklagte *Polen*, *ebd.*, Rn. 180.

<sup>253</sup> *Ebd.*, Rn. 294.

<sup>254</sup> *Ebd.*, Rn. 325, 328.

<sup>255</sup> *Ebd.*, Rn. 326.

<sup>256</sup> *Ebd.*, Rn. 328.

und daher auch keine Unzulässigkeit nach Art. 35 Abs. 3 lit. b EMRK vorliegt,<sup>257</sup> erklärt der *EGMR* die Beschwerde daher für zulässig.<sup>258</sup> Unter Hinweis seiner Darlegungen in der ausführlichen Anwendbarkeitsprüfung von Art. 6 Abs. 1 EMRK in seiner zivilrechtlichen Ausprüfung stellt der *EGMR* konsequent eine Verletzung des Rechts von Richter *Grzęda* auf Zugang zu einem Gericht aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK fest.<sup>259</sup> Er hebt zudem hervor, dass der Fall des Beschwerdeführers ein Beispiel für die allgemeine Entwicklung, dass in Polen infolge der zahlreichen Reformen die Justiz, ein autonomer Zweig der Staatsgewalt, der Einmischung der Exekutive und Legislative ausgesetzt und dadurch erheblich geschwächt wurde, ist.<sup>260</sup> Eine mögliche Verletzung von Art. 13 EMRK ist vorliegend subsidiär zu der festgestellten Verletzung von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK.<sup>261</sup>

Die Verletzung von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK wurde mit sechzehn Stimmen zu einer festgestellt.<sup>262</sup> Der belgische Richter *Paul Lemmens*, der im Ergebnis zwar für eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK stimmte, monierte allerdings, dass die *GK* die Gelegenheit, die Methodik zu klären, die bei der Auslegung und Anwendung von Art. 6 Abs. 1 EMRK in Fällen anzuwenden ist, in denen der Streit auf nationaler Ebene die Rechtmäßigkeit einer Entscheidung betrifft, die die Rechte einer Person beeinträchtigt, die im öffentlichen Dienst beschäftigt ist, nicht nutzte, sondern sogar einige verwirrende Anwendungen etablierter Grundsätze enthält.<sup>263</sup>

Die Gegenstimme kam, wie in den Fällen zuvor auch schon, vom polnischen Richter am *EGMR* *Krzysztof Wojtyczek*, der seine Argumentationslinie aufrechterhält, dass Art. 6 EMRK seiner Meinung nach nicht anwendbar ist und daher nicht verletzt sein kann.<sup>264</sup> Darüber hinaus hat er ernsthafte Vorbehalte

---

<sup>257</sup> *EGMR (Große Kammer), Grzęda v. Polen*, Urt. v. 15.3.2022, Rs. 43572/18, Rn. 332, abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-216400> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022)

<sup>258</sup> *Ebd.*, Rn. 334.

<sup>259</sup> *Ebd.*, Rn. 349 f.

<sup>260</sup> *Ebd.*, Rn. 348.

<sup>261</sup> *Ebd.*, Rn. 352; vgl. hierzu auch die gleichlautenden Ausführungen unter **B. II. 1. b) dd**).

<sup>262</sup> *EGMR (Große Kammer), Grzęda v. Polen*, Urt. v. 15.3.2022, Rs. 43572/18, Rn. 365.2., abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-216400> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>263</sup> *EGMR (Große Kammer), Grzęda v. Polen*, Urt. v. 15.3.2022, Rs. 43572/18, Sondervotum *Paul Lemmens*, Rn. 1,3, abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-216400> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>264</sup> *Ebd.*, Sondervotum *Krzysztof Wojtyczek*, vor Rn. 1.



gegen das im vorliegenden Fall angewandte Verfahren.<sup>265</sup> Er schließt seine ausführlichen Ausführungen mit der Feststellung, dass „[d]ieses Urteil [...] kein Beispiel für die beste Praxis bei der Umsetzung und Wahrung der Rechtsstaatlichkeit“<sup>266</sup> ist.

Dafür, dass die Feststellung einer Verletzung von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK an sich eine ausreichende gerechte Entschädigung für den dem Beklagten entstandenen immateriellen Schaden darstellt, wurde mit fünfzehn Stimmen zu zwei gestimmt.<sup>267</sup> Diese zwei abweichenden Stimmen sind die von Richter *Georgios Serghides* aus Zypern und Richter *Gilberto Felici* aus San Marino, die der Ansicht sind, dass die Feststellung der Verletzung eines Konventionsrechts an sich keine gerechte Entschädigung für den Beschwerdeführer darstellen kann, da ersteres eine Voraussetzung für letzteres ist und deshalb nicht dasselbe ist.<sup>268</sup> Selbst falls dem nicht so sei, sind sie der Ansicht, dass unter den besonderen Umständen des vorliegenden Falles der Beschwerdeführer eine gerechte Entschädigung für den Schaden erhalten soll,<sup>269</sup> dessen Summe sie jedoch, weil sie diesbezüglich in der Minderheit sind, nicht festlegen.<sup>270</sup>

## 7. Vorläufige Maßnahmen nach Art. 39 EGMR-Verfahrensordnung

Neben den gerade genannten Urteilen hat der EGMR auch vorläufige Maßnahmen nach Art. 39 EGMR-Verfahrensordnung bezeichnet, die Polen im Interesse der Parteien oder eines ordnungsgemäßen Verfahrensablaufs ergreifen soll. Sie betreffen zwei Fallkonstellationen:

Im Fall *Wróbel v. Polen*<sup>271</sup> forderte der EGMR am 8.2.2022 auf Antrag des Beschwerdeführers *Włodzimierz Wróbel*, einem Richter am OG, die polnische Regierung auf, dafür zu sorgen, dass das Verfahren zur Aufhebung seiner richterlichen Immunität den Anforderungen an ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK entspricht, insbesondere dem Erfordernis eines unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gerichts, und dass die

<sup>265</sup> EGMR (Große Kammer), *Grzęda v. Polen*, Urte. v. 15.3.2022, Rs. 43572/18, Sondervotum *Krzysztof Wojtyczek*, vor Rn. 1, abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-216400> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022)..

<sup>266</sup> *Ebd.*, Rn. 7.3.

<sup>267</sup> EGMR (Große Kammer), *Grzęda v. Polen*, Urte. v. 15.3.2022, Rs. 43572/18, Rn. 365.4., abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-216400> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>268</sup> *Ebd.*, Sondervotum *Gerogidos Serghides* und *Gilberto Felici*, Rn. 7.

<sup>269</sup> *Ebd.*, Sondervotum *Gerogidos Serghides* und *Gilberto Felici*, Rn. 8.

<sup>270</sup> *Ebd.*, Sondervotum *Gerogidos Serghides* und *Gilberto Felici*, Rn. 10.

<sup>271</sup> EGMR, *Wróbel v. Poland* (kommunizierter Fall), Rs. 6904/22, abrufbar unter <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-217087> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

*Disziplinarkammer* des *OG* bis zur endgültigen Entscheidung über seine Beschwerden durch den *EGMR* keine Entscheidung in Bezug auf seine Immunität trifft.<sup>272</sup> Die selbe Maßnahme bezeichnete der *EGMR* am 14.4.2022<sup>273</sup> im gleichgelagerten Fall *Stepka v. Polen*.<sup>274</sup>

In den Fällen *Synakiewicz v. Polen*,<sup>275</sup> *Niklas-Bibik v. Polen*,<sup>276</sup> *Piekarska-Drażek v. Polen*<sup>277</sup> und *Hetnarowicz-Sikora v. Polen*<sup>278</sup> forderte der *EGMR* am 24.3.2022 auf Antrag der Beschwerdeführer und Beschwerdeführerinnen die polnische Regierung dazu auf, dass sie ihm und den Beschwerdeführer und Beschwerdeführerinnen den Termin für eine etwaige Anhörung (*rozprawa*) oder eine Sitzung unter Ausschluss der Öffentlichkeit (*posiedzenie*), die in den Rechtssachen der Beschwerdeführer und Beschwerdeführerinnen vor der *Disziplinarkammer* des *OG* anberaumt wird, mit einer Frist von 72 Stunden mitteilen soll.<sup>279</sup> Den Beschwerdeführern und Beschwerdeführerinnen, alle Richter und Richterinnen, droht die Suspendierung, weil sie in ihren richterlichen Entscheidungen die Rechtsprechung des *EGMR* und die Urteile des *EuGH*, insbesondere in Bezug auf die *Disziplinarkammer* des *OG* und den LRJ, angewendet haben.<sup>280</sup> Die selbe Maßnahme bezeichnete der *EGMR* am

---

<sup>272</sup> *Kanzlei des EGMR*, Press Release v. 8.2.2022: Interim measures in the case of Polish Supreme Court judge's immunity, ECHR 042 (2022), S. 1, abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-7254445-9876409> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>273</sup> *Kanzlei des EGMR*, Press Release v. 14.4.2022: Interim measures in another case of Polish Supreme Court judge's immunity, ECHR 131 (2022), S. 1, abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-7310815-9972372> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>274</sup> *EGMR*, *Stepka v. Polen*, Rs. 18001/22 (noch keine offiziellen Rechtsdokumente auf HUDOC eingestellt).

<sup>275</sup> *EGMR*, *Synakiewicz v. Polen*, Rs. 46453/21 (noch keine offiziellen Rechtsdokumente auf HUDOC eingestellt).

<sup>276</sup> *EGMR*, *Niklas-Bibik v. Polen*, Rs. 8687/22 (noch keine offiziellen Rechtsdokumente auf HUDOC eingestellt).

<sup>277</sup> *EGMR*, *Piekarska-Drażek v. Polen*, Rs. 8076/22 (noch keine offiziellen Rechtsdokumente auf HUDOC eingestellt).

<sup>278</sup> *EGMR*, *Hetnarowicz-Sikora v. Polen*, Rs. 9988/22 (noch keine offiziellen Rechtsdokumente auf HUDOC eingestellt).

<sup>279</sup> *Kanzlei des EGMR*, Press Release v. 24.3.2022: Interim measures in cases concerning charges brought against Polish judges, ECHR 104 (2022), S. 1 f., abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-7293770-9941557> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>280</sup> *Ebd.*, S. 1.

