



# FREILAW

Freiburg Law Students Journal



**WÄHLE DIR  
DIE WELT,  
WIE SIE DIR  
GEFÄLLT**

**1**

**Grenzen des  
Unionsbürgerschaftlichen  
Wahlrechts in der  
Europäischen Union?**  
von Antonia Meyer

**2**

**Die Pläne der Justizminister-  
konferenz zur Reform des  
Jurastudiums –  
Eine Zwischenbilanz**  
von Prof. Dr. Jan von Hein

**3**

**Die Freiheit und Gleichheit  
der Unionsbürger am Beispiel  
der Rs. C-333/13 - Dano**  
von Yagmur Özkan

# IMPRESSUM

## **Herausgeber (Verantwortlich nach § 5 TMG)**

Freilaw e.V.

## **Chefredaktion**

Julia Kurth und Sonja Bühler

## **Kontakt**

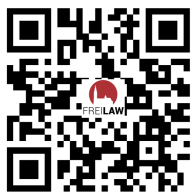
Freilaw e.V.  
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg  
Platz der Alten Synagoge  
Dekanat der Rechtswissenschaftlichen Fakultät  
Raum 2105, z.Hd. Freilaw e.V.  
D – 79085 Freiburg

E-Mail: [redaktion@freilaw.de](mailto:redaktion@freilaw.de)

**ISSN:** 1865-0015

## **Cover-Design:**

Julian Kolb



## **Urheberrechtliche Hinweise:**

- Für den Inhalt der Artikel sind allein die Autoren verantwortlich. Die Herausgeber überprüfen die Texte, können allerdings keine Garantie dafür übernehmen, dass durch die Artikel keinerlei Urheber- oder anderweitige Nutzungsrechte verletzt werden. Sollte dies der Fall sein, so ist dies nicht beabsichtigt. Wir bitten Sie deshalb, uns umgehend zu informieren.
- Die Publikation der Artikel erfolgt exklusiv durch Freilaw. Eine unberechtigte öffentliche Verwendung der Artikel ist nicht gestattet. Auf Anfrage sind wir allerdings gerne bereit, hiervon Ausnahmen zu machen.

# Freilaw 1/2017 – Wähle Dir die Welt, wie sie Dir gefällt.

## Thema

*Antonia Meyer*

Grenzen des Unionsbürgerschaftlichen Wahlrechts in der Europäischen Union?.....01

*Sonja Bühler*

Der Entzug des Wahlrechts bei Strafgefangenen - eine noch zeitgemäße „Nebenfolge“  
der Verurteilung? .....07

*Clemens Ernst*

Uniwahlen – wichtiger als man denkt!? - ein Überblick für Studierende..... 11

## Zivilrecht

*Philipp Singler*

Haftungsprobleme bei autonomen Fahrzeugen..... 14

*Helena Hötzel*

Die mehrfache Veräußerung von beweglichen und unbeweglichen Sachen nach chinesischem Recht.....21

## Öffentliches Recht

*Yagmur Özcan*

Die Freiheit und Gleichheit der Unionsbürger am Beispiel der Rs. C-333/13 - Dano .....29

*Anne-Kathrin Haag und Anna Liesenfeld*

Über das Betreten „verfassungsrechtlichen Neulands“ in der mündlichen Verhandlung  
über das Tarifeinheitsgesetz.....37

## Studium

*Prof. Dr. Jan von Hein*

Die Pläne der Justizministerkonferenz zur Reform des Jurastudiums –Eine Zwischenbilanz .....41

*Manuel Leidinger*

„Denn ein Jurist, der nicht mehr denn ein Jurist ist, ist ein arm Ding“  
- Ein Bericht über die Freiburg Refugee Law Clinic .....45

## Rezension

*Tilman Imm*

Rezension zu „Examensrepetitorium Zivilrecht“ von Prof. Dr. Christian Heinrich, 2016 (1. Auflage) ....47

# Vorwort

*In Anbetracht des „Superwahljahres“ widmet sich die erste Ausgabe im Jahr 2017 u.a. dem Wahlrecht.*

*Dies verdeutlicht das Cover. Unabhängig von den Aussagen der Autoren zu dieser Thematik soll es eine Mitteilung an den Leser darstellen: Die Wahlurne, die zugleich Teile der Weltkarte abbildet, unterstreicht mitsamt den unterschiedlichen Wahlzetteln den Einfluss des Einzelnen auf unterschiedlichen politischen Ebenen – angefangen bei den Universitätswahlen bis hin zu den Bundestags- und Europawahlen. Durch Wahlen findet die Meinungs- und Willensbildung der Wähler Berücksichtigung.*

*Mit Blick auf die bevorstehende Bundestagswahl im September 2017 und aktuelle Ereignisse in den USA und Europa hat unser Redakteur Timmy Ebert in ein paar einleitenden Gedanken für die Teilnahme an Wahlen und politisches Engagement appelliert.*

*Weiterhin hat im Hinblick auf die Wahlrechtsthematik Antonia Meyer einen Beitrag über die Grenzen des Unionsbürgerschaftlichen Wahlrechts in der Europäischen Union verfasst. Daneben sei auf den Artikel von Sonja Bühler zum Wahlrecht von Strafgefangenen und den informativen Beitrag von Clemens Ernst zu den Wahlen an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg hingewiesen.*

*Neben dem Wahlrecht befasst sich diese Ausgabe auch mit Themen aus anderen Bereichen. So konkretisiert Yagmur Özkan in ihrem Artikel die Freiheit und Gleichheit der Unionsbürger. Von besonderer Relevanz ist für Jurastudierende der Beitrag von Prof. Dr. Jan von Hein, in dem er eine Zwischenbilanz zu den Plänen der Justizministerkonferenz zur Reform des Jurastudiums zieht.*

*Die Freilaw-Redaktion wünscht allen Leserinnen und Lesern viel Spaß bei der Lektüre dieser Ausgabe.*

*Sonja Bühler, Julia Kurth & Timmy Ebert*

# Herrschaft des Volkes allein durch Wahlen?

## Ein Appell für die Wahl und politisches Engagement

Die Demokratie ist eine der erfolgreichsten staatsorganisatorischen Grundprinzipien weltweit. Vor allem in Wahlen hat dabei der wahlmündige Staatsbürger das Recht, Repräsentanten auf nationaler, regionaler und teilweise sogar internationaler Ebene zu wählen und damit mittelbaren Einfluss auf die Staatslenkung, unter Umständen auch auf die Weltpolitik zu nehmen. Hierin verwirklicht sich die Herrschaft des Volkes. Freilich sind damit die politischen Einflussmöglichkeiten nicht zwingend erschöpft und von Staat zu Staat finden sich vielfältige Varianten und Facetten dieses Systems. Sei es ein repräsentatives Modell wie in Deutschland, in dem das Parlament einziges direkt gewähltes Staatsorgan ist, sei es ein Präsidialsystem alla USA, welches eine – von den Wahlmännern abgesehen – direkte Wahl des Präsidenten neben dem Parlament vorsieht. Nicht unerwähnt bleiben kann dabei natürlich das schweizerische System direkter Demokratie, von Deutscher Seite oft gelobt und vielleicht auch etwas romantisch verklärt angesichts einiger kritisierter Volksentscheide in der näheren Vergangenheit.<sup>1</sup> Gemein bleibt diesen Systemen, dass sie dem jeweiligen Staatsvolk ein in seiner Reichweite variantes Mitbestimmungsrecht gewähren. Gleich, ob man den Ursprung der Demokratie bei den antiken Griechen, in der Aufklärung oder den großen Revolutionen verorten mag, so bleibt sie doch immer eine der großen Errungenschaften des modernen Staats- und Gesellschaftswesens. Soweit, so gut.

Gerade mit Blick auf den einleitenden Satz mögen dem ein oder anderen denn aber doch Zweifel kommen. Was soll „erfolgreich“ bedeuten? Geht man dabei allein von der absoluten Zahl derjenigen aus, welche die Demokratie als gelebte Staatsform für sich reklamieren, so ist diese These wohl kaum bestreitbar. Es ist aber die Crux solcher Selbstbewertungen, dass sie meist nur diejenigen Kriterien einer Demokratie in den Vordergrund rücken, die der Bewertende selbst am ehesten erfüllt.<sup>2</sup> So trübt sich denn das Bild, wenn das Individuum darüber entscheiden soll, wo diese Demokratie auch wirklich gelebt wird. Eindrückliches Beispiel dafür ist die vergangene Wahl des US-amerikanischen Präsidenten; zwar holte die Kandidatin Hillary Clinton absolut mehr Wählerstimmen als ihr Konkurrent Donald Trump, dennoch verlor sie letztlich die Wahl.<sup>3</sup> Weltweit hat dies Kopfschütteln ausgelöst – so etwas in der vermeintlich ältesten Demokratie unserer Zeit.<sup>4</sup> Freilich wurde den USA deshalb nicht das demokratische Gütesiegel abgesprochen und auch mit der neuen Regierung dieser Weltmacht hat man sich ohne größeres Zögern und in gewohnt diplomatischer Manier ins Benehmen gesetzt.

Eine Rückkehr zum „Business as usual“? – Im Gegenteil! Was auf internationaler Ebene schon fast wieder vergessen erscheint, wird viele Staaten Europas, die EU als solche und gerade auch Deutschland im Jahr 2017 gewiss noch in Atem halten. Dabei geht es weniger um das zukünftige Verhältnis zu US-Präsident Trump, sondern vielmehr um die Frage, wieso 46,4 %<sup>5</sup> US-amerikanische Wähler für ein Wahlprogramm gestimmt haben, das sich schlicht gegen das Establishment, die politische Klasse richtete, einen grundlegenden Umbruch forderte und sich erwiesenermaßen vielfach auf sogenannte „Fake-News“ stützte.

Dass sich in diesem Phänomen möglicherweise nur ein Symptom einer größeren und tiefer liegenden Problematik zeigt, drängt sich insbesondere mit Blick auf diverse vergangene und zukünftige Wahlen und Referenden in Europa auf. Mit politischen Hetzjagden gegen die etablierten Akteure, Parteien und Strukturen lassen sich Wahlen gewinnen. Es herrscht eine Umbruchstimmung in Europa. Nicht selten beklagen – mitunter besorgte – Bürger, sie würden von den Politikern gar nicht mehr gehört, sie seien bloß das „Stimmvieh“, das alle paar Jahre zur Urne gebeten werde, zur Wahl zwischen dem

<sup>1</sup> <http://www.sueddeutsche.de/politik/volksabstimmung-zur-zuwanderung-schweizer-votum-irritiert-europa-1.1884078>; zuletzt abgerufen am 01.05.2017.

<sup>2</sup> Haack, Demokratie mit Zukunft?, JZ 2012, 753.

<sup>3</sup> <http://edition.cnn.com/election/results/president>; zuletzt abgerufen am 01.05.2017.

<sup>4</sup> Vgl. <http://www.bpb.de/izpb/175902/wege-zur-modernen-demokratie?p=all>; zuletzt abgerufen am 01.05.2017.

<sup>5</sup> <http://edition.cnn.com/election/results/president>; zuletzt abgerufen am 01.05.2017.  
www.freilaw.de

*inhaltlichen Einheitsbrei nur personell voneinander zu unterscheidender Parteien. Wo in dieser gefühlten Alternativlosigkeit eine Partei also verspricht die Alternative zu sein, wo alternative Fakten zur rosaroten Brille des Weltgeschehens werden, fühlt sich ein beachtlicher Teil des Wahlvolkes gehört und stark. Et voilà, der vielbeschworene Protestwähler, der sich womöglich lange seiner Stimme enthalten hat, wagt sich zur Wahl und bringt die Parteienlandschaft in Aufruhr.*

*Die Demokratie also in der Krise? – Ja, vielleicht; man kann sich aber durchaus die Frage stellen, ob diese Krisen möglicherweise modus vivendi eines jeden Staatssystems ist. Und möglicherweise zeichnet sich die Demokratie im Vergleich zu den anderen Staatsformen durch ihre besondere Adaptionfähigkeit und Veränderlichkeit aus.<sup>6</sup>*

*Jedenfalls mussten natürlich auch die herkömmlichen Parteien Europas sich der ihnen v.a. im Superwahljahr 2017 drohenden Gefahr bewusst werden. Und plötzlich beginnt die Wahlkampfmaschinerie zu laufen und diejenigen in der Gesellschaft, die von den angebotenen Alternativen nicht zu überzeugen sind, machen sich stark für eine weltgewandte, tolerante und europäische Politik.<sup>7</sup> Vielleicht wird dem ein oder anderen in diesem Klima bewusst, dass um sicher geglaubte Errungenschaften auch heute noch zu ringen ist. Dabei reicht es bei weitem nicht, sich alle vier Jahre in die Wahlkabine zu begeben und dort ein Kreuzchen zu setzen. Vielmehr sind uns in den freiheitlichen Demokratien Europas weitreichende Möglichkeiten zur Teilnahme am politischen Geschehen gegeben. Um in einer Partei mitzuwirken und mitzugestalten, muss man nicht das ganze Wahlprogramm paraphrasieren, sondern sich an den Stellen einmischen und einbringen, an denen man die parteipolitische Linie gerade nicht mitträgt. Und wer in den Parteien dennoch keine Lobby zu finden vermag, dem bleibt der zwischenmenschliche Diskurs und die Demonstration auf der Straße. Egal welche dieser Formen der Teilnahme wahrgenommen werden, ist ihnen doch allen gemein, dass sie ein Zusammentreffen und den Widerstreit verschiedener Meinungen und Überzeugungen voraussetzen. Wahlen oder Volksabstimmungen gewährleisten kaum eine solche Auseinandersetzung mit der gesellschaftlichen Meinungsvielfalt, denn sie erlauben es eben gerade auch, sich Andersdenkenden schon von vornherein zu verschließen – für die Stimme auf dem Wahlzettel muss man sich nämlich gerade nicht rechtfertigen. Die Rolle des Nur-Wählers ist aber nicht unumstößlich. Die Herrschaft des Volkes beginnt in der Wahlkabine, aber sie muss bzw. darf dort auch nicht Enden.*

*Was Europa im Jahr 2017 bevorsteht, gleicht grotesk einem Staffellauf. Eine europäische Nation nach der anderen muss, ächzend unter den Strapazen des Wahlkampfes, um den Beweis ihrer Weltoffenheit und Europaverbundenheit ringen. Und Deutschland wird den Staffelstab bei den Bundestagswahlen am 24.09.2017 selbst übernehmen müssen, nachdem die Niederlande besagtes Etappenziel erreicht haben und Frankreich vielleicht erreicht haben wird.*

*Eine Herrschaft des Volkes bedeutet immer auch, dass Mehrheiten die politische Agenda bestimmen und natürlich kann es auch Mehrheiten für Alternativen geben. Wer mitwirken und -steuern will, dem sind hinreichend politische Mittel an die Hand gegeben. Mit jedem zusätzlichen ausgefüllten Stimmzettel und egal wo das Kreuz letztlich steht, ist eher gewährleistet, dass das Ergebnis wirklich die Gesellschaft widerspiegelt. Dabei ist die Demokratie, das Recht zu wählen, zwar kein Garant gegen Rechts, Links oder die Mitte, aber eine Gelegenheit, unserer Stimme ganz frei, geheim, unmittelbar und jeder anderen Stimme gleichberechtigt politisches Gewicht zu verleihen. Zwar steht es jedem zu, das eigene Kreuzchen dem Protest zu widmen. Es sei aber darauf hingewiesen, dass wir als Staatsbürger dazu berufen sind, unserer Vertreter primär zu (er)wählen und nicht abzuwählen, ein Aspekt, der in Zeiten von „The Voice“, „DSDS“ und Konsorten vielleicht in den Hintergrund gerückt ist.*

Timmy Ebert (Schatzmeister Freilaw e.V.)

<sup>6</sup> Diehl, Die Krise der repräsentativen Demokratie verstehen. Ein Beitrag der politischen Theorie, ZPol 14.10.2016.

<sup>7</sup> Beispielhaft sei nur auf die Aktion „Pulse of Europe“ verwiesen. <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2017-03/pulse-of-europe-demonstrationen-europa-berlin>; zuletzt abgerufen am 01.05.2017.

# Grenzen des Unionsbürgerschaftlichen Wahlrechts in der Europäischen Union?

Antonia Meyer\*

## A. Einleitung

Die Beteiligung von Bürgern am Willensbildungsprozess ist die Grundlage jedes demokratischen Staates und der supranationalen Organisation der Europäischen Union. Auf den Wählerstimmen der Bürger basieren die politischen Entscheidungen der gewählten Organe. Die Staatsangehörigen der Mitgliedsstaaten bilden die Unionsbürgerschaft der Europäischen Union. Ihnen wird daraus das Recht eröffnet, sowohl aktiv als auch passiv an den Wahlen zum Europäischen Parlament sowie an Kommunalwahlen im Mitgliedsstaat, in dem sie leben, teilzunehmen. Von überaus großer Bedeutung ist das Wahlrecht zum Europäischen Parlament, denn dieses ist die einzig direkt gewählte Institution der Europäischen Union. Die Umsetzung findet das Wahlrecht, nach Vorgaben des europäischen Primär- und Sekundärrechts, in den Rechtsordnungen der 28 Mitgliedsstaaten. Daraus ergibt sich eine immense Heterogenität.

Die Unionsbürgerschaft selbst ist ein wesentliches Element der europäischen Integration. Sie gibt Unionsbürgern durch die ihnen gewährten Rechte eine Möglichkeit der Partizipation an und der Identifikation mit der Europäischen Union und geht über die wirtschaftlichen Gewährleistungen hinaus. Die Unionsbürgerschaft muss in der Zukunft offen für Veränderungen sein. Wie die Integration selbst ist sie unweigerlich Wandlungen unterworfen und muss dafür eine gewisse Flexibilität innehaben.

## B. Das aktive und passive Wahlrecht in der Europäischen Union

Durch die Unionsbürgerschaft werden den Individuen politische Mitwirkungs- und demokratische Teilhaberechte gewährt, welche den status activus der Unionsbürger begründen.<sup>1</sup> Den wichtigsten Teil machen das aktive und passive Wahlrecht bei den Wahlen zum Europäischen Parlament<sup>2</sup> und den Kommunalwahlen aus. Das unionsbürgerschaftliche Wahlrecht aus Art. 14 III EUV, Art. 22, 223 AEUV, Art. 39, 40 GRC ist die Grundlage für die repräsentative Demokratie, welche in Art. 2 S. 1, Art. 10 I EUV festgeschrieben ist. Nach Art. 10 III EUV haben „alle Bürger das Recht, am demokratischen Leben der Union teilzunehmen“. Das Demokratiegebot hat den Status eines genuin europäischen Verfassungsprinzips inne.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Wendel in Enzyklopädie Europarecht Band 2, Baden-Baden 2014, §18 Rn 27; Huber, *Unionsbürgerschaft*, in Europarecht (EuR) 2013, S. 238 ff.

<sup>2</sup> Im folgenden EP.

<sup>3</sup> Stern/Sachs, *Europäische Grundrechte Kommentar*, München 2016, -Hobe, Art. 39 Rn10.

Unionsbürger, die in einem Mitgliedsstaat leben, dessen Staatsangehörige sie nicht sind, haben staatsangehörigkeitstranszendierend das aktive und passive Wahlrecht in ihrem Wohnsitzstaat. Sie dürfen ihre Stimme abgeben und sind zudem wählbar. Was genau unter dem Begriff des „Wohnsitzes“ verstanden wird, hängt von den Mitgliedsstaaten ab. Diese haben im Rahmen ihrer Wahlgesetzgebung einen Gestaltungsspielraum. Das unionsbürgerschaftliche Wahlrecht macht insgesamt besonders deutlich, dass es ein Bestreben dahingehend gibt, den Unionsbürgern eine politische Dimension zu verleihen.<sup>4</sup>

## I. Das Wahlrecht zu den Wahlen des Europäischen Parlaments

Gemäß Art. 22 II AEUV haben Unionsbürger das Recht zur Teilnahme an den Wahlen zum EP nach den für die Angehörigen des betreffenden Mitgliedstaates geltenden Bedingungen.<sup>5</sup> Die rechtliche Grundlage für die Gestaltung sowie für die Wahlen selbst stellen Art. 14 III EUV und Art. 223 AEUV dar. Nach Art. 223 I AEUV hat das EP einen Entwurf zu erstellen, um das Ziel eines einheitlichen Verfahrens im Einklang mit allen Mitgliedsstaaten für die Wahl der Mitglieder des EP zu erreichen. Daraus folgt die primärrechtliche Zuständigkeit der EU für die Regelung des Wahlrechts. Jedoch ist eine solche Vereinheitlichung bis dato nicht geschehen. Eine auf gemeinsamen Grundsätzen beruhende gemeinschaftliche Teilregelung besteht mit dem Akt zur Einführung allgemeiner unmittelbarer Wahlen der Mitglieder des EP.<sup>6</sup> Aufgrund des Fehlens eines einheitlichen Wahlverfahrens wird das Wahlrecht also bis auf die Ausnahmen, welche im DWA niedergeschrieben sind, weitgehend durch die Mitgliedstaaten auf nationaler Ebene geregelt, so z.B. mit dem Europawahlgesetz<sup>7</sup> und der Europawahlordnung<sup>8</sup> in Deutschland. Eine Regelung über konkrete Vorgaben innerstaatlicher Umsetzungen bezüglich der Ausübung des Wahlrechts durch Unionsbürger mit Wohnsitz in

<sup>4</sup> Schönberger, *Unionsbürger: Europas föderales Bürgerrecht in vergleichender Sicht*, Tübingen 2005, S. 442; Shaw, *The Transformation of Citizenship in the European Union, Electoral Rights and the Restructuring of Political Space*, Cambridge 2007, S. 48.

<sup>5</sup> Meyer, *Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Baden-Baden 2014, -Magiera, Art. 39 Rn 6.

<sup>6</sup> Im folgenden DWA.

<sup>7</sup> In der Fassung der Bekanntmachung vom 8. März 1994 (BGBl. I S. 423, 555, 852), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 7. Oktober 2013 (BGBl. I, S. 3749); im folgenden EuWG.