31.3.2022<sup>281</sup> im gleichgelagerten Fall *Głowacka v. Polen*.<sup>282</sup>

## II. Anhängige Fälle

Wie bereits erwähnt waren bezüglich verschiedener Aspekte der Reform des Justizsystems in Polen 93 Beschwerden beim EGMR anhängig<sup>283</sup> und am 25.4.2022 wurden der polnischen Regierung 20 weitere Klagen zur Kenntnis- und Stellungnahme übermittelt.<sup>284</sup> Exemplarisch werden nachfolgend einige bereits kommunizierte Sachverhalte vorgestellt:

Im Fall *Żurek v. Polen* beschwert sich Richter *Waldemar Żurek* gegen die vorzeitige Beendigung seines Mandates im LRJ.<sup>285</sup>

Zudem wandten sich im Fall *Sobczyńska und andere v. Polen* drei Rechtsreferendare, zwei Richter und ein Staatsanwalt an den EGMR, weil die nationalen Gerichte sich weigerten, die Ablehnung ihrer Bewerbungen auf freie Richterstellen durch den Präsidenten der Republik zu überprüfen.<sup>286</sup>

Der bekannte Richter am Warschauer *Regionalgericht Igor Tuleya* beschwert<sup>287</sup> sich einerseits darüber, dass sieben Disziplinarverfahren, die 2018 gegen ihn eingeleitet wurden, seinen Ruf in Frage gestellt haben.<sup>288</sup> Seine andere Beschwerde<sup>289</sup> betrifft seine Suspendierung und die Aufhebung seiner Immunität

---

<sup>281</sup> *Kanzlei des EGMR*, Press Release v. 13.3.2022: Interim measures in case concerning charges brought against Kraków Regional Court judge for applying European Court's case-law, ECHR 114 (2022), S. 1, abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-7298699-9950610> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>282</sup> EGMR, *Głowacka v. Polen*, Rs. 15928/22 (noch keine offiziellen Dokumente auf HUDOC eingestellt).

<sup>283</sup> EGMR Press Unit (Fn. 180), S. 8.

<sup>284</sup> *Kanzlei des EGMR* (Fn. 181), S. 1.

<sup>285</sup> EGMR, *Żurek v. Polen*, anhängig (kommunizierter Fall), Rs. 39650/18, S. 1 ff., abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-202650> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>286</sup> EGMR, *Sobczyńska und andere v. Polen*, anhängig (kommunizierter Fall), Rs. 62765/14, 62769/14, 62772/14, 11708/18, S. 1 ff., abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-202826> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>287</sup> EGMR, *Tuleya v. Polen*, Rs. 21181/19 (noch keine offiziellen Rechtsdokumente auf HUDOC eingestellt).

<sup>288</sup> *Kanzlei des EGMR*, Press Release v. 21.9.2020: ECHR gives notification to Poland of case concerning complaint by well-known judge about disciplinary proceedings brought against him, ECHR 262 (2020), S. 1, abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-6796151-9086810> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>289</sup> EGMR, *Tuleya v. Polen* (Nr. 2), Rs. 51751/20 (noch keine offiziellen Rechtsdokumente auf HUDOC eingestellt).

und die daran anschließenden Verfahren.<sup>290</sup>

### III. Fazit

Indem die polnische Regierung das polnische Justizwesen seit 2015 verschiedensten Reformen unterzog, hat sie eine Beschwerdewelle zum *EGMR* ausgelöst. Die Reformen verletzen, soweit schon vom *EGMR* überprüft, in vielfältiger Weise die Konventionsrechte, allen voran Art. 6 Abs. 1 EMRK. Auffallend hierbei ist, dass immer wenn der polnische Richter am *EGMR* *Krzysztof Wojtyczek* an einem Urteil beteiligt ist, dieser ein abweichendes Votum, zumindest aber eine abweichende Begründung anführt. Wäre seine Wiederwahl möglich, könnte dieses Vorgehen politischen und persönlichen Ambitionen entspringen. Eine Wiederwahl ist allerdings nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 EMRK nicht zulässig. Die Hintergründe von Richter *Krzysztof Wojtyczek* bleiben daher unklar.

### F. Schlussbetrachtung

Die durch die polnische Justizreform seit 2015 eingeführten Änderungen führen zu schwerwiegenden Eingriffen in die Unabhängigkeit der Justiz. Dies führt ebenso zu einem Konventionsverstoß wie die willkürliche Absetzung von Gerichtspräsidenten beziehungsweise Verlängerung der Amtszeit von Richtern. Die pauschale Ungleichbehandlung von Männern und Frauen bezüglich des Renteneintrittsalters stellt eine unerlaubte Diskriminierung dar. In Bezug auf das Recht der EU stellte der *EuGH* dies bereits in seinen Urteilen vom 24.6.2019<sup>291</sup> und 5.11.2019<sup>292</sup> fest. Möglichkeiten, diese Verletzungen vor dem *EGMR* geltend zu machen, bestehen sowohl im Rahmen der Individual- als auch im Rahmen der Staatenbeschwerde. Dass letztere in naher Zukunft eingereicht werden, ist eher unwahrscheinlich. Ein Nachteil der Individualbeschwerde liegt darin, nicht angemessen auf einen illegitimen Systemwandel reagieren zu können. Jedoch zeigt das Verfahren *KOM v. Polen, C-619/18*, im Zuge dessen die Zwangspensionierung der Richter am *OG* rückgängig gemacht wurde, dass rechtliche Mittel durchaus wirksam sein können. Allerdings ist der *EuGH* als Organ der EU nicht voll und ganz vergleichbar mit dem *EGMR*. So erließ der Vizepräsident des *EuGH* am 27.10.2021 einen Beschluss, aufgrund dessen Polen an die *KOM* ein tägliches Zwangsgeld i. H. v. 1 000 000 € zahlen muss bis das

<sup>290</sup> *Kanzlei des EGMR*, Press Release v. 19.7.2021: Notification of the application Tuleya v. Poland (no. 2) concerning judicial independence, ECHR 228 (2021), S. 1, abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/fre-press?i=003-7081482-9575625> (zuletzt abgerufen am 4.7.2022).

<sup>291</sup> *EuGH (Große Kammer)*, Urt. v. 24.6.2019, C-619/18, *Kom ./. Polen*, Rn. 124.

<sup>292</sup> *EuGH (Große Kammer)*, Urt. v. 5.11.2019, C-192/18, *Kom ./. Polen*, Rn. 136.

Land seinen Verpflichtungen aus dem Beschluss der Vizepräsidentin des *EuGH* vom 14.7.2021, der die Aussetzung nationaler Rechtsvorschriften, insbesondere die Zuständigkeitsbereiche der *Disziplinarkammer* des *Obersten Gerichtshofs* betrifft,<sup>293</sup> nachkommt.<sup>294</sup> Solch ein Druckmittel steht dem *EGMR* beziehungsweise dem Europarat nicht zu. Jedoch tragen die Vielzahl der Verfahren vor dem *EGMR* und die sukzessiv entschiedenen und noch zu entscheidenden Urteile dazu bei, dass der polnischen Regierung stetig die Konventionsverstöße durch die Justizreformen vorgehalten werden und dies auch vor allem durch die mediale Aufarbeitung der Fälle einer breiten Öffentlichkeit bekannt und bewusst gemacht wird. Der daraus resultierende Druck einer europäischen Öffentlichkeit über die polnischen Grenzen hinaus wird womöglich früher oder später auch eine Wirkung zeigen und so zur Durchsetzung der Urteile des *EGMR* führen.

---

<sup>293</sup> Vizepräsident des *EuGH*, Beschl. v. 14.7.2021, C-204/21 R, *Kom. ./.* *Polen*, Rn. 255.

<sup>294</sup> Vizepräsident des *EuGH*, Beschl. v. 27.10.2021, C-204/21 R, *Kom. ./.* *Polen*, Rn. 64.

**Maximilian Leo Linckersdorff\***

***Ius deterius facere non potuisset.***  
**Materiell- und prozessrechtliche Überlegungen zu**  
**D. 16.3.33**

**Abstract**

Sklaven kam im antiken Rom eine große wirtschaftliche Bedeutung zu und auch die klassischen Juristen setzten sich in verschiedenen Kontexten mit ihnen auseinander. Obschon Sklaven selbst nicht rechtsfähig waren, konnten sie unter bestimmten Voraussetzungen für ihre Herren am Rechtsverkehr teilnehmen. In Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 16.3.33 wird ein solches Rechtsgeschäft geschildert: Ein Sklave schließt einen Verwahrungsvertrag in der Sonderform der Sequestration mit einem Dritten ab. In der Sache geht es sodann um die Klage des Herren gegen den Verwahrer. Dabei stellen sich insbesondere Fragen zur Klagekonkurrenz. Die Exegese zeigt die verschiedenen Schwierigkeiten beim Verständnis des Fragments auf und untersucht unter Heranziehung von weiteren Quellen auch die Frage, inwieweit für die Entscheidung des Juristen materiellrechtliche Erwägungen bedeutsam waren.

---

\* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Der vorliegende Beitrag entstand als Studienarbeit im Schwerpunktbereich Rechtsgeschichte und historische Rechtsvergleichung bei Herrn Prof. *Dr. Baldus* und wurde redaktionell betreut von stud. iur. *Moritz Barth*.

## A. Textstelle und Übersetzung

### *Labeo libro sexto posteriorum a Iavoleno epitomatorum*

*Servus tuus pecuniam cum Attio in sequestre deposuit apud Maevium ea condicione, ut ea tibi redderetur, si tuam esse probasses, si minus, ut Attio redderetur. Posse dixi cum eo, apud quem deposita esset, incerti agere, id est ad exhibendum, et exhibitam vindicare, quia servus in deponendo tuum ius deterius facere non potuisset.*

### **Labeo im sechsten Buch seines von Javolen epitomierten Nachlasses**

Dein Sklave hat [gemeinsam] mit Attius das [streitige] Geld bei Maevius in sequestrale Verwahrung gegeben, unter der Bedingung, dass es dir zurückgegeben würde, wenn du beweisen kannst, dass es dir gehört, wenn nicht, dass es Attius zurückgegeben würde.

Ich habe gesagt, es könne gegen den, bei dem [das Geld] hinterlegt wurde, auf das Unbestimmte geklagt werden, das heißt auf Vorlage, und [anschließend] könne das Vorgelegte vindiziert werden, weil der Sklave durch die [eigenmächtige] Hinterlegung deine Rechtslage nicht verschlechtern konnte.

## B. Inskription

Die Inskription weist das Fragment Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 16.3.33 als aus dem von Javolen epitomierten Nachlass des Labeo entnommen aus.

Der wahrscheinlich aus dem samnitischen Unteritalien stammende Jurist Marcus Antistius Labeo, Sohn des Pacuvius Antistius Labeo, einem der Mitverschwörer gegen Gaius Iulius Caesar,<sup>1</sup> wirkte in den Jahrzehnten um die Zeitenwende. Sein Geburtsdatum wird auf etwa 48 v. Chr. geschätzt,<sup>2</sup> sein Todesdatum muss zwischen 15 und 20 n. Chr. liegen.<sup>3</sup>

Im *cursus honorum* erreichte Labeo die Prätur.<sup>4</sup> Das ihm angetragene Suffektkonsulat lehnte er ab,<sup>5</sup> da er dem Prinzipat des Augustus kritisch gegenüberstand.<sup>6</sup> Für diese Charakterstärke und für seinen republikanischen

---

<sup>1</sup> Kunkel, Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung, 2. Aufl. 1967, unveränderter Nachdruck 2001, S. 114.

<sup>2</sup> Koblhaas, Die Überlieferung der libri posteriores des Antistius Labeo, 1985, S. 11.

<sup>3</sup> Pernice, Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit, Teil A I, 1873, Neudruck 1963, S. 13.

<sup>4</sup> Kunkel (Fn. 1), S. 114.

<sup>5</sup> Pomp. l. s. enchirid. D. 1.2.2.47.

<sup>6</sup> Pernice (Fn. 3), S. 14 f.

Freiheitssinn wurde er vielfach gelobt.<sup>7</sup> Sein Einfluss auf die römische Rechtswissenschaft wird als ausgesprochen hoch eingeschätzt, *Kalb* bezeichnet ihn gar als den meistzitierten Juristen.<sup>8</sup> Er gilt ferner als Begründer der prokulianischen Rechtsschule.<sup>9</sup> Sein umfangreiches Werk, das u. a. *responsa*, *epistulae* und Ediktskommentare enthielt, ist nur durch Bearbeitungen anderer klassischer Juristen überliefert; direkte Zitate finden sich in den Digesten nicht.<sup>10</sup>

Gaius Octavius Tadius Tossianus Lucius Iavolenus Priscus, der um das Jahr 49 n. Chr. geboren wurde, durchlief den *cursus honorum* in für einen *homo novus* eindrucksvoller Weise – so diente er u. a. als Statthalter in mehreren Provinzen und bekleidete das sakrale Amt eines *pontifex*.<sup>11</sup> Überdies gehörte er dem *consilium* des Trajan an, hatte das *ius respondendi*<sup>12</sup> und war Schuloberhaupt der Sabinianer.<sup>13</sup> Sein in den Digesten mit 240 Fragmenten vertretenes Werk setzt sich zusammen aus den *epistulae*, den Schriften *ex Plautio* und *ex Cassio* sowie seinen Bearbeitungen der *libri posteriores* des Labeo.<sup>14</sup>

Diese finden sich in den Digesten als zwei unterschiedlich inskribierte Fragment-Reihen: Iav. (I – X) ex post. Labeonis und Lab. (I – VI) post. a Iav. epit.<sup>15</sup> Beide Reihen gehören zur Textgattung der kommentierenden Epitome.<sup>16</sup> Das hier untersuchte Fragment stammt aus den auch als Labeo-Reihe bezeichneten Lab. post. a Iav. epit.,<sup>17</sup> welche der Appendix-Masse angehören.<sup>18</sup>

### C. Interpretation

Das Fragment gliedert sich in zwei Teile: Die Schilderung des Sachverhalts (**C.I.**) und eine begründete Rechtsauskunft (**C.II.**). Eine ausdrückliche *quaestio* fehlt hingegen.

<sup>7</sup> *Pernice* (Fn. 3), S. 14 f.; Tac. ann. 3.75.1.

<sup>8</sup> *Kalb*, Roms Juristen nach ihrer Sprache dargestellt, 2. Aufl. 1975, S. 43.

<sup>9</sup> *Ebd.*

<sup>10</sup> *Kohlhaas* (Fn. 2), S. 17.

<sup>11</sup> *Mantbe*, Die libri ex Cassio des Iavolenus Priscus, 1982, S. 27; Todesdatum unbekannt.

<sup>12</sup> Zur Bedeutung des *ius respondendi*: *Mantbe*, Geschichte des Römischen Rechts, 6. Aufl. 2019, S. 89.

<sup>13</sup> *Mantbe* (Fn. 11), Die libri ex Cassio des Iavolenus Priscus, S. 28.

<sup>14</sup> *Ebd.*, S. 31.

<sup>15</sup> Theorien zu den Reihen und ihrer Genese: *Jörs*, M. Antistius Labeo, in: Pauly's Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft I, 1894, S. 2548 (2553); *Schulz*, Geschichte der römischen Rechtswissenschaft, 1961, S. 257.

<sup>16</sup> *Kohlhaas* (Fn. 2), 3 f.

<sup>17</sup> *Ebd.*, S. 2, 22.

<sup>18</sup> *Mantovani*, Digesto e masse bluhmiane, 1987, S. 102.



## I. Sachverhalt

Die *narratio* erfolgt prägnant in einem Satz, wobei die beteiligten Personen und die relevanten Rechtsinstitute benannt werden.

### 1. „*pecuniam...deposuit*“

Der Sklave des Adressaten („*servus tuus*“<sup>19</sup>) hat Geld in Verwahrung gegeben („*deposuit*“<sup>19</sup>). Die römische Verwahrung (*depositum*) verpflichtete den Verwahrer zur unentgeltlichen Obhut über eine Sache.<sup>20</sup> Dabei verblieb das Eigentum i. d. R. beim Hinterleger und die Rückgabepflicht bezog sich auf genau die Sache, die hinterlegt worden war.<sup>21</sup> Wurde aber, wie hier, Geld hinterlegt, stellt sich die Frage, ob der Verwahrer die hinterlegten Münzen zurückgeben<sup>22</sup> oder lediglich den entsprechenden Nominalwert auszahlen musste.<sup>23</sup> Dies wird an anderer Stelle zu untersuchen sein.<sup>24</sup>

### 2. „*in sequestre*“

Das Geld wurde bei Maevius „*in sequestre*“ hinterlegt.

#### a) *sequestratio*

Die *sequestratio* war eine Sonderform der Verwahrung,<sup>25</sup> bei der mehrere Hinterleger einem sog. *sequester* eine Sache übergaben, über die eine *controversia*, d. h. eine gerichtlich ausgetragene Streitigkeit,<sup>26</sup> bestand.<sup>27</sup> Der *Sequester* war eine unparteiische Person,<sup>28</sup> der beide Seiten vertrauten.<sup>29</sup> Zur näheren Ausgestaltung der *Sequestration*, u. a. zur Regelung der Rückgabe der Sache, wurden *condiciones*

<sup>19</sup> „*Deposuit*“ üblich, um Akt des Hinterlegens zu beschreiben: Afr. 7 quaest. D. 16.3.16, Paul. 54 ad ed. D. 41.2.3.20, und Gai. 2 aur. D. 44.7.1.5.

<sup>20</sup> Kaser/*Knüttel/Lobsse*, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021, § 49 Rn. 14. Zu den Schwierigkeiten der Qualifikation des *depositum* als Realvertrag vgl. Kaser/*Knüttel/Lobsse*, § 48 Rn. 7 f.; grundsätzliche Zweifel an der Existenz einer Kategorie der Realverträge im klassischen römischen Recht bei Wegmann *Stochebrand*, *Obligatio re contracta*. Ein Beitrag zur sogenannten Kategorie der Realverträge im römischen Recht, 2017, S. 244 ff.

<sup>21</sup> Inst. 3.14.3. – Ausnahme: *depositum irregulare*, vgl. Valmaña, *El depósito irregular en la jurisprudencia romana*, 1996, S. 7.

<sup>22</sup> Dabei üblich die Verwahrung in einem „*sacculum*“, vgl. Paul. 2 sent. D. 16.3.29.pr.

<sup>23</sup> Klami, *Mutua magis videtur quam deposita*. Über die Geldverwahrung im Denken der römischen Juristen, 1969, S. 7 ff.

<sup>24</sup> C. I. 2. c).

<sup>25</sup> Zum Sondercharakter: Flor. 7 inst. D. 16.3.17.pr.

<sup>26</sup> Litenski, *Studien zur Verwahrung im römischen Recht*, 1978, S. 56 Fn. 46.

<sup>27</sup> Mod. 6 pand. D. 50.16.110; Paul. 2 ad ed. D. 16.3.6 und Flor. 7 inst. D. 16.3.17.pr.

<sup>28</sup> *Sequester* abgeleitet von *secus*, vgl. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1990, Neudruck 1992, S. 219.

<sup>29</sup> Longo, *Corso di diritto romano. Il deposito*, 1933, S. 152.

vereinbart.<sup>30</sup> Diese Voraussetzungen scheinen hier alle erfüllt: Der Sklave hinterlegte das Geld „*cum Attio*“, der wahrscheinlich die gegnerische Partei in der *controversia* war.<sup>31</sup> Auch eine *condicio* wird erwähnt.

b) Übersetzung von „in sequestre“<sup>32</sup>

Das Wort *sequester* kann sowohl Substantiv<sup>33</sup> als auch Adjektiv<sup>34</sup> sein. Bei der adjektivischen Verwendung („in [*deposito*] *sequestre*“) wäre es auf die Verwahrung selbst bezogen. Bei der substantivischen Verwendung gäbe es zwei Möglichkeiten: Sequester könnte den Maevis meinen. Dann verwundert aber die Konstruktion – zweckmäßiger und stilistisch besser wäre <*apud (Maevium) sequestrem*> gewesen.<sup>35</sup> Maevis und der Sequester könnten aber auch personenverschieden gewesen sein. So könnte Maevis als Sklave des Sequesters gehandelt haben. Dann wäre das Geld zugleich „*apud Maevium*“ und „in sequestre“ hinterlegt worden. Eine Sichtung der Quellenlage zeigt aber, dass der Blankettname Maevis in aller Regel nicht Sklaven, sondern Freie bezeichnete.<sup>36</sup> Damit überzeugt keines der beiden Szenarien einer substantivischen Verwendung von „in sequestre“. Näher liegt die Verwendung als Adjektiv, was auch vom adjektivischen Gebrauch von „in sequestre“ in Paul. 2 ad ed. D. 16.3.6 gestützt wird.

c) Eigentumserwerb des Sequesters?