<sup>8</sup> In der Fassung der Bekanntmachung vom 2.5.1994 (BGBl. I S. 9571), zuletzt geändert durch Art. 1 der Verordnung vom 16.12.2013 (BGBl. I S. 4335).

einem Mitgliedsstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen, besteht mit der Richtlinie 93/109/EG des Rates.<sup>9</sup>

## 1. Die Wahlrechtsgrundsätze in der Europäischen Union

Die demokratische Legitimation der durch die Unionsbürger gewählten Vertreter ergibt sich aus allgemeinen, freien und geheimen Wahlen durch die Unionsbürger. Diese Grundsätze gelten nach Art. 14 III, Art. 3 EUV, Art. 39 II GRC, Art. 1 III DWA für die Wahlen der Mitglieder des EP in einem demokratischen System. Durch die allgemeinen Rechtsprinzipien der Wahlrechtsgrundsätze soll ein demokratisches Wahlsystem geschaffen werden<sup>10</sup> und den rechtssetzenden Organen ein Gestaltungsspielraum bzgl. der Wahlsysteme oder einzelner Wahlvoraussetzungen, wie der innerstaatlichen Einschränkungen des Wahlrechts, eröffnet werden.<sup>11</sup> Aus dem Grundsatz der allgemeinen Wahl folgt, dass niemand ungerechtfertigt von den Wahlen ausgeschlossen werden darf.<sup>12</sup> Die Unmittelbarkeit der Wahl ist gewahrt, sofern die Unionsbürger die Mitglieder des EP selbst wählen, ohne das Vorschalten von Wahlmännern oder das direkte Entsenden durch mitgliedstaatliche Parlamente.<sup>13</sup> Diese Direktwahl, welche auch der DWA normiert, stellt die Grundlage für die Eigenschaft des EP als vollwertiges Legislativorgan dar.<sup>14</sup> Die Grundsätze der freien und geheimen Wahl sollen die unbeeinflusste Wahl als Teil eines unbehinderten demokratischen Meinungsbildungsprozesses sicherstellen.<sup>15</sup>

Das in Art. 10 I EUV normierte Selbstverständnis der EU als eine repräsentative Demokratie kann nur Wirklichkeit sein, wenn dafür erforderliche Grundsätze als Mindestanforderung bestehen und eingehalten werden. Die Entscheidungen der Union sind nur legitimiert, wenn sie nach den primärrechtlich verankerten Wahlrechtsgrundsätzen durch gewählte Repräsentanten erfolgen.<sup>16</sup>

## 2. Die Bedeutung des nicht normierten Grundsatzes der Gleichheit der Wahl

Die Gleichheit ist als Grundbedingung der demokratischen Funktion einer durch Wahlen konstituierten Legislative einzu-

ordnen.<sup>17</sup> Wie der Grundsatz der allgemeinen Wahl trägt er dem Demokratieprinzip Rechnung, indem er die Ausübung des Wahlrechts in formal möglichst gleicher Weise durch Einhaltung von Zähl- und Erfolgswertgleichheit gewahrt sehen will.<sup>18</sup> Der Grundsatz der Gleichheit ist in Art. 14 III, Art. 3 EUV, Art. 39 II GRC, Art. 1 III DWA nicht aufgenommen. Vielmehr stellt die degressiv-proportionale Sitzverteilung zum EP, welche in Art. 14 II EUV normiert ist, wonach kleine Staaten mehr Abgeordnete pro Einwohner entsenden als einwohnerstärkere Staaten, einen Kompromiss zwischen dem völkerrechtlichen Grundsatz der Staatengleichheit und dem demokratischen Postulat eines egalitären Wahlrechts<sup>19</sup> dar. Diese Tatsache dient dem Integrationsprinzip, gewährleistet aber nicht die Erfolgswertgleichheit, die nach dem Grundsatz eigentlich vorliegen muss. Es lässt sich jedoch gerade nicht sagen, dass der Grundsatz der Gleichheit bei den Wahlen der EU nicht einzuhalten ist.<sup>20</sup> Dies folgt schon aus dem Gleichheitssatz des Art. 9 S. 2 EUV und dem Demokratieprinzip des Art. 2 S. 1 iVm Art. 10 I EUV. Er ist stets mindestens zu berücksichtigen. Auch wenn er nicht uneingeschränkt beachtet wird, bedürfen Ausnahmen einer Rechtfertigung.

Bei der Aufstellung der unionswahlrechtlichen Grundsätze wurde nicht grundlos auf die Berücksichtigung des Grundsatzes der Gleichheit verzichtet. Vielmehr wurde dem Umstand Beachtung geschenkt, dass die Einhaltung der Gleichheit schon bei der Festlegung des Wahlsystems unmöglich war. Insofern besteht ein Defizit z.B. bei der Verteilung der Mandate, weil das demokratische Wahlprinzip „one man – one vote“ nicht einzuhalten ist,<sup>21</sup> sondern auf die degressive Proportionalität zurückgegriffen wird. Dieser Grundsatz widerspricht aber gerade deshalb nicht der Legitimation des EP, weil den kleinen Mitgliedsstaaten ein Anreiz und eine Möglichkeit geboten werden, überhaupt an der parlamentarischen Mitbestimmung der EU teilzuhaben.<sup>22</sup> Bei einer zu der Bevölkerungsgröße proportionalen Sitzverteilung könnten die kleinsten Mitgliedsstaaten von fast allen anderen Staaten überstimmt werden.

Die Berücksichtigung des Grundsatzes stellt die Änderung des DWA aus dem Jahr 2002 dar, wodurch die Anwendung des Verhältniswahlsystems in allen Mitgliedsstaaten vereinheitlicht und verbindlich gemacht wurde.<sup>23</sup> Aber der Grundsatz der Gleichheit ist insgesamt weder mit den anderen in den Verträ-

<sup>9</sup> RL 93/109/EG vom 6.12.93, zuletzt geändert durch Art. 1 der RL 2013/1/EU vom 20.12.12, Abl. L 26 vom 26.1.2013, S. 27 ff.

<sup>10</sup> Voßkuhle/Kaufhold, Grundwissen Öffentliches Recht: Die Wahlrechtsgrundsätze, JuS 2013, 1078.

<sup>11</sup> Meyer GRC-Magiera, Art. 39 Rn 23.

<sup>12</sup> Vedder/v.Heintschel-Heinegg, Europäisches Unionsrecht, Baden-Baden 2012, -Epping, Art. 14 EUV Rn 7.

<sup>13</sup> Schwarze EU-Kommentar, Baden-Baden 2012, -Schoo, Art. 14 EUV Rn 51.

<sup>14</sup> Hoffmann/Tappert, Ohne Hürden? Europawahl 2014, NVwZ 2014, 630.

<sup>15</sup> Meyer GRC-Magiera, Art. 39 Rn 27; Streinz EUV/AEUV-Magiera, Art. 14 EUV Rn 62.

<sup>16</sup> Isensee/Kirchhof Handbuch des Staatsrechts II, Heidelberg 2014, -Badura, S.519.

<sup>17</sup> v. Achenbach, Demokratische Gesetzgebung in der EU, Heidelberg 2013, S. 424.

<sup>18</sup> BVerfG 129, 300, 317; Schwarze EU-Kommentar-v. Vormizeele, Art. 39 Rn 11.

<sup>19</sup> Streinz Kommentar über den Vertrag über den EUV und AEUV, München 2012, -Huber, Art. 14 EUV Rn 63.

<sup>20</sup> Streinz EUV/AEUV-Huber, Art. 14 EUV Rn 65; v.d.Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht Band 1, Baden-Baden 2015, -Bieber, Art. 14 EUV Rn 64.

<sup>21</sup> Magiera, Das Europäische Parlament als Garant demokratischer Legitimation in der EU in Festschrift für Ulrich Everling zum 70. Geburtstag, Baden-Baden 1995, S. 797.

<sup>22</sup> BpB, Zahlen und Fakten zur Europawahl - Stimmgewichtung und Sitzverteilung in den Ländern, <http://www.bpb.de/nachschlagen/zahlen-und-fakten/europawahl/183203/stimmengewichtung-und-sitzverteilung>, zuletzt aufgerufen am 28.08.16.

<sup>23</sup> Nohlen, Wie wählt Europa? Das polymorphe Wahlsystem zum Europäischen Parlament, APuZ 2004.



gen und der Charta niedergeschriebenen Wahlrechtsgrundsätzen gleichzustellen,<sup>24</sup> noch als absolutes Prinzip zu verstehen, was insgesamt den strukturellen Besonderheiten des europäischen Wahlsystems geschuldet ist.<sup>25</sup>

## II. Das Kommunalwahlrecht

Jedem Unionsbürger, der seinen Wohnsitz in einem Mitgliedsstaat hat, dessen Staatsangehörigkeit er nicht besitzt, steht aus Art. 22 I AEUV, Art. 40 GRC das Recht zu, in diesem Wohnsitzstaat an Kommunalwahlen teilzunehmen. Einzelheiten regelt die Richtlinie 94/80/EG.<sup>26</sup> Seine verfassungsrechtliche Umsetzung in Deutschland findet es in Art. 28 I 3 GG. Es ist als Effektivierung der gemeinschaftsrechtlichen Freizügigkeit anzusehen.<sup>27</sup> Andernfalls wären Unionsbürger, die ihren Staat verlassen, ihrer Freizügigkeit beraubt, da damit der Verlust des Wahlrechts einherginge. Dies widerspräche der erwünschten Mobilität der Unionsbürger.

Insgesamt wird den Unionsbürgern eine Möglichkeit gegeben, sich in einem höheren Maße in die Kommunalgemeinschaft des Mitgliedsstaats zu integrieren und dort am politischen Leben teilzunehmen, wo sie von den örtlichen Angelegenheiten besonders und direkt betroffen sind und einen Teil des demokratischen Legitimationskörpers darstellen.<sup>28</sup>

## C. Grenzen des unionsbürgerschaftlichen Wahlrechts

Es besteht keine uneingeschränkte Wahlrechtsgarantie innerhalb der EU.<sup>29</sup> Vielmehr gibt es bestimmte Grenzen, die Unionsbürger temporär oder dauerhaft vom Wahlrecht zum EP sowie dem Kommunalwahlrecht ausschließen oder die dazu führen, dass ein Unionsbürger aus bestimmten Gründen nicht zum Kreis der Wahlberechtigten gezählt wird. Da die Ausgestaltung des Wahlrechts im Wesentlichen durch die Mitgliedsstaaten geschieht und es an einem einheitlichen Wahlsystem mangelt, handelt es sich zumeist um nationale Beschränkungen. Im Grunde obliegt es den Mitgliedsstaaten, unter Einhaltung der Vorgaben des Unionsrechts, insbesondere des Diskriminierungsverbots und des Prinzips der Inländergleichbehandlung, den Kreis der Wähler zu bestimmen und gegebenenfalls einzugrenzen.<sup>30</sup>

## I. Die strafrechtliche Einschränkung des Wahlrechts aufgrund innerstaatlicher Nebenstrafe

Aufgrund der Rechtsordnungen der EU-Mitgliedsstaaten kann nach Begehung bestimmter Straftaten das Wahlrecht durch

Nebenstrafe entzogen werden. Dies gilt dann auch für die Wahlen zum EP und das europäische Kommunalwahlrecht. Diese Beschränkung der Ausübung der garantierten, unionsbürgerschaftlichen politischen Rechte kann dem Recht der EU-Verträge sowie dem Grundrechtsschutz der GRC widersprechen, indem es die Allgemeinheit der Wahl einschränkt. Nur unter bestimmten Umständen ist dies nach den Maßstäben der EU gerechtfertigt.

Bei dem Entzug des unionsbürgerschaftlichen Wahlrechts durch den eigenen Staat handelt es sich um die Einschränkung des Grundrechts aus Art. 32 II GRC, welcher die Grundprinzipien für die Durchführung von Wahlen in einem demokratischen System wiedergibt.

Der EuGH kontrolliert die nationale (endgültige) Beschränkung des Wahlrechts zu den Wahlen der EU als Grundrecht aus Art. 39 II GRC. Die Kontrolle steht in dem Lichte, dass die Gewährleistung von Grundrechten nicht der Struktur und dem allgemeinen Wohl dienenden Ziel der Gemeinschaft zuwiderlaufen soll.<sup>31</sup> Unter bestimmten Voraussetzungen sind die Unionsgrundrechte gemäß dem allgemeinen Schrankenvorbehalt des Art. 52 I einschränkbar.<sup>32</sup> Dafür müssen der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sowie der Wesensgehalt beachtet und gewahrt sein.

Die Aberkennung des Wahlrechts durch eine normativ angeordnete Nebenstrafe ist verhältnismäßig und wesensgehaltskonform, sofern das Verhältnis zwischen der Strafe und der Rechtsfolge angemessen ist.<sup>33</sup> Dazu ist eine besondere Schwere der Tat festzustellen. In Deutschland kann der Entzug des Wahlrechts durch Richterspruch nur auf die Begehung von bestimmten, politischen Straftaten folgen. Eine unterschiedslose Versagung des Wahlrechts für jeden Straftäter wäre in keinem Fall wesensgehaltwährend. Ein dauerhafter Entzug des Wahlrechts kann vor allem dann gerechtfertigt sein, wenn eine spätere Überprüfung der Entscheidung durch die nationalen Gesetze möglich ist. Dies verhindert den pauschalen Ausschluss von den Wahlen und den endgültigen Verlust des unionsbürgerschaftlichen Grundrechts.

## II. Einschränkungen aufgrund der Staatsangehörigkeit und des Wohnsitzstaats

Obwohl den Unionsbürgern in jedem Mitgliedsstaat das aktive und passive Wahlrecht eingeräumt wird, gibt es Grenzen, die von der Staatsangehörigkeit und dem Wohnsitz abhängig sind. Grundsätzlich setzen sowohl das Wahlrecht zum EP als auch das Kommunalwahlrecht am Wohnsitz an, wobei die genaue Definition des „Wohnsitzes“ und seiner Anforderungen und Bedeutung den Mitgliedsstaaten obliegt.<sup>34</sup>

<sup>24</sup> Stern/Sachs GRC-*Hobe*, Art. 39 Rn 47.

<sup>25</sup> *Haag*, Unionsbürgerschaft und Europäisches Wahlrecht in Die Herausforderung von Grenzen, Festschrift für Roland Bieber zur Emeritierung, Baden-Baden 2007, S. 139.

<sup>26</sup> RL 94/80/EG vom 19.12.1994, Abl. L 368 vom 31.12.1994, S. 38 ff.

<sup>27</sup> Schönberger, Unionsbürger, S. 442; Hasselbach, Europäisches Kommunalwahlrecht – zur Umsetzung der EG Richtlinie über das Kommunalwahlrecht der Unionsbürger in den EU-Mitgliedsstaaten, ZG 1997, S. 50.

<sup>28</sup> Schönberger, Unionsbürger, S. 450.

<sup>29</sup> So auch Art. 6 und 7 der EuropawahlRL 93/109/EG.

<sup>30</sup> COM(2014) 033 final.

<sup>31</sup> Stricker, Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention und der gemeinsamen Verfassungsüberlieferung für den Grundrechtsschutz der Europäischen Union, Frankfurt 2010, S. 59.

<sup>32</sup> Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundpflichten-*Ehlers*, Berlin 2012, §14 Rn 99.

<sup>33</sup> EGMR Urte. v. 22.5.2012, *Scoppola v. Italien* Nr. 3 (Nr. 126/05) §98 ff..

<sup>34</sup> Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, München 2016, -*Nettesheim*, Art. 22 AEUV Rn 16.

## 1. Ausnahmen in Staaten mit einem EU-Ausländeranteil von über 20%

In Staaten, in denen der Anteil der Unionsbürger aus anderen Mitgliedsstaaten mehr als 20% der Wahlberechtigten ausmacht, kann deren Wahlrecht unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips zeitweise zugunsten der eigenen Staatsangehörigen eingeschränkt werden.<sup>35</sup> Dann kann ein Staat bei der Umsetzung des Sekundärrechts Ausnahmeregelungen in Form einer Mindestdauer der Wohnsitznahme<sup>36</sup> schaffen, was aus der Ermächtigung der Art. 52 II GRC, Art. 22 I 2 AEUV folgt.<sup>37</sup> Allein in Luxemburg, wo mehr als 40% der Wahlberechtigten ausländische Unionsbürger sind, wird ein solches Kriterium angewendet, nämlich eine Mindestdauer der Wohnsitznahme von fünf Jahren.<sup>38</sup> Diese Anforderung stellt ein gerechtfertigtes Kriterium zur Bestimmung des Wählerkreises dar und widerspricht nicht dem Prinzip der Inländergleichbehandlung, obwohl das Erfordernis der Aufenthaltslänge im Staat nicht gleichermaßen für die Staatsangehörigen gilt. Luxemburg gewährleistet damit das Stimmgewicht der eigenen Staatsangehörigen. Diese würden ansonsten durch die enorme Anzahl an EU-Ausländern, die teilweise nicht langfristig im Staat leben und die die Auswirkungen der Wahlen oft nicht betreffen, in ihren eigenen Partizipationsmöglichkeiten eingeschränkt, da ihr Stimmgewicht im Verhältnis verringert würde.

## 2. Der Entzug des innerstaatlichen Wahlrechts

Ein anderer Fall der Beschränkung des Wahlrechts besteht darin, dass einige Mitgliedsstaaten im Ausland lebende Staatsangehörige von den nationalen Wahlen ausschließen oder das Wahlrecht an bestimmte Voraussetzungen knüpfen.<sup>39</sup> Infolgedessen besteht für diese Unionsbürger keine Möglichkeit, an nationalen Parlamentswahlen teilzunehmen. Dadurch wird eine Teilnahme am nationalen Willensbildungsprozess (mit der Ausnahme auf kommunaler Ebene) unmöglich gemacht. Darüber hinaus kann auch das unionsbürgerschaftliche Recht auf Freizügigkeit innerhalb der EU aus Art. 19 AEUV verletzt sein, was zum Verlust des Rechts auf politische Teilhabe führt, denn den Unionsbürgern entsteht gerade ein Nachteil daraus, dass sie sich innerhalb der Union bewegen.

Es wurden vom EGMR Kriterien entwickelt, die solche einschränkenden Anforderungen der Staaten rechtfertigen können. Die Einschränkung des Wahlrechts wegen eines Wohnsitzfordernisses im einigen (Herkunfts-)Staat besteht, weil angenommen wird, es könne keine sinnvolle Stimmabgabe geschehen, wenn ein Unionsbürger nicht mit den politischen, realen Umständen vertraut oder hinreichend darüber informiert ist, weil er dort keine Zeit verbringt und keine Beziehung mehr zu

dem Land besteht.<sup>40</sup> Außerdem werden die nicht in ihrem Staat Ansässigen nicht direkt von den Rechtsvorschriften des Gesetzgebers tangiert.<sup>41</sup> Durch das Abstammungsprinzip *ius sanguinis*, wonach Kinder die Staatsangehörigkeit ihrer Eltern erlangen, kann es dazu kommen, dass Staatsangehörige nie wirklich in diesem Staat gelebt haben und kein Interesse daran besteht, an dessen Politik teilzunehmen. Oft liegt in solchen Fällen sogar die doppelte Staatsbürgerschaft vor. Dann scheint nicht ersichtlich, warum ein innerstaatliches Wahlrecht bestehen sollte. Der EGMR fordert hier zu Recht eine Abwägung der möglichen Rechtfertigung gegenüber den unionsbürgerschaftlichen Wahlrechten, weil eine allgemeine, automatische und undifferenzierte Abweichung vom Grundsatz des allgemeinen Wahlrechts die demokratische Legitimität der gewählten gesetzgebenden Körperschaften und der daraus resultierenden Gesetze untergrabe,<sup>42</sup> oft aber die Voraussetzungen des gerechtfertigten Entzugs des Wahlrechts vorliegen.

In vielen Fällen treffen die oben genannten Rechtfertigungen gerade nicht zu, weil die betreffenden Unionsbürger eine enge Verbindung zu ihrem Herkunftsland pflegen, da sie in diesem z.B. familiären Anschluss haben oder planen, zurückzukehren.<sup>43</sup> Gerade wegen der europäischen Integration und der Globalisierung kommt es häufig zu temporären oder längerfristigen Wohnsitzwechseln, wobei die Unionsbürger mit ihrem Wohnsitzstaat oft nicht mehr verbindet als ein Arbeitsverhältnis. Dass diesen Unionsbürgern das Wahlrecht in ihrem Heimatstaat verwehrt bleibt, erscheint den Prinzipien der EU zu widersprechen. Weil die Staatsangehörigkeit bestehen bleibt, wenn der Wohnsitz in einem anderen Staat liegt, besteht zwischen dem Staat und seinem Angehörigen auch weiterhin ein Rechte- und Pflichtenverhältnis.

Insgesamt sind die Rechtfertigungen im Einzelfall zu beurteilen, allerdings überwiegen die Rechte der Staatsangehörigen mindestens dann, wenn ein Bezug zum Staat besteht. Somit sollten Staaten, die ihre Staatsangehörigen von den Wahlen ausschließen, keine strengen Anforderungen stellen und sehr großzügig, schon beim Vorliegen eines Bezuges zum Staat, das Wahlrecht gewähren. In solchen Fällen muss das souveräne Recht der Staaten zur Regelung der nationalen Wahlen hinter den Interessen der Unionsbürger zurückstehen. Andernfalls entsteht der paradoxe Fall, dass sich die Unionsbürgerschaft selbst untergräbt, weil durch die Inanspruchnahme der aus ihr erwachsenden Freizügigkeit ein Beschneiden des Wahlrechts folgt. In diesem Licht könnte sich das Bestreben nach einem

<sup>35</sup> Ehlers-Kadelbach, §26 Rn 52.

<sup>36</sup> Art. 12 I der RL 94/80/EG; Art. 14 I der RL 93/109/EG.

<sup>37</sup> Streinz EUV/AEUV-Magiera, Art. 22 Rn 21; Geiger/Khan/Kotzur, European Treaties, Treaty on European Union, Treaty on the Function of the European Union, München/Oxford 2015, -Khan/Henrich, Art. 22 Rn 5; v.d.Groeben/Schwarze/Hatje-Haag, Art. 22 Rn 19.

<sup>38</sup> COM(2012) 99 final, S. 14.

<sup>39</sup> COM(2014) 033 final, Nr. 2.

<sup>40</sup> COM(2013) 269 final, S. 24.

<sup>41</sup> EGMR Urte. v. 7.5.2013, *Shindler v. Vereinigtes Königreich* (Nr. 19840/09) Rn 105.

<sup>42</sup> EGMR Urte. v. 7.5.2013, *Shindler v. Vereinigtes Königreich* (Nr. 19840/09) Rn 105.

<sup>43</sup> S. Flash Eurobarometer 430, „EU Citizenship“, S. 61 wonach weniger als 30% der Befragte, der Meinung sind, der Verlust des nationalen Wahlrechts sei gerechtfertigt, [http://ec.europa.eu/justice/citizen/document/files/2016-flash-eurobarometer-430-citizenship\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/citizen/document/files/2016-flash-eurobarometer-430-citizenship_en.pdf), zuletzt aufgerufen am 27.08.16.

Europa der Bürger als bloße theoretische Konstruktion erweisen.<sup>44</sup>

### III. Einschränkungen durch Sperrklauseln und die Ungleichheit der Wahlsysteme

Die innerstaatliche Umsetzung des Wahlsystems zum EP ist wegen sehr unterschiedlicher verfassungsrechtlicher und wahlrechtlicher Traditionen enorm differierend.<sup>45</sup> Das Wahlsystem der Union stellt eine Summe aus den 28 einzelnen Wahlsystemen dar. Dass dadurch Probleme bei der Gewährleistung der Wahlrechtsgrundsätze, inklusive und insbesondere der Gleichheit entstehen, ist wenig überraschend.