Wie angedeutet, kam es bei Geldverwahrungen häufig zur Übereignung der Münzen an den Verwahrer. Bei der Sequestration wollten die Parteien das Geld allerdings jedem Zugriff entziehen. Dass der Sequester es verwenden durfte und nur dem Nominalwert nach zurückgeben musste, ist daher schwer vorstellbar.<sup>37</sup> Dafür, dass das Eigentum bei der Sequestration wohl meist beim Hinterleger

<sup>30</sup> Paul. 2 ad ed. D. 16.3.6.

<sup>31</sup> Auch *Devilla*, *Actio incerti*, 1932, S. 39, sieht *Attius* als „*aversario*“ des *dominus*.

<sup>32</sup> Zweifel an Echtheit, ohne Begründung: *Beseler*, Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen, Zweites Heft, 1911, S. 130.

<sup>33</sup> *Sequester, -tris m*; so *Behrends/Knüttel/Kupisch/Seiler*, *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung III, Digesten 11 – 20*, 1999, S. 354 („bei *Maevius*...einem Sequester übergeben“).

<sup>34</sup> *Sequester, -tris, -tre*; so *Schipani*, *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandecta. Digesti o pandette dell'imperatore Giustiniano. Testo e traduzione III, 12 – 19*, 2007, S. 259 („*sotto forma di sequestro*“) und *Scotti*, *Il deposito nel diritto romano. Testi con traduzione italiana e commento*, 2008, S. 98 („*a titolo di sequestro*“).

<sup>35</sup> So in *Flor. 7 Inst. D. 16.3.17.pr.* und *Ulp. 30 ad ed. D. 19.5.18.*

<sup>36</sup> Vgl. u. a. *Iul. 2 dig. D. 2.10.3.2, Mod. 2 resp. D. 2.14.35* und *Iul. 2 ad Urs. Ferocem. D. 10.2.52.pr.*

<sup>37</sup> So auch *Walter*, *Die Funktionen der actio depositi*, 2012, S. 338.

blieb, spricht auch Flor. 7 Inst. D. 16.3.17.1: „*Proprietas...manet*“. Sprachlich steht der Annahme eines *depositum irregulare* ferner entgegen, dass *tu* aufgefordert wird, zu beweisen, dass er Eigentümer sei („*tuam esse probasses*“) – hätte er sein Eigentum durch die Verwahrung verloren, müsste er richtigerweise beweisen, dass er Eigentümer *gewesen* sei („*tuam fuisse probasses*“).<sup>38</sup> Das Geld wurde somit nicht an Maevius übereignet und die Rückgabepflicht bezog sich auf die hinterlegten Münzen.

### 3. „*servus tuus*“

Der Akt der Hinterlegung wurde von einem Sklaven („*servus tuus*“) vorgenommen.

Sklaven und andere Personen *alieni iuris* konnten durch ihr Handeln grundsätzlich Forderungen für ihre Gewalthaber erwerben.<sup>39</sup> Daher ist denkbar, dass eine wirksame Sequestration zustande kam und der *tu* die *actio sequestraria depositi*<sup>40</sup> erwarb. Allerdings deutet der letzte Satz des Fragments auf etwas anderes hin: Der Sklave konnte keine nachteilige Veränderung des Rechts / der Rechtslage seines Herren bewirken. Was dies konkret bedeutet, wird an anderer Stelle untersucht.<sup>41</sup> Es kann aber bereits konstatiert werden, dass sich der Sachverhalt in gewisser Hinsicht vom Normalfall, in dem ein Sklave für den Herrn hinterlegte und für ihn die *actio depositi*<sup>42</sup> erwarb,<sup>43</sup> unterscheiden muss. Möglich wäre etwa ein eigenmächtiges Handeln des Sklaven.<sup>44</sup>

### 4. „*ea condicione*“

Die Hinterlegung erfolgte (unter) „*ea condicione*“. Im Folgenden wird untersucht, wie diese Wendung zu übersetzen und verstehen ist.

#### a) *condicio*

Im einfachen Verwahrungsvertrag musste der Verwahrer die Sache auf Verlangen unverzüglich herausgeben.<sup>45</sup> Bei der Sequestration war die Herausgabepflicht an eine *condicio* geknüpft.<sup>46</sup> Unter den Begriff der *condicio*

<sup>38</sup> Artner, *Agere praescriptis verbis. Atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren*, 2002, S. 91 Fn. 123.

<sup>39</sup> Zimmermann (Fn. 28), S. 51.

<sup>40</sup> Im Folgenden *a. seq. dep.*

<sup>41</sup> Siehe **C. II. 2. a)**.

<sup>42</sup> Im Folgenden *a. dep.*

<sup>43</sup> So z. B. in Ulp. 30 ad ed. D. 16.3.1.17 und Ulp. 30 ad ed. D. 16.3.1.30.

<sup>44</sup> Näher dazu unter **C. II. 2. b) aa)**.

<sup>45</sup> Ulp. 30 ad ed. D. 16.3.1.22.

<sup>46</sup> Zur *condicio* in der *sequestratio*: Paul. 2 ad ed. D. 16.3.6.

können – streng technisch verstanden – aufschiebende Bedingungen sowie – in allgemeinerer Bedeutung – sonstige Vertragsabreden fallen.<sup>47</sup> Nach der vorliegenden *condicio* war das Geld nur an den *tu* herauszugeben, wenn er sein Eigentum beweisen konnte. „*Probasses*“, als synkopierte Verbalform im Konjunktiv Plusquamperfekt,<sup>48</sup> drückt dabei die denklagische Vorzeitigkeit des zu erbringenden Beweises vor der Herausgabe des Geldes aus.<sup>49</sup> Die Herausgabepflicht hing vom zukünftigen und ungewissen Ausgang eines Eigentumsstreits ab. Mithin liegt eine technische Verwendung des Begriffes vor und eine Übersetzung mit „Bedingung“ ist angemessen.<sup>50</sup>

b) *Hintergrund: controversia*

Welche Art von *controversia* über das Geld bestand, wird nicht erwähnt. Die *condicio*, die den Eigentumsbeweis zur Voraussetzung für die Rückgabe machte, deutet aber darauf hin, dass es gerade das Eigentum am Geld war, über das gestritten wurde. Dies liegt auch deshalb nahe, weil die Sequestration, neben der allgemeinen Sicherung der Sache, häufig den Zweck verfolgte, eine *usucapio* (Vorläuferin der heutigen Ersitzung) zu verhindern.<sup>51</sup> Das plausibelste Szenario ist daher ein Vindikationsprozess (*vindicatio nummorum*).<sup>52</sup> Stimmt man dem zu, kann man den zu erbringenden Eigentumsbeweis als das Erlangen einer gerichtlichen Entscheidung verstehen, die das Eigentum des Obsiegenden feststellt.<sup>53</sup> Ob der Sklave das Geld vor oder während dieses Prozesses hinterlegte, ist der Quelle nicht zu entnehmen.

c) *reddere – Rückschluss auf Besitzverhältnisse?*

Verwunderlich ist die zweifache Verwendung von „*reddetur*“: Sähe man *reddere* als auf den Besitz<sup>54</sup> bezogen, würde die Doppelung keinen Sinn ergeben, es sei

<sup>47</sup> Kaser/*Knüttel/Lohsse* (Fn. 20), § 20 Rn. 1 f.; *Nicosia*, *Profili istituzionali di diritto privato romano*, 2017, S. 210 f.

<sup>48</sup> Eigentlich *probanisses*; zu synkopierten Verbalformen: *Kühner/Holzweissig*, *Ausführliche Grammatik der lateinischen Sprache*, Erster Teil: Elementar-, Formen- und Wortlehre, 2. Aufl. 1912, unveränderter Nachdruck 1966, S. 776 ff.

<sup>49</sup> Zur Vorzeitigkeit in der *consecutio temporum* vgl. *Throm*, *Lateinische Grammatik*, 1964, S. 236.

<sup>50</sup> In anderen Quellen zum *depositum sequestre* mag eine Übersetzung als „Vertragsabrede“ o.ä. treffender sein, vgl. *Litenski* (Fn. 26), S. 52 f.

<sup>51</sup> *Zimmermann* (Fn. 28), S. 220; d.h. aber nicht, dass die *controversia* stets ein Eigentumsstreit sein musste, *Litenski* (Fn. 26), S. 58.

<sup>52</sup> So auch *Walter* (Fn. 37), S. 338; *Kaser*, *Die formula der actio ad exhibendum*, in: *Studi in onore di Edoardo Volterra III*, 1971, S. 545 (557) und *Litenski* (Fn. 26), S. 57.

<sup>53</sup> So auch *Litenski* (Fn. 26), S. 53.

<sup>54</sup> Hier und nachfolgend im geltend rechtlichen Sinne verwendet als „tatsächliche Sachherrschaft“; die römische *possessio* unterschied sich teils erheblich von diesem

denn, das Geld hätte sich zuvor im Mitbesitz beider Parteien befunden. Nur dann könnte die tatsächliche Sachherrschaft – unter Ausschluss des anderen Teils – *nieder* eingeräumt werden. Weitere Hinweise auf einen früheren Mitbesitz gibt es aber nicht. Vielmehr könnte *reddere* bedeuten „demjenigen geben, der nach der *condicio* berechtigt ist.“ Hier ist der Berechtigte der, dessen Eigentum bewiesen wird. Da *reddere* auch in Paul. 2 ad ed. D. 16.3.6 eher auf die Berechtigung als auf die früheren Besitzverhältnisse bezogen ist, verdient diese Deutung den Vorzug. Rückschlüsse auf die vorherigen Besitzverhältnisse können aus „*redderetur*“ nicht gezogen werden.