Eine Einschränkung der Wähler durch die Nicht-Berücksichtigung von Stimmen und damit eine Begrenzung des Wahlrechts kann sich aus unterschiedlichen und nicht unionsweit verbreiteten Sperrklauseln ergeben, die in Art. 3 DWA ausdrücklich bis zu einer Schwelle von 5% für zulässig erklärt werden. Da Sperrklauseln eine Einschränkung der Erfolgswertgleichheit mit sich bringen, sind sie grundsätzlich nur gerechtfertigt, wenn zwingende Gründe vorliegen.<sup>46</sup> Die Stimmen für die unterhalb der Sperrklausel liegenden Parteien, die regelmäßig keine Berücksichtigung im EP finden, gehen bei der Sitzverteilung verloren, womit diese Stimmen nicht die gleichen Erfolgchancen haben.<sup>47</sup>

In Deutschland war das Bestehen einer Sperrklausel für die Wahlen zum EP dreimal Gegenstand von Entscheidungen des BVerfG.<sup>48</sup> Dieses hatte erstmals im Jahr 1979 eine 5%ige Sperrklausel als verfassungsmäßig bestätigt.<sup>49</sup>

Nachdem das Gericht 2011 die nach §2 VII EuWG a.F. geltende 5%-Sperrklausel für verfassungswidrig erklärt hatte, weil nach nunmehr vertretener Meinung des BVerfG durch das Wegfallen einer Sperrklausel nicht mit einer erheblichen Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des EP zu rechnen gewesen sei,<sup>50</sup> und das EP, anders als eine Bundesregierung, ohnehin nicht auf permanente Unterstützung angewiesen sei,<sup>51</sup> wurde mit Änderung des §2 VII EuWG a.F. eine 3%-Klausel eingeführt. Das BVerfG hat erneut unter Beachtung der Wahlrechts- sowie Chancengleichheit der Art. 3 I, 21 I GG befunden, dass die Einschränkung ebendieser nicht durch die Sicherung der Funktionsfähigkeit des EP gerechtfertigt sei.<sup>52</sup>

<sup>44</sup> Rossi, Wahllos wahlrechtslos – Ungereimtheiten der Unionsbürgerschaft, NJW-aktuell, Heft 21/2010.

<sup>45</sup> EP (2015/2035(INL) S. 10.

<sup>46</sup> Stern/Sachs GRC-Hobe, Art. 39 Rn 41; Schwarze EU-Kommentar-v. Vormizeele, Art. 39 Rn 11.

<sup>47</sup> Auf die nach den Europawahlen 2009 durch die 5%-Sperrklausel nicht berücksichtigten Stimmen fiel ein Anteil von 10%, vgl. BVerfGE 129, 300, 306.

<sup>48</sup> BVerfG, Urt. v. 9.11.2011 (Fünfprozentklausel EP-Wahlen), BVerfGE 129, 300 ff.; BVerfG, Urt. v. 26.2.2014 (Dreiprozentklausel EP-Wahlen), BVerfGE 135, 259ff.

<sup>49</sup> BVerfGE 51, 222.

<sup>50</sup> BVerfGE 129, 300, 321; Prommer, Entscheidungsbesprechung BVerfG, Urt. v. 26.2.2014 – 2 BvE 2/13 u.a.: Drei-Prozent-Klausel im Europawahlrecht, ZJS 2014, 317.

<sup>51</sup> BVerfGE 129, 300, 335 f.

<sup>52</sup> BVerfGE 129, 300, 321; BVerfGE 135, 259.

Die Einschränkung der Wahlrechtsgleichheit durch Sperrklauseln ist zwar unzweifelhaft hoch, jedoch durch den Uniongesetzgeber vorgesehen. Durch die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit nach innerstaatlichen Kriterien (an Art. 3 I GG) ist es in Deutschland zwar zu einer Abschaffung gekommen, dies ist aber im Lichte der demokratischen Legitimation des EP nicht sinnvoll. Durch die Zersplitterung des Parlaments werden deren Handlungsfähigkeit Steine in den Weg gelegt.<sup>53</sup> So sind im Jahr 2014 nach den Wahlen zum EP 13 deutsche Parteien eingezogen. Dadurch, dass das Parlament nach dem Vertrag von Lissabon weitreichende Gesetzgebungskompetenzen innehat, sollte es vom Bundestag nicht mehr grundlegend unterschieden werden. Eine heterogene Zusammensetzung des EP ist alleine durch die Heterogenität der Mitgliedsstaaten und der durch diese versendeten Mitglieder des EP gewahrt. Sperrklauseln stehen dem nicht entgegen, sondern verstärken die Handlungsfähigkeit. Die damit einhergehende Einschränkung der Wahlrechtsgleichheit ist genauso gerechtfertigt, wie innerstaatlich die 5%-Hürde bei den Wahlen des Bundestages.

Insgesamt bringen die Unterschiede der Wahlsysteme vor allem Probleme hinsichtlich der Gewährleistung der Gleichheit der Wahl mit sich. Diese Tatsache beruht besonders auf den kollidierenden Traditionen der Mitgliedsstaaten. Dass ein Parlament durch und unter Berücksichtigung von 28 verschiedenen Wahlsystemen gewählt wird, führt durch die Freiheiten der Mitgliedsstaaten in der Gestaltung der Wahlen zum EP zur Uneinheitlichkeit und Ungleichbehandlung von Unionsbürgern.

### E. Fazit

Das unionsbürgerschaftliche Wahlrecht bildet den Kern der Unionsbürgerrechte. Es beeinträchtigt die demokratische Legitimation der EU jedoch nicht, wenn dieses Wahlrecht bestimmten Grenzen ausgesetzt ist. Die Grenzen bestehen neben dem Ausschluss einzelner Individuen auch in der innerstaatlichen Ausgestaltung des Wahlrechts, die in den 28 Mitgliedsstaaten der Union teils weit auseinandergeht.

Die Entwicklung der Unionsbürgerschaft zu einer individualschützenden Summe an Kernrechten impliziert im Ergebnis auch die politischen Teilhaberechte.<sup>54</sup> Das unionsbürgerschaftliche, grundrechtlich geschützte Wahlrecht ist durch die Legitimationsvermittlung und die Gewährleistung der demokratischen Grundsätze ein elementarer Teil der Unionsbürgerschaft.<sup>55</sup>

Zu dessen Achtung gehört zweifelsohne, die Begrenzungen dieser zentralen Stütze der Unionsbürgerschaft so gering wie möglich zu halten. Ein uneingeschränktes Recht liegt trotz der

<sup>53</sup> Schwarze EU-Kommentar-Schoo, Art. 223 AEUV Rn 7.

<sup>54</sup> So auch Lenz/Borchardt, EU Verträge Kommentar EUV/AEUV/GRC, Köln 2013, Kaufmann-Bühler, Art. 22 AEUV Rn 1; Hailbronner/Thym, Ruiz Zambrano – Die Entdeckung des Kernbereichs der Unionsbürgerschaft, NJW 2011, S. 2009.

<sup>55</sup> Shaw, S. 58; EnzEuRII-Wendel, §18 Rn 132; Steiner, Demokratieprinzip und Unionsbürgerschaft, EuR Beiheft 2015: 20 Jahre Unionsbürgerschaft, S. 159.

Einordnung in den Kernbereich aber nicht vor.<sup>56</sup> Die Souveränität der Mitgliedsstaaten bei der Ausgestaltung des Wahlrechts überwiegt nur in seltenen Fällen gegenüber den Anforderungen des Demokratieprinzips und der Wahlrechtsgrundsätze. Besteht für Unionsbürger kein Wahlrecht, ist die Unionsbürgerschaft ihrer praktischen Wirksamkeit beraubt.

Die fortlaufende Integration und die umfassenderen Kompetenzen des EP verlangen eine möglichst große Wählerschaft, um den demokratischen Grundprinzipien der Union nicht entgegenzustehen. Die Einschränkungen aufgrund der Staatsangehörigkeit sowie durch die divergenten Wahlsysteme sollten durch die Integration und Weiterentwicklung der Union stetig verringert werden. Da die Umsetzung des Wahlrechts durch die Mitgliedsstaaten geschieht, liegt es bis zu einer Vereinheitlichung an diesen, das Wahlrecht so umfangreich wie möglich zu gewähren.

Die Tatsache, dass das EP auf Grundlage von 28 verschiedenen Systemen gewählt wird, schadet der Gleichheit der Wahl und der Legitimation in großem Maße. Um diesem Problem Rechnung zu tragen, besteht eine Pflicht, das Wahlrecht nach dem Stand der Integration im höchstmöglichen Maße anzugleichen.<sup>57</sup> Die vollumfängliche Gewährung des Wahlrechts im gesamten Gebiet der Union im Einklang mit den Freizügigkeitsrechten der Unionsbürger schafft dabei neue Impulse für die europäische Integration.<sup>58</sup>

Eine Vereinheitlichung der Wahlsysteme, wie sie in Art. 223 AEUV vorgesehen ist, ist anzustreben, um das unionsbürgerschaftliche Wahlrecht weiter zu stärken. Dazu hat das EP im November 2015 einen Entschluss<sup>59</sup> zur Reform des europäischen Wahlsystems gefasst. Damit sollen die Wahlen demokratischer, die Rechte der Unionsbürger gesichert und die Legitimität und Effektivität des Parlaments gestärkt werden. Es bleibt abzuwarten, ob bei den nächsten Europawahlen 2019 ein neues, einheitlicheres Wahlsystem bestehen wird. Im Lichte der Demokratie und der Interessen der Unionsbürger wäre es wünschenswert.

*\* Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im achten Fachsemester.*

---

<sup>56</sup> So auch *Nettesheim*, Der Kernbereich der Unionsbürgerschaft – vom Schutz der Mobilität zur Gewährleistung eines Lebensumfelds, *JZ* 2011, S. 1034 f.; *Hong*, Kernbestand von Unionsbürgerrechten gegen eigenen Mitgliedsstaat – Grundrechtsrevolution im Mehrebenensystem, *ZJS* 2012, S. 252 f.

<sup>57</sup> *Haag*, *Bieber-FS*, S. 139.

<sup>58</sup> COM(2013) 269 final, S. 27.

---

<sup>59</sup> EP(2015/2035(INL)).

# Die Aberkennung des aktiven Wahlrechts von Strafgefangenen nach § 45 Abs. 5 StGB

–  
eine noch zeitgemäße „Nebenfolge“ der Verurteilung?

Sonja Bühler\*

Auch Strafgefangene dürfen in Deutschland an Wahlen teilnehmen. Allerdings können Gerichte als „Nebenfolge“ nach § 45 Abs. 5 StGB das aktive Wahlrecht aberkennen. Der Beitrag zeigt auf, inwiefern eine solche Aberkennung kritisch zu betrachten ist.

## A. Einführung

Die bevorstehende Bundestagswahl am 24. Juli 2017 gibt Anlass, sich mit einem Kernstück der staatsbürgerlichen Rechte des Einzelnen in einer Demokratie zu befassen – nämlich dem in Art. 38 GG verfassungsrechtlich verankerten Wahlrecht.

Dass die Allgemeinheit des Wahlrechts keine Selbstverständlichkeit ist, sondern wie uns die Geschichte lehrt hart erkämpft wurde, gerät dabei häufig in Vergessenheit. Trotz der Allgemeinheit der Wahl besitzen nicht alle Menschen das Wahlrecht. Ausgeschlossen sind etwa Minderjährige, Ausländer ohne deutsche Staatsangehörigkeit oder einem Betreuer unterstellte Personen. Darüber hinaus gibt es noch eine weitere Gruppe von Menschen, die unter Umständen nicht wählen darf. Dies sind diejenigen Strafgefangenen, denen nach § 45 Abs. 5 StGB durch ein gerichtliches Urteil als Nebenfolge das Wahlrecht aberkannt wurde. Zudem können Strafgefangene unter den Voraussetzungen des § 45 Abs. 1 bis 3 StGB ihr passives Wahlrecht für fünf Jahre verlieren.