## 5. Zusammenfassung der bisherigen Erkenntnisse

Aus diesen Ausführungen ergibt sich folgender Sachverhalt: Der Sklave des *tu* hat – möglicherweise eigenmächtig – gemeinsam mit Attius Geld beim Sequester Maevius hinterlegt. Dabei wurde dieses aber nicht übereignet. Über das Eigentum an diesem Geld stritten Attius und *tu*. Bei wem sich das Geld vorher befand, ist unbekannt. Nach der *condicio* sollte das Geld an den herausgegeben werden, der sein Eigentum beweist. Inwieweit die Sequestration wirksam war, bleibt vorerst offen.

## II. Rechtsauskunft

Auf die Sachverhaltsschilderung folgt ein *responsum*, welches dem *tu* Auskunft darüber erteilt, wie er juristisch vorgehen kann. Diese Rechtsauskunft wird sodann begründet. Im Folgenden werden zunächst der Rechtsrat und anschließend seine Begründung unter verschiedenen Gesichtspunkten untersucht.

### 1. Herausgabeklage gegen den Sequester

a) *Vorbemerkung: Wie lautete die Rechtsfrage?*

Dem *tu* wird mitgeteilt, er könne „*incerti agere*“. Die korrespondierende *quaestio* könnte gelautet haben: „Wie kann ich den Sequester auf Herausgabe des Geldes verklagen?“

b) „*incerti agere, id est ad exhibendum*“

aa) Hinführung

Grundsätzlich konnte bei der Sequestration mit der *a. seq. dep.* auf Herausgabe

---

Verständnis. Flor. 7 inst. D. 16.3.17.1 belegt aber auch den Erwerb der *possessio* eines Sequesters.

geklagt werden.<sup>55</sup> Die Wendung „*id est ad exhibendum*“ ist aber ein Hinweis auf eine *actio ad exhibendum*.<sup>56</sup> Die *a. ad ex.* war eine Klage, die auf die Vorlage einer Sache gerichtet war. Sie diente u. a. dem Zweck, den Gegner zur Einlassung auf die *litis contestatio* einer *rei vindicatio*<sup>57</sup> zu bewegen.<sup>58</sup>

Für die Funktion der Vorlegungsklage als Vorbereitung einer *r. v.* spricht hier auch „*et exhibitam vindicare*“.

bb) „*incerti agere*“ – die *intentio* in der Prozessformel

Für das Verständnis des *responsum* ist „*incerti agere*“ von besonderer Bedeutung. Der Terminus *incertum* bezieht sich auf das römische Formularverfahren. Die Formeln dieses Verfahrens bestanden i. d. R. aus *demonstratio*, *intentio*, (*adiudicatio*) und *condemnatio*.<sup>59</sup>

Die *demonstratio*, wenn vorhanden, beschrieb kurz die *res de qua agitur*.<sup>60</sup> Die *intentio* konkretisierte das Klagebegehren.<sup>61</sup> Dabei konnte entweder der zu leistende Gegenstand genau bezeichnet werden (z. B. 100 Sesterzen) – sog. *intentio certa* – oder die *intentio* beschrieb nur die Umstände des Streites und die Anspruchsgrundlage, unterließ aber eine Präzisierung des zu Leistenden – sog. *intentio incerta*.<sup>62</sup>

cc) „*incerti agere*“ – die *intentiones* der Klagen

Bei der *a. seq. dep.* war die *intentio* nicht auf einen konkret bezeichneten Gegenstand, sondern auf das nach dem Inhalt des Sequestrationsvertrages Geschuldete gerichtet, womit sie eine *intentio incerta* hatte.<sup>63</sup> Die *a. ad ex.* enthielt zwar in der *condemnatio* ein *incertum*,<sup>64</sup> in der *intentio* allerdings nicht.<sup>65</sup> Da der

---

<sup>55</sup> Zum Verhältnis der *a. seq. dep.* zur *a. dep.*: *Litenski*, *Figure speciali di deposito*, in: *Labeo. Rassegna di Diritto Romano* 20, 1974, S. 405 (411 f.).

<sup>56</sup> Im Folgenden *a. ad ex.* Für diese Verwendung von *exhibere* bei Labeo auch *Pomp.* 16 *epist. D.* 50.16.246.pr.

<sup>57</sup> Im Folgenden *r. v.*

<sup>58</sup> *Walter* (Fn. 37), S. 333.

<sup>59</sup> *Gai.* 4.39.

<sup>60</sup> *Gai.* 4.40.

<sup>61</sup> *Gai.* 4.41.

<sup>62</sup> *Nicosia* (Fn. 47), S. 121.

<sup>63</sup> *Ebd.*, S. 122.

<sup>64</sup> *Lenel*, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 3. Aufl. 1927, 2. Neudruck 1974, S. 220: „*Quanti ea res erit.*“

<sup>65</sup> *Kaser*, *Die formula der actio ad exhibendum*, in: *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* 47, 1967, S. 263 (272); *Pernice*, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, Teil E III, 1893, Neudruck 1963, S. 208 Fn. 2; anders *Lenel*

Terminus „*incerti agere*“ auf die *intentio* bezogen ist, fällt ein *incertum* in der *condemnatio* nicht darunter.<sup>66</sup> Vor diesem Hintergrund kann „*incerti agere*“ kaum die *a. ad ex.* gemeint haben.

dd) Echtheit

Die Unvereinbarkeit von „*incerti agere*“ und „*id est ad exhibendum*“ lässt Zweifel an der Echtheit einer oder beider Wendungen aufkommen.

(1) „*id est ad exhibendum*“

Für eine Interpolation von „*id est ad exhibendum*“<sup>67</sup> sprechen das behelrende und häufig justinianische „*id est*“ sowie, dass „*id est ad exhibendum*“ in den Digesten ein Hapaxlegomenon ist. Denkt man sich zwecks Überprüfung der These, „*incerti agere*“ meine nicht die *a. ad ex.*, den Einschub „*id est ad exhibendum*“ sowie das darauf bezogene „*et exhibitam vindicare*“ weg, erhält man folgende Rechtsauskunft: *Tu* könne „*incerti agere*“, weil der Sklave sein Recht/seine Rechtslage nicht verschlechtern konnte. Obwohl die *a. seq. dep.* eine *intentio incerta* hatte, könnte sie in diesem Szenario kaum mit „*incerti agere*“ gemeint sein, andernfalls wäre die Begründung obsolet: Die *a. seq. dep.* war genau die Klage, die man hier erwarten würde. Sie zu gewähren, wäre nicht in dieser Weise begründungsbedürftig. Auch eine *condictio* an Stelle der *a. ad ex.* kommt nicht in Betracht, da sie genauso wie diese keine *intentio incerta* hatte.<sup>68</sup> Wie im Falle einer Interpolation von „*id est ad exhibendum*“ das ursprüngliche *responsum* gelautet haben soll, ist daher unklar.

(2) „*incerti*“ und „*id est*“

Man könnte stattdessen auch „*incerti*“ und „*id est*“ für interpoliert halten: „*[incerti] agere [id est] ad exhibendum*“.<sup>69</sup> Diese These verzichtet auf allzu weitgehende Interpolationsunterstellungen, eliminiert den Widerspruch zwischen „*incerti*“ und der *a. ad ex.* und streicht auch das in Ermangelung von „*incerti*“ obsolete, lehrhafte „*id est*“. Grund für diese Interpolation könnte der Wille der Kompilatoren

---

(Fn. 64), S. 222 ff., der u. a. aus Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 16.3.33 in zirkelverdächtiger Weise darauf schließen will, dass die *a. ad ex.* eine *intentio incerta* hatte.

<sup>66</sup> Dagegen verweist Kaser (Fn. 65), S. 276, auf die unstarre Begriffswelt der Römer.

<sup>67</sup> Bremer, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt, Pars altera*, 1901, S. 432; Pernice (Fn. 65), S. 208 Fn. 2 und Lenel (Fn. 64), S. 224.

<sup>68</sup> Marrone, *Actio ad exhibendum*, 1959, S. 531. Zur Nichtklassizität der *condictio incerti*: Beseler (Fn. 32), S. 131; Pflüger, *Condictio und kein Ende. Eine Antikritik und auch eine Selbstkritik*, in: Festgabe der Bonner Juristischen Fakultät für Paul Krüger zum Doktor-Jubiläum, 1911, S. 40 und Devilla (Fn. 31), S. 40.

<sup>69</sup> Siber, *Die Passivlegitimation bei der Rei vindicatio als Beitrag zur Lehre von der Aktionenkonkurrenz*, 1907, S. 78; Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 1910, S. 11 und Marrone (Fn. 68), S. 527.

gewesen sein, die *a. ad ex.* mit der *actio praescriptis verbis* zu einer einheitlichen Vertragsklage mit Vorlegefunktion zu verschmelzen.<sup>70</sup> Gegen die Einfügung von „*incerti*“ wenden sich *Kaser* und *Artner* mit der Vermutung, im Ursprungstext habe „*incerta condemnatio(ne)*“ gestanden, womit die *a. ad ex.* gemeint gewesen sei.<sup>71</sup> Diese Wendung gibt es aber kein einziges Mal in den Digesten. Plausibler bleibt also die These einer nachträglichen Ergänzung des Textes um *incerti* und *id est*.

ee) Fazit

Der Widerspruch zwischen „*incerti agere*“ und „*id est ad exhibendum*“ erklärt sich, wenn man „*incerti*“ und „*id est*“ für interpoliert hält. Der Ursprungstext gewährte ohne Umschweife die *a. ad ex.*

c) „*et exhibitam vindicare*“

aa) Zweifel an Echtheit

An „*incerti...exhibendum*“ ist „*et exhibitam vindicare*“ angeschlossen. Man könnte, als Arbeitshypothese, davon ausgehen, die Begründung („*quia...non potuisset*“) sei auf die Entscheidung bezogen, den *tu* nicht auf die wegen des Eigentumsbeweises nachteilige *a. seq. dep.* zu verweisen und ihm stattdessen eine vorteilhaftere Klage zu gewähren.<sup>72</sup> In diesem Falle könnte man geneigt sein, die Echtheit von „*et exhibitam vindicare*“ zu bezweifeln,<sup>73</sup> da auch bei der *r. v.* ein Eigentumsbeweis erforderlich war und sie dem *tu* daher keinen Vorteil gebracht hätte.

bb) Prozessuale Unterschiede der Klagen

Dieses inhaltliche Interpolationsindiz könnte aber entkräftet werden, wenn es andere Vorteile der *r. v.* gegenüber der *a. seq. dep.* gab. Der Eigentumsbeweis bei der Sequestration musste womöglich – auf Anweisung des *index* – gegenüber dem Sequester erbracht werden, während er im Rahmen der *r. v.* vor dem *index* selbst erfolgte.<sup>74</sup> Daraus ergibt sich für die *r. v.* der rechtliche Vorteil der Judikaterfüllungssicherheit.<sup>75</sup> Im Übrigen hatte die Verurteilung bei der *r. v.*, anders als bei der *a. dep.*, keine infamierende Wirkung für den Beklagten.<sup>76</sup> Dies

<sup>70</sup> *Marrone* (Fn. 68), S. 532. Oder textliche Ergänzung durch Glossator, so *Lenel* (Fn. 64), S. 224.

<sup>71</sup> *Kaser* (Fn. 52), S. 557 und *Artner* (Fn. 38), S. 92.

<sup>72</sup> Siehe auch **C. II. 2. a)** cc).

<sup>73</sup> Zweifel an Echtheit u. a. bei *Marrone*, *Contributi in tema di legittimazione passiva alla "rei vindicatio"*, in: *Studi in onore di Gaetano Scherillo I*, 1972, S. 341 (373 Fn. 105) und *Walter* (Fn. 37), S. 339.

<sup>74</sup> *Beseler* (Fn. 32), S. 131.

<sup>75</sup> *Ebd.*

<sup>76</sup> *Walter* (Fn. 37), S. 313.



konnte von Vorteil sein, wenn die Parteien sich kannten und ohne die Gefahr der Infamie des Beklagten streiten wollten.<sup>77</sup> Zudem war bisweilen die Zuständigkeit für den Kläger bei der *r. v.* günstiger als bei der *a. (seq.) dep.*<sup>78</sup>

cc) Fazit

Gegen die Interpolation von „*et exhibitam vindicare*“ spricht, dass – gerade, wenn man unterstellt, das *responsum* habe dem *tu* Klagen gewährt, die für ihn günstiger waren als die *a. seq. dep.* – die *r. v.* in prozessualer Hinsicht durchaus einige Vorteile gegenüber der vertraglichen Klage bot. Zudem wollte *tu* die Herausgabe des Geldes. Hielte man aber „*et exhibitam vindicare*“ für interpoliert, stünde die *a. ad ex.* allein. Das Klageziel der *a. ad ex.* war nur die Vorlage der Sache, nicht ihre Herausgabe. Sie hätte dem *tu* nicht bei der Durchsetzung seines Klagebegehrens geholfen. Erst in Verbindung mit der *r. v.* ergibt die *a. ad ex.* aus Sicht des Klägers Sinn. Eine Interpolation von „*et exhibitam vindicare*“ ist somit unplausibel.

d) *controversia* bereits entschieden?

Die *controversia* könnte zum Zeitpunkt des *responsum* bereits entschieden gewesen sein. So geht Kaser davon aus, *tu* habe den Eigentumsstreit gewonnen.<sup>79</sup> Dagegen wendet sich Walter, der seine Ablehnung damit begründet, *tu* hätte von der *a. seq. dep.* Gebrauch machen können, wenn er im Eigentumsstreit gesiegt hätte.<sup>80</sup> Dass er dies gekonnt hätte, ist zwar richtig, da die *condicio* bei einem günstigen Urteil im Vindikationsprozess erfüllt gewesen wäre. Allerdings liegt Walters Argumentation das bereits erschütterte Vorverständnis zugrunde, es sei dem *tu* primär darum gegangen, den Eigentumsbeweis zu vermeiden.<sup>81</sup> Insofern ist der Einwand gegen die These vom bereits entschiedenen Eigentumsstreit nicht schlagkräftig. Die These selbst findet indes auch keine Anhaltspunkte im Text und bleibt spekulativ.

e) Sprachliche Beobachtung: „*Posse dixi*“ als *Hapaxlegomenon*

In sprachlicher Hinsicht fällt die das *responsum* einleitende Wendung „*posse dixi*“ auf, welche in dieser Form in den Digesten nur in Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 16.3.33 vorkommt. Dies wirft die Frage nach dem Grund für die Verwendung der einmaligen Formulierung auf. Grundsätzlich steht im Lateinischen an erster

---

<sup>77</sup> Walter (Fn. 37), S. 313.

<sup>78</sup> Ebd.

<sup>79</sup> Kaser (Fn. 52), S. 557.

<sup>80</sup> Walter (Fn. 37), S. 339 Fn. 692.

<sup>81</sup> Siehe C. II. 1. c) bb).

Stelle das Subjekt,<sup>82</sup> was in diesem Falle die Person des Sprechers im Verb „*dixi*“ wäre. Abweichungen von diesem Grundsatz erfüllen regelmäßig eine bestimmte Funktion.<sup>83</sup> Hier kommt die Fallgruppe des Aufgreifens einer Handlung des vorherigen Satzes, bzw. die der Weiterführung einer Erzählung in Betracht.<sup>84</sup> Im vorherigen Satz steht zwar nur die *narratio* und von einer Klage ist nicht die Rede. Aus dem Gesamtkontext ergibt sich aber eine recht klar rekonstruierbare *quaestio*, nämlich die Frage, wie der *tu* gegen den Maevius klagen konnte.<sup>85</sup> Auf diese implizit gestellte *quaestio* nimmt „*posse dixi*“ Bezug. Insoweit ist die Inversion grammatikalisch erklärbar.<sup>86</sup> Man könnte vor diesem Hintergrund zwar mutmaßen, ein Kompilator habe eine ehemals explizit gestellte *quaestio* aus dem Text entfernt und die Inversion sei gewissermaßen ein Relikt der verschwundenen *quaestio*. Allerdings bestehen am Inhalt der *quaestio*, wie bereits festgestellt, keine ernsthaften Zweifel, sodass wahrscheinlich bereits der ursprüngliche Verfasser auf sie verzichtete und die Inversion insoweit als Bezugnahme auf das Offensichtliche verstand.

## 2. Begründung der Entscheidung

Die Entscheidung, die *a. ad ex.* und die *r. v.* zu geben, wird mit „*quia...non potuisse?*“ begründet.

### a) Was bedeutet „*ius deterius facere?*“?

Für das Verständnis der Begründung ist zunächst zu ermitteln, wie „*ius*“ zu verstehen ist und worin die Verschlechterung dieses „*ius*“ bestanden hätte, wenn der Sklave sie hätte bewirken können.

#### aa) Verwendung von „*ius deterius facere*“ in den Digesten

Die Wendung „*ius deterius facere*“ wird in den Digesten auf unterschiedliche Weise gebraucht: In Iul. 16 dig. D. 23.5.7.1. geht es um die Dienstbarkeit an einem Grundstück. „*Ius fundi deterius factum*“ ist damit auf die dingliche Rechtslage bezogen. Gai. 29 ad ed. provinc. D. 2.11.8 hingegen spricht von der möglichen Verschlechterung eines „*actoris ius*“ durch Verzug („*ex mora*“) – „*ius*“ meint hierbei wohl die prozessuale Situation des Klägers. Auch in Ulp. 7 ad ed.

---

<sup>82</sup> Menge, Lehrbuch der lateinischen Syntax und Semantik, Neubearbeitung von Burkhard und Schauer, 2000, S. 577.

<sup>83</sup> Ebd.

<sup>84</sup> Ebd., S. 577 f.

<sup>85</sup> Siehe dazu oben C. II. 1. a).

<sup>86</sup> Wie häufig derartige Inversionen in den Digesten im Allgemeinen und in den Werken Labeos und Javolens im Besonderen sind, kann an dieser Stelle nicht weiter untersucht werden.

D. 2.9.1.1 geht es um ein „*ius actoris*“ im prozessualen Kontext. Die Beispiele für die mögliche Verschlechterung dieses „*ius actoris*“ gehen aber über rein Prozessuales hinaus: Genannt werden Eigentumsverlust, der Verlust einer Klage oder sonstige Nachteile. In Ulp. 7. ad ed. D. 2.9.1.1 bezeichnet „*ius*“ also die allgemeine Rechtslage.

bb) Verschlechterung des dinglichen Rechts?

Mit „*ius*“ könnte in Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 16.3.33 genau wie in Iul. 16 dig. D. 23.5.7.1 das dingliche Recht, d. h. das Eigentum am Geld, gemeint sein.<sup>87</sup> Eine Übereignung an den Maevius wurde aber als sehr fernliegend eingeschätzt.<sup>88</sup> Da so wenig für eine Übereignung oder auch nur die Absicht zu einer solchen spricht, wäre die ausführliche Begründung („*quia...*“) unnötig.

cc) Vorrang der *actio (sequestraria) depositi*?

Möglicherweise war – wie in Gai. 29 ad ed. provinc. D. 2.11.8 – an eine Verringerung der prozessualen Handlungsmöglichkeiten des *tu* gedacht worden. Dies wäre der Fall, wenn der Erwerb der *a. seq. dep.* andere potenziell vorteilhaftere Klagen, wie die *a. ad ex.* und die *r. v.*, verdrängte. Denkbar wäre, dass der Prätor, obwohl die Voraussetzungen aller drei Klagen vorlagen,<sup>89</sup> den Kläger auf die *a. seq. dep.* verwies. Ob ein solcher Vorrang der Vertragsklage bestand, ist anhand weiterer Quellen zu untersuchen.

(1) Vorrang vor *actio ad exhibendum*?

In Iul. 48 dig. D. 9.2.42 gewährt Julian wegen der Zerstörung einer (Testaments-)Urkunde neben der *a. dep.* und der *actio legis Aquiliae* auch die *a. ad ex.*<sup>90</sup> Das in Alex. A. Mestrio mil. C. 4.34.1 (a. 234) überlieferte Reskript gewährt gegen die Erben eines Verwahrers die *a. dep.*, die *a. ad ex.* und die *r. v.*:<sup>91</sup> Dabei suggeriert die Formulierung „*tam...quam*“, die *a. ad ex.* und die *a. dep.* seien regelmäßig beide anwendbar gewesen. Schließlich wird auch in Pap. 3 resp. D. 16.3.25.pr. mit „*ut exhibeat...etiam actione depositi*“ die *a. dep.* gegeben. Aus dem „*etiam*“ kann man schließen, dass neben der *a. dep.* eine weitere Klage anwendbar war, mit der die

<sup>87</sup> So wohl bei Artner (Fn. 38), S. 91.