## B. Aktuelle gesetzliche Lage und Zahlen I. Gesetzliche Lage

Gemäß § 45 Abs. 1 StGB verliert, wer wegen eines Verbrechens zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt wird, für die Dauer von fünf Jahren die Fähigkeit, öffentliche Ämter zu bekleiden und Rechte aus öffentlichen Wahlen zu erlangen, also das passive Wahlrecht. Es handelt sich dabei um eine automatische Rechtsfolge der Verurteilung.

Weiterhin kann das Gericht nach § 45 Abs. 2 die in Abs. 1 genannten Fähigkeiten für die Dauer von zwei bis fünf Jahren aberkennen, soweit dies in einem Gesetz besonders vorgesehen ist (z.B. in §§ 92a, 101, 102 Abs. 2, 109i, 129a Abs. 8, 264 Abs. 6 S. 1 StGB).

Nach § 45 Abs. 3 StGB verliert der Verurteilte mit dem Verlust der Fähigkeit, öffentliche Ämter zu bekleiden, zugleich die entsprechenden Rechtsstellungen und Rechte, die er innehat. Dies gilt gemäß § 45 Abs. 4 auch beim Verlust der Fähigkeit, Rechte aus öffentlichen Wahlen zu erlangen, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt.

Schließlich kann das Gericht im Rahmen von § 45 Abs. 5 bei bestimmten Delikten die Aberkennung des aktiven Wahlrechts für einen Zeitraum von zwei bis fünf Jahren als Nebenfolge verhängen, soweit das Gesetz dies besonders vorsieht. Der Entzug kann dabei unter Umständen über die Haftdauer hinausgehen. Genau diese Aberkennung – die Einschränkung des aktiven Wahlrechts von Strafgefangenen – ist in vielerlei Hinsicht nicht unumstritten und soll daher in diesem Artikel aus verschiedenen Perspektiven beleuchtet werden.

Normen, welche die Aberkennung besonders vorsehen betreffen hauptsächlich Staatsschutzdelikte wie Hochverrat (§§ 81 ff. StGB) oder Amtsdelikte sowie Straftaten gegen Verfassungsorgane<sup>1</sup>. Darunter fallen z.B. die §§ 92 a, 101, 102 Abs. 2, 108 c, 108 e Abs. 5, 109 i StGB.

Die Verurteilten verlieren das aktive Wahlrecht nur in Hinblick auf Wahlen und Abstimmungen in öffentlichen Angelegenheiten<sup>2</sup>. Darunter fallen etwa die Bundes- und Landtagswahlen, aber auch die Wahlen der deutschen Abgeordneten im EU-Parlament<sup>3</sup>.

Uneinigkeit besteht bereits darin, ob es sich bei der Aberkennung nach § 45 Abs. 5 StGB tatsächlich um eine „Nebenfolge“ handelt. Bei § 45 Abs. 1 tritt der Verlust des passiven Wahlrechts unmittelbar durch das Gesetz ein. Wegen des Fehlens einer weiteren richterlichen Entscheidung handele es sich nicht um eine Strafe, sondern lediglich um eine Nebenfolge<sup>4</sup>. Dagegen ist für den Eintritt der Folge des § 45 Abs. 2 und Abs. 5 gerade ein strafzumessender Richterspruch erforderlich, weshalb der Verlust des aktiven Wahlrechts nicht als „Nebenfolge“, sondern als Nebenstrafe oder zumindest „Sanktion eigener Art mit strafrechtlichem Charakter“ eingestuft werden könne<sup>5</sup>.

## II. Aktuelle Zahlen

Die Aberkennung des Wahlrechts wird nur äußerst selten verhängt. Im Zeitraum von 1978 bis 2008 wurde § 45 Abs. 2 bzw. Abs. 5 StGB in 178 Fällen angewendet, was im Schnitt 5,4

<sup>1</sup> MüKoStGB/Radtke, 3. Auflage 2016, § 45 Rn. 4.

<sup>2</sup> MüKoStGB/Radtke § 45 Rn. 27.

<sup>3</sup> MüKoStGB/Radtke § 45 Rn. 28.

<sup>4</sup> MüKoStGB/Radtke § 45 Rn. 6; so auch Kindhäuser/Neumann/Paefgen/Albrecht, StGB, 4. Auflage 2013, Rn. 1.

<sup>5</sup> Schönke/Schröder/Stree/Kinzig, 29. Auflage 2014 § 45 Rn. 8; MüKoStGB/Radtke § 45 Rn. 7.

Anwendungen pro Jahr entspricht<sup>6</sup>. In jüngerer Zeit wurde die Regelung sogar noch zurückhaltender angewendet. So wurden im Jahr 2012 die Bürgerrechte gem. § 45 Abs. 2 und Abs. 5 StGB nur ein einziges Mal aberkannt<sup>7</sup>. In den Jahren 2013 und 2014 gab es sogar keinen einzigen Fall, in dem ein Gericht das aktive oder passive Wahlrecht nach § 45 Abs. 2 bzw. Abs. 5 StGB aberkannt hat<sup>8</sup>.

Die geringe Anzahl zeigt, dass die Bedeutung der Norm für die Praxis als gering zu erachten ist und ist ein Indiz für die Überholtheit und fehlende Notwendigkeit der Norm<sup>9</sup>. Dies allein kann aber nicht zur Rechtfertigung des Verbleibs einer solchen Beschränkung im StGB dienen. Insbesondere gilt dies, da das Wahlrecht das „vornehmste Recht des Bürgers in demokratischen Staaten“<sup>10</sup> darstellt. Zur besseren Einordnung der Zahlen lohnt sich ein Blick auf die Rechtslage in anderen Ländern, in denen die Aberkennung des Wahlrechts bei Straftätern in der Praxis eine deutlich größere Rolle spielt. In den USA beispielsweise werden dadurch ca. 13 % der afroamerikanischen Männer von den Wahlen ausgeschlossen<sup>11</sup>. Auch im Vereinigten Königreich und in Russland haben Strafgefangene grundsätzlich kein Wahlrecht. Trotz mehrmaliger Verurteilung durch den EGMR verstößt das Vereinigte Königreich weiterhin gegen die EMRK und versagt das Wahlrecht der Strafgefangenen mit Blick auf ihre staatliche Souveränität<sup>12</sup>.

### C. Die Umsetzung des Wahlrechts Strafgefangener in Deutschland

Auch Strafgefangene genießen den Schutz der Grundrechte und grundrechtsgleicher Rechte, die nur durch oder aufgrund Gesetzes eingeschränkt werden können<sup>13</sup>. Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG legt die Wahlrechtsgrundsätze für den Bund fest. Diese sind die Allgemeinheit, Unmittelbarkeit, Freiheit und Gleichheit der Wahl sowie das Recht auf geheime Wahlen. Allgemein ist eine Wahl dann, wenn alle Staatsbürger daran teilnehmen können und dürfen. Der Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl verbietet es dem Gesetzgeber, bestimmte Bevölkerungsgrup-

pen dadurch zu diskriminieren, dass er sie aus politischen, wirtschaftlichen oder sozialen Gründen von der Ausübung des aktiven und passiven Wahlrechts ausschließt<sup>14</sup>. Grundsätzlich haben deshalb auch Strafgefangene in Deutschland das aktive Wahlrecht.

Eine Ausgestaltung dieser Grundsätze erfolgt durch das Bundeswahlgesetz, das als eine Voraussetzung für die Wahlberechtigung in § 12 I Nr. 2 BWahlG das Fehlen von Wahlausschlussgründen gem. § 13 BWahlG vorsieht. Ein solcher Ausschluss kann nach § 13 Nr. 1 BWahlG durch einen Richterspruch erfolgen, wie ihn etwa § 45 Abs. 5 StGB vorsieht. Ausgeschlossen vom Wahlrecht ist, wer infolge Richterspruchs das Wahlrecht nicht besitzt. Dieser Richterspruch kann entweder in Form einer bundesverfassungsgerichtlichen Verwirkungsentcheidung gem. Art. 93 I Nr. 5 iVm Art. 18 GG oder eben auch in Form eines Strafurteils gem. § 45 Abs. 5 StGB ergehen. Die Regelungen des Bundes haben sowohl auf landesrechtlicher als auch auf kommunaler Ebene ihren Niederschlag gefunden<sup>15</sup>.

Mit dem Verlust des aktiven Wahlrechts geht der Verlust des passiven Wahlrechts einher (§ 15 II Nr. 1 BWahlG). Während der Untersuchungshaft behält der Gefangene hingegen sein aktives und passives Wahlrecht.

Zur Ausübung des Wahlrechts sieht § 73 StVollzG vor, dass der Strafgefangene bei der Wahrnehmung seines Wahlrechts unterstützt werden muss. Insbesondere muss er über die Wahlen, sein Wahlrecht und Ausübungsmodalitäten unterrichtet werden und auch die Ausführung der Wahl muss ermöglicht werden<sup>16</sup>. In der Praxis geschieht dies durch die Möglichkeit der Briefwahl<sup>17</sup>. Einschränkungen gibt es aber im Vorfeld der Wahl. So ist im Gefängnis Wahlkampf untersagt, um die Sicherheit und Ordnung in den Anstalten nicht zu gefährden<sup>18</sup>. Allerdings hat der Gefangene das Recht, über Zeitung, Radio oder Fernsehen sich die erforderlichen Informationen zu beschaffen.

### D. Bedenken gegen § 45 StGB aus unterschiedlichen Perspektiven

Gegen die Zeitgemäßheit von § 45 StGB sprechen Bedenken aus vielerlei Perspektiven, welche im Folgenden aufgezeigt werden. Zunächst sollen verfassungsrechtliche Bedenken aufgegriffen werden, dann soll überprüft werden, ob die Wahlgrundsätze aus der EMRK gewahrt bleiben und letztendlich soll besprochen werden, ob die Norm mit Blick auf das Ehren-

<sup>6</sup> Jan Oelbermann, Wahlrecht und Strafe, Die Wahl aus dem Justizvollzug und die Aberkennung des Wahlrechts durch das Strafgericht, Baden-Baden 2011, S. 227.

<sup>7</sup> Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 Reihe 3 – 2012, S. 362, Rechtspflege Strafverfolgung. Allerdings ist der Tabelle nicht zu entnehmen, ob es sich um einen Fall des Abs. 2 oder Abs. 5 handelt.

<sup>8</sup> Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 Reihe 3 – 2013 S. 364, Rechtspflege Strafverfolgung, sowie Fachserie 10 Reihe 3 – 2014, S. 362. Aktuellere Statistiken sind zum Zeitpunkt des Verfassens noch nicht vorhanden.

<sup>9</sup> vgl. dazu Oberbundesanwalt Wiechmann, in: Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 1. Band, Grundsatzfragen, 1. - 13. Sitzung, S. 234; Oelbermann, Wahlrecht und Strafe, S. 238.

<sup>10</sup> BVerfGE 1, 14 (33).

<sup>11</sup> Oelbermann, Wahlrecht und Strafe, S. 26.

<sup>12</sup> vgl. in ständiger Rechtsprechung des EGMR bzw. Hirst v. the United Kingdom (No 2); Firth and Others v. the United Kingdom, McHugh and Others v. the United Kingdom. Zu Russland: aktuell Anchugov and Gladkov v. Russia.

<sup>13</sup> vgl. dazu die leitende Entscheidung BVerfGE 33, 1, Leitsätze 1 und 3 zur Absage der Rechtsfigur des „besonderen Gewaltverhältnisses“. „Auch die Grundrechte von Strafgefangenen können nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden.“; „Eine Einschränkung der Grundrechte von Strafgefangenen kommt nur in Betracht, wenn sie zur Erreichung eines von der Wertordnung des Grundgesetzes gedeckten gemeinschaftsbezogenen Zweckes unerlässlich ist.“

<sup>14</sup> Maunz/Dürig/Klein, Grundgesetz-Kommentar, 78. EL September 2016, Art. 38 Rn. 88.

<sup>15</sup> In Baden-Württemberg ist der Ausschluss von Strafgefangenen durch Richterspruch in § 7 I Nr. 3, II Nr. 1 LWG geregelt.

<sup>16</sup> Krisztina Karsai, Das Wahlrecht der Strafgefangenen – rechtsvergleichende und europäische Überlegungen, Festschrift für Arthur Kreuzer zum 17. Geburtstag, Frankfurt, 2008, S. 325.

<sup>17</sup> Kritisch hierzu: Oliver Schwarz, Die strafgerichtliche Aberkennung der Amtsfähigkeit und des Wahlrechts, Eine rechtsvergleichende Untersuchung aus der Sicht der Bundesrepublik Deutschland und der Vereinigten Staaten, Baden-Baden, 1991, S. 25, wonach die Briefwahl zur Wahrung der Allgemeinheit und Geheimheit der Wahl nur bedingt geeignet sei, schließlich werde auch die Post von Strafgefangenen regelmäßig kontrolliert und eingesehen und eine geheime Wahl könne daher nicht garantiert werden.

<sup>18</sup> Schwarz, Strafgerichtliche Aberkennung, S. 25.

strafrecht veraltet ist bzw. den heutigen Strafzwecken gerecht werden kann.

## I. Verfassungsrechtliche Sicht

Der Eingriff in die Allgemeinheit der Wahl aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG wäre zu rechtfertigen, wenn ein zwingender Grund für die Einschränkung vorläge und wenn die Maßnahme verhältnismäßig, insbesondere geeignet ist, den angestrebten Zweck zu erreichen<sup>19</sup>.

Noch 1973 begründete das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsmäßigkeit der Einschränkung der Allgemeinheit der Wahl durch die Aberkennung des Stimmrechts damit, dass „es immer als mit dem Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl vereinbar (galt), dass vom Wahlrecht ausgeschlossen blieb, wer entmündigt war, wer unter vorläufiger Vormundschaft oder wegen geistigen Gebrechens unter Pflegschaft stand oder wer infolge Richterspruchs das Wahlrecht nicht besaß“<sup>20</sup>. Dass das schon immer so war, sollte jedoch in einem Rechtssystem, das sich mit den tatsächlichen Gegebenheiten mitentwickelt, kein schlagendes bzw. zwingendes Argument sein<sup>21</sup>.

Weiter wird angeführt, für die Angemessenheit der Einschränkung der Allgemeinheit der Wahl streite, dass nur demjenigen, „der sich gegen die demokratische Ordnung erhoben habe, die Möglichkeit der Mitgestaltung und Ausübung der Staatsgewalt, Art. 2 Abs. 2 GG, entzogen würde“<sup>22</sup>. Eine Aberkennung des Wahlrechts in einer „streitbaren“ Demokratie als gerechtfertigt zu erachten, wenn sich der Täter selbst gegen die demokratische Ordnung aufgelehnt hat, mag naheliegend klingen und wird wohl auch von der Gesellschaft getragen. Gegen diese Argumentation spricht jedoch, dass der Staat dieses zusätzlichen Schutzes vor Staatsschutz-Straftätern gar nicht bedarf. Die Aberkennung eines „Ehrenrechts“ als Strafe ähnelt vielmehr einer Talionsstrafe (getreu dem Motto: „Auge um Auge, Zahn um Zahn“) und ist damit dem deutschen Strafrecht systemfremd<sup>23</sup>. Auch wenn die Demokratie in Deutschland eine „streitbare“ ist, ist doch fraglich, ob die Ausübung des aktiven Wahlrechts durch einzelne Strafgefangene auf die Beseitigung der Demokratie abzielen kann<sup>24</sup>. Deren Wahlstimmen haben wohl kaum ausreichend Gewicht, um die Rechtsgüter Einzelner oder der Gesamtheit erheblich zu gefährden<sup>25</sup>. Stattdessen hat das BVerfG die Möglichkeit, Parteien zu verbieten, damit von der Wählbarkeit auszuschließen und dadurch die Demokratie zu schützen.

Diese Kompetenz steht alleine dem Bundesverfassungsgericht zu. Wie das jüngste NPD-Verbotsverfahren gezeigt hat, sind an ein solches Verbot erhöhte Anforderungen zu stellen, insbesondere betonte das Bundesverfassungsgericht die für ein

Verbot erforderliche Potentialität der Gefährdung<sup>26</sup>. Solch hohe Anforderungen sind dem § 45 StGB gerade nicht zu entnehmen. Dem Strafrecht obliegt es nicht, mittelbar die eigentlich dem BVerfG vorbehaltene Aufgabe des Schutzes der Demokratie durch den Entzug des passiven und aktiven Wahlrechts wahrzunehmen und dadurch indirekt die hohen Anforderungen des BVerfG an ein Parteiverbotsverfahren unbeachtet zu lassen.

Das hat zur Folge, dass § 45 Abs. 5 StGB selbst bei dem zum Hoch- und Landesverrat Verurteilten entbehrlich ist, soweit nicht der dem BVerfG vorbehaltene Schutz der Demokratie durch das Verbot verfassungswidriger Parteien mittelbar auf die Strafgerichte übergeleitet werden soll<sup>27</sup>.

Zudem erfolgt durch die Aberkennung des aktiven Wahlrechts bei genauerer Betrachtung eine „Eignungsprüfung“ des Wählers, die das Gericht nach seinem Ermessen durchzuführen hat<sup>28</sup>, ohne dass die dafür heranzuziehenden Kriterien eindeutig sein. Möglicherweise könnte die „besondere Ehrlosigkeit“ oder die „besonders gemeinschaftsschädliche Gesinnung“ heranzuziehen sein<sup>29</sup>.

## II. Vereinbarkeit des § 45 Abs. 5 mit Art. 3 1. ZP EMRK

Die EMRK garantiert das Recht auf freie Wahlen und gibt damit dem Einzelnen ein subjektives Recht, das dieser auch geltend machen kann<sup>30</sup>. Art. 3 des ersten Zusatzprotokolls der EMRK garantiert das aktive und passive Wahlrecht. Hinsichtlich der Einschränkbarkeit des Art. 3 1. ZP EMRK ist der Ermessensspielraum der Mitgliedsstaaten größer als der, den das Grundgesetz bei der Einschränkung des Wahlrechts einräumt<sup>31</sup>. Nach der Rechtsprechung des EGMR ist es mit Art. 3 1. ZP EMRK vereinbar, dass das passive und aktive Wahlrecht durch ein Strafurteil vorübergehend entzogen werden kann, solange dies nicht automatisch, pauschal und unselektiv erfolgt<sup>32</sup>, wohingegen der pauschale Verlust des Wahlrechts mit der EMRK unvereinbar ist<sup>33</sup>. Auch wenn der EGMR noch keinen Fall gegen Deutschland zu entscheiden hatte, so ist der durch Gesetz auf einzelne bestimmte Situationen und Straftaten beschränkte Verlust des Wahlrechts wohl mit der EMRK vereinbar.

<sup>19</sup> Maunz/Dürig/Klein GG Art. 39 Rn. 147.

<sup>20</sup> BVerfGE 36, 139, 141 f.

<sup>21</sup> Oelbermann, Wahlrecht und Strafe, S. 217.

<sup>22</sup> Diehm, Die Menschenrechte der EMRK, S. 429.

<sup>23</sup> vgl. zu dieser Ansicht: Oliver Schwarz, Strafrechtliche Aberkennung, S. 96.

<sup>24</sup> Diehm, Die Menschenrechte der EMRK, S. 429; Oelbermann, Wahlrecht und Strafe, S. 230.

<sup>25</sup> Oelbermann, Wahlrecht und Strafe, S. 259.

<sup>26</sup> vgl. BVerfG Urteil vom 17. Januar 2017 - 2 BvB 1/13.

<sup>27</sup> Diehm, Die Menschenrechte der EMRK, S. 431; Strafgerichtliche Aberkennung, Schwarz S. 104 f.

<sup>28</sup> Diehm, Die Menschenrechte der EMRK, S. 429.

<sup>29</sup> Oelbermann, Wahlrecht und Strafe, S. 228.

<sup>30</sup> Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Auflage, München, Basel, Wien, 2016, S. 458; Karsai, FS Kreuzer, S. 319.

<sup>31</sup> Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, S. 458.

<sup>32</sup> Diehm, Die Menschenrechte der EMRK, S. 420.

<sup>33</sup> vgl. in ständiger Rechtsprechung des EGMR bzw. Hirst v. the United Kingdom (No 2); Firth and Others v. the United Kingdom, McHugh and Others v. the United Kingdom; aktuell Anchugov and Gladkov v. Russia.

### III. Historische Entwicklung und Vereinbarkeit des „Ehrenstrafrechts“ mit dem Zweck der Strafe?

Als weitere Schwäche der Norm könnte deren fehlende Vereinbarkeit mit Zweck der Strafe angesehen werden. Von Bedeutung für diese Überlegung ist auch die Entstehungsgeschichte der Norm.

Die Norm des § 45 StGB wurde 1970 als Reaktion auf die Abschaffung der Zuchthausstrafe in das StGB eingeführt. Sie hatte ihrerseits die dauerhafte Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter von Rechtswegen zur Folge<sup>34</sup>. Schon in § 34 Nr. 4 des Reichsstrafgesetzbuches war vorgesehen, dass derjenige, der seine bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt bekommen hat, die mit dem Urteil bestimmte Zeit nicht wählen, nicht gewählt werden und keine anderen politischen Rechte ausüben konnte<sup>35</sup>. Mit dem Wegfall des automatischen Verlustes des Wahlrechts trat somit eine Norm an diese Stelle, die nur unter bestimmten Voraussetzungen den Verlust der „Ehrenrechte“ wie dem Wahlrecht zulässt. § 45 StGB ist damit ein „Relikt früherer Ehrenstrafen“, welches „mehr als fragwürdig und durchaus entbehrlich“ sei<sup>36</sup>.

Unter einer „Ehrenstrafe“ versteht man eine Strafe, die den Täter in seiner Ehre, das heißt seinem Anspruch auf soziale Geltung treffen soll, indem sie ihm diesen Anspruch auf soziale Geltung überhaupt aberkennt, ihm gewisse Voraussetzungen der sozialen Geltung entzieht oder ihm auf andere Weise die Minderung seiner sozialen Geltung fühlen lässt<sup>37</sup>. Kritisiert wird daran, dass der Staat dabei in den Bereich der Moral übergreife, der vom Recht getrennt zu betrachten sei<sup>38</sup>.

Historisch betrachtet sei der Sinn und Zweck der Aberkennung des Wahlrechts die „Reinhaltung des öffentlichen Lebens“<sup>39</sup>. Sie soll „schuldangemessen als strafrechtliche Sanktion den durch die Ausübung eines (öffentlichen) Amtes bzw. die passive oder aktive Teilnahme an (öffentlichen) Wahlen und Abstimmungen betroffenen öffentlichen Rechtsbereich schützen“<sup>40</sup>. Der Verurteilte hätte durch die Tat das Vertrauen verwirkt, das die Ausübung öffentlicher Ämter oder des Wahl- und des Stimmrechts erfordere<sup>41</sup>.