<sup>88</sup> Siehe C. I. 2. c).

<sup>89</sup> Bei der *r. v.* war dabei das Vorliegen der Passivlegitimation entscheidend: Nach Ulpian genügt dafür, dass der Verwahrer die Sache und die *facultas restituendi* hat, Ulp. 16 ad ed. D. 6.1.9 – einschränkend Walter (Fn. 37), S. 331. An Besitz und *facultas restituendi* des Maevius bestehen hier jedenfalls keine Zweifel.

<sup>90</sup> Für einen Ausnahmecharakter dieser Stelle: Walter (Fn. 37), S. 342 und 344.

<sup>91</sup> Marrone (Fn. 68), S. 582 Fn. 430, hält „*set etiam in rem vindicatio*“ für die Ergänzung eines nachklassischen Bearbeiters.

Vorlage erreicht werden konnte: Die *a. ad ex.*<sup>92</sup> Diese untersuchten Stellen zeigen, dass grundsätzlich die *a. dep.* und *a. ad ex.* nebeneinander anwendbar waren und kein Vorrang der Vertragsklage bestand.<sup>93</sup>

(2) Vorrang vor *rei vindicatio*?

Zunächst sei erneut auf Alex. A. Mestrio mil. C. 4.34.1 (a. 234) verwiesen, wo alle drei Klagen gewährt wurden. Aber auch Ulp. 16 ad ed. D. 6.1.9 spricht für eine gleichzeitige Anwendbarkeit der *a. dep.* und der *r. v.* Weitere Quellen, die dies eindeutig belegen, fehlen. Allerdings fehlt auch jeder Hinweis, dass die Prätores dazu neigten, die *r. v.* zu verweigern und den Kläger auf die *a. (seq.) dep.* zu verweisen.<sup>94</sup>

(3) Fazit der Untersuchung

Ein Vorrang der *a. (seq.) dep.* gegenüber der *a. ad ex.* und *r. v.* lässt sich in den Quellen nicht belegen. Mit „*ius deterius facere*“ war also keine Verringerung des prozessualen Handlungsspielraums des *tu* gemeint.

dd) Rechtliche Nachteile der *sequestratio*?

Da weder eine Verschlechterung der dinglichen Rechtslage noch ein prozessualer Nachteil denkbar sind, bleibt die Möglichkeit, dass der Sequestration rechtliche Nachteile immanent waren, auf die sich „*ius deterius facere*“ bezog: Eine primäre Leistungspflicht traf zwar lediglich den Maevius. Allerdings konnten Verwahrer in bestimmten Situationen eine *a. dep. contraria* gegen die Hinterleger erheben, etwa um sich Aufwendungen und Schäden, die durch die verwahrte Sache verursacht wurden, ersetzen zu lassen.<sup>95</sup> Ob Sequester Zurückbehaltungsrechte hatten, ist umstritten, aber durchaus denkbar.<sup>96</sup> Eine weitere Gefahr mag in der Möglichkeit einer Herausgabeklage des Attius gelegen haben, bei welcher

---

<sup>92</sup> Walter (Fn. 37), S. 343.

<sup>93</sup> Gegen den denkbaren methodischen Einwand, drei Quellen seien nicht repräsentativ: Das in den Quellen weitaus häufigere Szenario, dass nur die *a. ad ex.* und nicht die *a. dep.* gegeben wurde, war vielleicht gerade wegen des Ausfalls der *a. dep.* von größerem Interesse, wohingegen die gleichzeitige Anwendbarkeit beider Klagen der unproblematische Normalfall war.

<sup>94</sup> Eine ähnliche Bewertung der Quellenlage auch bei Marrone (Fn. 68), S. 580 f., und Walter (Fn. 37), S. 314. Anders hingegen Siber (Fn. 69), S. 79, der aus Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 16.3.33 einen zweifelhaften Umkehrschluss darauf ziehen will, dass die Grundregel gerade nicht in der Konkurrenz zwischen *r.v.* und *a. dep.*, sondern im Vorrang der Vertragsklage bestanden habe.

<sup>95</sup> Kaser/Knüttel/Lohse (Fn. 20), § 49 Rn. 18.

<sup>96</sup> Vgl. Walter (Fn. 37), S. 359 ff.

Maevius als Schiedsrichter<sup>97</sup> fungiert hätte. Dadurch hätte Attius auf prozessualen Wege den Besitz an der Sache erlangen können – zweifelsohne ein erheblicher Nachteil für *tu*.

ee) Fazit

Auf welche Verschlechterung mit „*ius deterius facere*“ angespielt werden sollte, liegt nicht auf der Hand. Die plausibelste Deutung ist, dass an die potenziell nachteiligen Auswirkungen einer wirksamen Sequestration auf die Rechtslage des *tu* gedacht wurde.

b) „*non potuisset*“ – *Unwirksamkeit der sequestratio*?

Vor dem Hintergrund, dass die besorgte Verschlechterung der Rechtslage in den rechtlichen Nachteilen der Sequestration bestand, stellt sich die Frage nach der Bedeutung von „*non potuisset*“: Sollte damit die – modernrechtlich gesprochen – „materiellrechtliche“ Aussage getroffen werden, der Vertrag sei unwirksam? Dann käme es, anders als in der Arbeitshypothese unterstellt,<sup>98</sup> gar nicht darauf an, ob die Entscheidung vorteilhaft für den *tu* war, sondern sie wäre schlicht das Ergebnis der Anwendung einer Regel des inneren Systems.

aa) Hinführung: Die Haftung eines Gewalthabers

Gewaltunterworfenen konnten, wie schon eingangs erwähnt, grundsätzlich wirksam Rechtsgeschäfte mit Wirkung für ihre Gewalthaber abschließen.<sup>99</sup> Für den Erwerb von Rechten und Forderungen gab es in dieser Hinsicht kaum Einschränkungen; Wissen und Wollen des Gewalthabers waren i. d. R. irrelevant für den Erwerb.<sup>100</sup> Anderes galt aber für Verpflichtungsgeschäfte:<sup>101</sup> Diese führten nur unter bestimmten Umständen zu klagbaren Forderungen (sog. adjektivische Haftung) gegen den Gewalthaber, z. B., wenn sie aus dem *peculium* getätigt worden waren<sup>102</sup> oder der Gewaltunterworfenen sie mit Ermächtigung oder auf Weisung (*iussum*) des Gewalthabers abgeschlossen hatte.<sup>103</sup> Diesen adjektivischen Klagen lag also stets ein bestimmtes Verhalten des Herrn

<sup>97</sup> Zum Schiedsrichteramt des Maevius vgl. *Beseler* (Fn. 31), S. 131.

<sup>98</sup> Siehe **C. II. 1. c) aa**.

<sup>99</sup> Siehe **C. I. 3**.

<sup>100</sup> *Buckland*, *The Roman Law of Slavery. The Condition of the Slave in Private Law from Augustus to Justinian*, 1908, S. 155; sogar *vetante domino*: Iul. 2 ex Minic. D. 45.1.62; speziell zur *a. dep.* siehe **C. I. 3**.

<sup>101</sup> Auch für Verfügungsgeschäfte, die hier aber nicht interessieren. Vgl. hierzu *Kaser/Knütel/Lohsse* (Fn. 20), § 21 Rn. 15 und § 25 Rn. 10.

<sup>102</sup> Zur *actio de peculio (vel de in rem verso)* vgl. *Kaser/Knütel/Lohsse* (Fn. 20), § 60 Rn. 5.

<sup>103</sup> Sog. *actio quod iussu*, vgl. *Kaser/Knütel/Lohsse* (Fn. 20), § 60 Rn. 11.

zugrunde, durch das er dem Gewaltunterworfenen „Autorität“ verliehen, oder ihn – modernrechtlich gesprochen – berechtigt hatte.<sup>104</sup> Eine solche Abstufung der Verantwortlichkeit eines Gewalthabers für das Verhalten seiner Gewaltunterworfenen existierte im Übrigen nicht nur im Vertragsrecht,<sup>105</sup> sondern auch im Bereich außervertraglicher Haftung.<sup>106</sup> Die Begrenzung der Haftung des Gewalthabers für das eigenmächtige Handeln eines Gewaltunterworfenen ist also ein allgemeines Prinzip des römischen Privatrechts.

#### bb) Untersuchung anderer Quellen

Ob diese prinzipielle Haftungsbegrenzung in Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 16.3.33 gar zur Unwirksamkeit der Sequestration führte, wird im Folgenden anhand weiterer Quellen untersucht.

##### (1) C. 4.34.1 – keine *a. (seq.) dep.* in D. 16.3.33

In Alex. A. Mestrio mil. C. 4.34.1 (a. 234) wird neben der *a. ad ex.* und der *r. v.* ausdrücklich die *a. dep.* gegeben. In Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 16.3.33 wird die *a. seq. dep.* hingegen nicht erwähnt. Die vergleichende Betrachtung beider Quellen lässt vermuten, in Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 16.3.33 sei die *a. seq. dep.* nicht gewährt worden. Zwar könnte man gegen diesen Umkehrschluss argumentieren, es seien nicht stets alle Klagemöglichkeiten explizit benannt worden, sondern nur die für den Adressaten interessanten. Allerdings gibt für Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 16.3.33 keinen Grund, die *a. seq. dep.* nicht zu erwähnen, zumal sie die Klage ist, von der man erwartet hätte, sie würde an erster Stelle genannt. Daher scheint die *a. seq. dep.* in Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 16.3.33 nicht gegeben worden zu sein.<sup>107</sup>

##### (2) D. 13.6.2 und D. 13.6.1.2 – Unwirksamkeit

In Paul. 29 ad ed. D. 13.6.2 wird dem Kläger die *actio commodati* gegen einen *furiosus* verwehrt und er wird auf die *a. ad ex.* und die *r. v.* verwiesen. Das Fragment nimmt durch „*nec*“ auf Ulp. 28 ad ed. D. 13.6.1.2 und die dortige Begründung Bezug: Ulp. 28 ad ed. D. 13.6.1.2 stellt klar, dass gegen *impuberes* nicht mit der *actio commodati* geklagt werden kann, da der Vertrag ohne die förmliche Zustimmung des *tutor* keinen Bestand habe („*nec constitit*“). Die *responsa* –

<sup>104</sup> Vgl. Zimmermann (Fn. 28), S. 52.

<sup>105</sup> Hierzu interessant: Paul. 6 brev. D. 14.1.6.pr.

<sup>106</sup> Etwa Marcian. l. s. de delator. D. 39.4.16.11.

<sup>107</sup> Ohne Begründung ebenso Beseler (Fn. 32), S. 131. Anders Marrone (Fn. 68), S. 579: Die *a. ad ex.* sei zwar vorteilhafter, *tu* habe aber auch die *a. seq. dep.*

Gewährung der *a. ad. ex* und *r. v.* sowie Denegation der Vertragsklage – von Paul. 29 ad ed. D. 13.6.2, Ulp. 28 ad ed. D. 13.6.1.2 und Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 16.3.33 gleichen sich. Dass auch in Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 16.3.33 die Unwirksamkeit des Vertrages zugrunde liegt, ist wegen der Verschiedenheit des Rechts der *furiosi* und *impuberes*<sup>108</sup> auf der einen und der Personen *alieni iuris* auf der anderen Seite zwar nicht zwingend. Aber es ist durchaus plausibel – zumal auch keine Anhaltspunkte für eine rechtliche Trennung der Verweigerung der Vertragsklage und der Unwirksamkeit des Vertrages vorliegen.<sup>109</sup>

Vielmehr scheinen sie die zwei Kehrseiten einer Medaille zu sein.

### (3) C. 3.42.8.pr. – Unwirksamkeit

In Diocl./Maxim. AA. et CC. Photino C. 3.42.8.pr. (a. 293) wird einem gewissen Photinus reskribiert, er könne seine Sachen, welche von einem Dritten leihweise oder zur Verwahrung weggegeben worden waren, mit der *a. ad. ex.* und der *r. v.* vom *tenens* herausverlangen. Eine Begründung fehlt, aber es liegt sehr nahe, dass die Weitergabe der Sache ohne Zustimmung des *tu* erfolgt war und aus diesem Grunde zwischen *tu* und dem *tenens* kein Vertrag bestand, welcher eine Klage gewährt hätte. Abgesehen von der Tatsache, dass der Unberechtigte in Diocl./Maxim. AA. et CC. Photino C. 3.42.8.pr. (a. 293) wohl kein Gewaltunterworfener des Adressaten war, ähnelt das Fragment in den wesentlichen Punkten Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 16.3.33. Insbesondere haben beide Stellen gemeinsam, dass die Vertragsklage, obwohl sie ja die prozessualen Möglichkeiten des Klägers erweitert hätte, aus anscheinend „materiellrechtlichen“ Gründen nicht gewährt wurde.

### cc) Fazit

In Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 16.3.33 wird – anders als in Alex. A. Mestrio mil. C. 4.34.1 (a. 234) – neben der *a. ad. ex.* und der *r. v.* keine *a. (seq.) dep.* erwähnt. Allem Anschein nach stand sie dem *tu* nicht zu. In den anderen untersuchten Quellen, in denen nur die nichtvertraglichen Klagen gegeben werden, ist der Grund für die Nichtgewährung der Vertragsklage offenbar die Unwirksamkeit des Vertrages. Daher ist es sehr plausibel, dass auch die Sequestration des „*servus*“

<sup>108</sup> Die wegen des Mangels (geistiger) Reife des Schutzes bedurften, *Nicosia* (Fn. 47), S. 77 f., 81.

<sup>109</sup> Zu den unscharfen Grenzen zwischen materiellem Recht und Prozessrecht vgl. *Kaser/Knüttel/Lobsse* (Fn. 20), § 4 Rn. 1.

im vorliegenden Fragment unwirksam war.<sup>110</sup>

c) *Wie ist die Entscheidung zu verstehen?*

Der eigenmächtig handelnde Sklave konnte die Rechtslage des *tu* nicht verschlechtern. Daher war die Sequestration, welche auch rechtliche Nachteile mit sich gebracht hätte, unwirksam. Wegen der Unwirksamkeit erwarb der *tu* nicht die *a. seq. dep.* Ihm verbleiben also die *a. ad ex.* und die *r. n.*, welche er auch gehabt hätte, wenn die Sequestration wirksam gewesen wäre. Der *quia*-Satz ist nicht als Begründung für eine ausnahmsweise Gewährung der *a. ad ex.* und der *r. n.* zu verstehen, sondern vielmehr als Begründung für die Unwirksamkeit der Sequestration und damit das ausnahmsweise Ausscheiden der *a. seq. dep.*

### 3. „*dixi*“ und „*potuisset*“ – wer spricht?

Die Verbformen „*dixi*“ und „*potuisset*“ werfen die Frage nach der Autorenschaft auf: „*Dixi*“ steht im Indikativ Perfekt. Der Autor spricht in der ersten Person. Da in der *Labeo*-Reihe tendenziell das unstrittige Recht der *libri posteriores* überliefert und sprachlich kaum verändert wurde,<sup>111</sup> liegt der Schluss nahe, *Labeo* spreche selbst.<sup>112</sup>

„*Potuisset*“ steht im Konjunktiv Perfekt. Der Modus fällt auf, da im *quia*-Satz grundsätzlich der Indikativ steht.<sup>113</sup> Weil der Konjunktiv grammatikalisch nicht indiziert ist, muss er eine besondere Bedeutung haben. Ein Irrealis scheidet aus, weil dieser im Plusquamperfekt stehen müsste.<sup>114</sup> Es kann nur um die Wiedergabe einer fremden Meinung gehen:<sup>115</sup> Javolen gibt in indirekter Rede die Meinung Labeos wieder.<sup>116</sup> Das Problem der zwei unterschiedlichen Sprecher

<sup>110</sup> Auch wenn soeben plausibilisiert wurde, dass in Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 16.3.33 eine materiellrechtliche Erwägung entscheidungsleitend war, darf nicht vergessen werden, dass derartige Überlegungen im vom Prozess her gedachten römischen Recht eher die Ausnahme waren, vgl. erneut Kaser/*Knütel/Lohsse* (Fn. 20), § 4 Rn. 1.

<sup>111</sup> *Jörs* (Fn. 15), S. 2553.

<sup>112</sup> „*Dico*“ und „*dixi*“ als direkte Aussagen Labeos, z.B.: Lab. 4 post. a Iav. epit. D. 19.2.58.2, Lab. 4 post. a Iav. epit. D. 18.1.78.1. Zu den Ausnahmen: *Jörs* (Fn. 15), S. 2553.

<sup>113</sup> *Throm* (Fn. 49), S. 267.

<sup>114</sup> Insoweit fragwürdig die Übersetzung bei *Otto/Schilling/Sintenis*, Das Corpus iuris civilis (romani) II, Pandekten Buch 12 – 27, 1831, Neudruck 1984, S. 268.

<sup>115</sup> Zu *obliquen* Nebensätzen: *Kühner/Stegmann*, Ausführliche Grammatik der lateinischen Sprache, Zweiter Teil: Satzlehre, 2. Aufl. 1912, Neudruck 1971, S. 200. Ähnlich: Lab. 2 post. a Iav. epit. D. 32.30.pr. („*respondi*“, „*esset*“).

<sup>116</sup> So *Marrone* (Fn. 68), S. 527 Fn. 261 und *Litenski* (Fn. 26), S. 57 Fn. 49.



löst sich auf, wenn man „*dixi*“ durch <*dixit*> ersetzt.<sup>117</sup> Dann wäre Javolen der alleinige Sprecher in der Quelle. Wie es dabei zur Änderung von <*dixit*> zu „*dixi*“ kam, ist unklar. Nach *Paola* gab es eine Tendenz, den ursprünglichen „*discorso riferito*“ in einen „*discorso autonomo*“ umzuwandeln.<sup>118</sup> Eine andere Erklärung könnte in der Überlieferung zu finden sein: Wären alle Perfekt-Formen mit „*dix.*“ abgekürzt worden, wäre schon die Entscheidung eines Abschreibers, es als „*dixi*“ deuten, interpretativ gewesen.<sup>119</sup>

#### D. Vergleich zum geltenden Recht

Eine mit Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 16.3.33 vergleichbare Konstellation ist heute schwer vorstellbar, da sich das Recht der Personen *alieni iuris* erheblich vom Recht der Stellvertretung, §§ 164 ff. BGB, unterscheidet. Auch im BGB gibt es aber die Verwahrung, §§ 688 ff. BGB, und die mit dem *depositum irregulare* vergleichbare Regelung des § 700 BGB. Die *a. dep. contraria* findet Niederschlag in § 693 BGB, die sofortige Rückforderbarkeit der hinterlegten Sache in § 695 BGB. Eine von streitenden Parteien vorgenommene Sequestration erwähnt das BGB nicht; § 938 Abs. 2 Var. 1 ZPO ermöglicht jedoch dem Gericht, eine solche mittels einer einstweiligen Verfügung anzuordnen.<sup>120</sup> Bei Unwirksamkeit eines Verwahrungsvertrages kann der Hinterleger-Eigentümer die Sache nach § 985 BGB vom Verwahrer-Besitzer herausverlangen, da wegen der Unwirksamkeit des Vertrages ein Besitzrecht i. S. v. § 986 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB fehlt. Bei Konkurrenz von Vindikation und vertraglichen Herausgabeansprüchen besteht nach der h. M. kein Vorrang der Vertragsverhältnisse.<sup>121</sup>

---

<sup>117</sup> *Paola*, L'opera di Giavoleno Prisco sui "libri posteriores" di Labeone, in: *Bulletino dell'Istituto di diritto romano "Vittorio Scialoja"* 49, 1947, S. 277 (317); *Marrone*, (Fn. 68), S. 527 Fn. 261 und *Litewski* (Fn. 26), S. 57 Fn. 49.

<sup>118</sup> *Paola* (Fn. 117), S. 315.

<sup>119</sup> Zur Abkürzung von „*dixi*“ vgl. etwa *Mazal*, *Lehrbuch der Handschriftenkunde*, 1986, S. 142.

<sup>120</sup> *Zimmermann* (Fn. 28), S. 220.

<sup>121</sup> *Baldus*, in: *MüKo-BGB VIII*, 8. Aufl. 2020, Vor. § 985 Rn. 46 f.