Diese Ansicht ist mit Blick auf den Zweck der Strafe problematisch. Ziel der Strafe ist es, dass der Gefangene am gesell-

schaftlichen Leben wieder teilnehmen solle, also resozialisiert wird<sup>42</sup>. „Dem Gefangenen sollen Fähigkeit und Willen zu verantwortlicher Lebensführung vermittelt werden, er soll es lernen, sich unter Bedingungen einer freien Gesellschaft ohne Rechtsbruch zu behaupten, ihre Chancen wahrzunehmen und ihre Risiken zu bestehen“<sup>43</sup>. Um dieses Ziel zu erreichen, werde an sein Wert- und Ehrgefühl appelliert. Dies stehe aber im Widerspruch dazu, dass ihm durch die Ehrenstrafe dieser Wert gleichwohl wieder abgesprochen werde und damit die Resozialisierung erschwert wird<sup>44</sup>. Strafen, die der Resozialisierung zuwiderlaufen, sind allerdings unzweckmäßig. Die Missachtung der Meinung der Gefangenen als Teil ihrer Strafe ist ein faktischer und symbolischer Ausschluss aus der Gesellschaft. Dadurch wird nochmals deutlich, dass dies dem Gedanken der Reintegration für die Zukunft zuwiderläuft – schließlich haben Wahlen vorrangig Auswirkung auf die Zukunft, in der der Gefangene dann als freier Mensch eventuell wieder Inhaber aller seiner Rechte ist<sup>45</sup>.

### E. Fazit

Die Aberkennung des aktiven Wahlrechts als Nebenstrafe ist in vielerlei Hinsicht angreifbar. Es ist daher an der Zeit, dass ein moderner und aufgeklärter Staat, wie es Deutschland ist, ein solches „Relikt“ vergangener Zeiten abschafft und nicht ohne Not weiter aufrechterhält. Auch andere europäische moderne Strafgesetze sehen eine solche Einschränkung nicht vor, wie etwa in Schweden. Eine kriminalistische Notwendigkeit ist wohl kaum nachzuweisen.

Darüber hinaus kommt der Aberkennung des aktiven Wahlrechts keinerlei generalpräventive Bedeutung zu und zielt als Relikt aus Zeiten des „Ehrenstrafrechts“ allein auf die Ehre des Verurteilten ab. Die Praxis zeigt, dass die Gerichte dem Gesetzgeber schon einen Schritt voraus sind: Die Norm wurde in den letzten Jahren kaum bzw. nie angewendet. Es erscheint daher zeitgemäß, den § 45 Abs. 5 ersatzlos zu streichen.

*\* Die Autorin studiert Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im 7. Fachsemester. Bis März 2017 war sie als studentische Hilfskraft am Max-Planck-Institut für internationales Strafrecht und Strafrechtsvergleichung tätig.*

<sup>34</sup> Damals: §§ 33 f. StGB aF; MüKo/Radtke § 45 Rn. 2, 3. Auflage 2016.

<sup>35</sup> Oelbermann, Wahlrecht und Strafe S. 67.

<sup>36</sup> Schönke/Schröder/Stree/Kinzig § 45 Rn. 1.

<sup>37</sup> Oelbermann, Wahlrecht und Strafe, S. 233.

<sup>38</sup> Oelbermann, Wahlrecht und Strafe, S. 235.

<sup>39</sup> MüKoStGB/Radtke, § 45 Rn. 10

<sup>40</sup> MüKoStGB/Radtke, § 45 Rn. 10.

<sup>41</sup> Oelbermann, Wahlrecht und Strafe, S. 256.

<sup>42</sup> vgl. BVerfGE 35, 202, 235 f.

<sup>43</sup> BVerfGE 35, 202, 235 f.

<sup>44</sup> Gallas, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 1. Band, Grundsatzfragen, 1. - 13. Sitzung, S. 220; Oelbermann, Wahlrecht und Strafe, S. 234 mwN.

<sup>45</sup> Karsai, FS Kreuzer, S. 327.



# Uniwahlen – wichtiger als man denkt!?

## ein Überblick für Studierende

*Clemens Ernst\**

### I. Einleitung

Seit Februar hat Deutschland einen neuen Bundespräsidenten. Im September erfolgt die nächste Bundestagswahl. Zudem stehen wieder einige Landtagswahlen an. Nicht zu vergessen sind die Wahlen in Frankreich und den Niederlanden. 2017 ist ein Superwahljahr. Wiedermal, wie eigentlich gefühlt jedes Jahr. Und wie jedes Jahr schleicht sich dann für Studierende noch eine weitere Wahl dazu: Die Universitätswahl.

Aber wen oder was genau wählen wir da eigentlich? Und warum überhaupt?

Irgendwann, ganz am Anfang unseres Studiums wurde versucht, uns das zu erklären. In einem Artikel in einer Erstsemesterzeitung. Oder in einem kurzen Vortrag im Rahmen der Erstwoche. Doch das war nur ein Aspekt unter vielen neuen Eindrücken. Umrahmt von dutzend anderen Dingen, die für diesen Moment eine größere Relevanz hatten. Geblieben ist bei vielen, wenn überhaupt, nur ein konfuse Eindruck und ein Schema mit vielen Kreisen, Pfeilen und unbekanntem Abkürzungen, das an den Gemeinschaftskundeunterricht erinnert, aber nur schwer auf den ersten Blick zu verstehen ist. Wenn im Sommer die Wahlen anstehen, ist das alles zu lange her, um noch genau zu wissen, was damals vorgetragen wurde.

### II. Die Universitätswahlen

Zunächst mal ist wichtig festzustellen, dass es sich bei den Universitätswahlen eigentlich um zwei verschiedene Wahlen handelt, die aus praktischen Gründen zusammen durchgeführt werden. Zum einen werden die studentischen Vertreter im Senat gewählt (1.), zum anderen die Mitglieder des Studierendenrats (2.).

#### 1. Die Wahl des Senats

Werfen wir zunächst einen Blick auf die Senatswahlen. Dabei stellt sich die Frage, was unter dem Senat eigentlich zu verstehen ist.

##### a) Der Senat

Der Senat ist ein universitäres Gremium. Das heißt aus jeder der sogenannten „Statusgruppen“ (Studierende, Angestellte, wissenschaftliche MitarbeiterInnen und ProfessorInnen) werden VertreterInnen in dieses Gremium gewählt. Die nicht studentischen gewählten Mitglieder haben allerdings eine Amtszeit von vier Jahren, im Gegensatz zu der einjährigen Amtszeit der Studierenden. Alle anderen Universitätsmitglieder bleiben schließlich für gewöhnlich auch länger an der Universität als

die Studierenden. Die amtierende Landesregierung plant, die DoktorandInnen zur fünften Statusgruppe zu ernennen. Zusätzlich vervollständigen die DekanInnen der elf Fakultäten und das Rektorat den Senat.

Es handelt sich beim Senat nicht um irgendein universitäres Gremium, sondern um das höchste Gremium. Hier werden die zentralen Entscheidungen der Universität beschlossen. Dabei kann es um innere Organisation und Strukturen der Universität gehen, wie Berufungen von ProfessorInnen oder um Prüfungsordnungen. Es kommt aber auch vor, dass der Senat sich zu externen Themen äußert, so zum Beispiel mit seiner „Resolution gegen Fremdenfeindlichkeit“ im Oktober 2016.<sup>1</sup> Auch werden hier die Mitglieder anderer wesentlicher Gremien gewählt. Viele Entscheidungen des Senats betreffen die Studierenden sehr direkt. Darum ist eine starke studentische Vertretung wichtig, damit die Studierenden darauf achtet, dass ihre Interessen nicht unter den Tisch fallen.

##### b) Ablauf der Senatswahl

Die Studierenden werden durch vier Senatsmitglieder mit Stimmrecht repräsentiert, die bei der Universitätswahl zu wählen sind (zusätzlich ein beratendes Mitglied, das vom StuRa gewählt wird). Bei den Wahlen treten für diese Posten für gewöhnlich die großen politischen Hochschulgruppen, sowie die BVS Listen an. BVS steht für „Bündnis Verfasste Studierendenschaft“. Das BVS ist per imperativem Mandat an den Studierendenrat und die studentische Vollversammlung gebunden. Das bedeutet, dass diese Listen über diese Gremien an die Studierendenschaft rückgebunden sind. Allerdings verlieren sie dadurch auch etwas an Flexibilität in ihrer Gremienarbeit. Meistens bestehen diese Listen aus Personen die schon länger in Stura oder AStA, beziehungsweise AStA-Referaten aktiv sind.

Bei den politischen Hochschulgruppen findet die Rückbindung über die Haltung der jeweiligen Hochschulgruppe statt, die sich offen und für jede/n zugänglich regelmäßig treffen. Allerdings haben sie kein imperatives Mandat, das heißt die gewählten Personen können nach ihrem eigenen politischen Gefühl handeln, auch wenn es einem StuRa Beschluss widersprechen sollte. Dieses politische Gefühl liegt erwartungsgemäß in der politischen Richtung der Hochschulgruppe.

Bei der Wahl zum Senat werden 4 Personen gewählt. Dementsprechend stehen 4 Stimmen zur Verfügung, die verteilt werden können. Einen Sitz im Senat erhalten die Personen, die auf den Listen mit den meisten Stimmen die Personen mit den

<sup>1</sup> abrufbar unter: <http://www.pr.uni-freiburg.de/pm/2016/senat-resolution-gegen-fremdenfeindlichkeit.pdf> (zuletzt abgerufen am 12. April 2017).

meisten Stimmen sind. Bei dieser Wahl können bis zu zwei Stimmen für eine Person abgegeben werden. Die Stimmen können auf den Listen verteilt werden.

## 2. Die Wahl des Studierendenrates

Was ist nun der Studierendenrat, auch StuRa genannt, um den es bei der zweiten Wahl geht?

Der StuRa ist die Selbstverwaltung der verfassten Studierendenschaft, also aller Studierenden. Es handelt sich um ein wöchentlich öffentlich tagendes Gremium mit 44 stimmberechtigten Mitgliedern. In den Sitzungen geht es regelmäßig um die ideelle Unterstützung einzelner Gruppen und die finanzielle Unterstützung von Aktionen, wie Vorträgen, Theateraufführungen und Demonstrationen. Dafür stehen der verfassten Studierendenschaft große Geldmittel zur Verfügung, die sich unter anderem aus den Semesterbeiträgen speisen. Außerdem werden hier Personen sowohl für universitäre Gremien gewählt, als auch für Posten in der studentischen Selbstverwaltung. Allen voran steht hier der AStA, der die Exekutive der Studierendenschaft übernimmt. Der AStA (Allgemeiner Studierenden Ausschuss) besteht aus vier Personen, die den AStA Vorstand bilden und den ReferentInnen der Referate des StuRa. Referate sind ebenfalls im StuRa gewählte Arbeitsgruppen, die sich für den StuRa intensiv mit einzelnen Themen, wie z.B. Erasmus oder mit der Arbeit gegen Antisemitismus beschäftigen. Der AStA ist in seinen Handlungen an Beschlüsse des StuRa gebunden.

Es gibt Unterschiede bei den Baden-Württembergischen Universitäten, ob die Studierendenvertretung allein in der Verwaltung aktiv wird oder ob sie sich als politischen Akteur begreift, der zwar parteipolitisch neutral ist, aber sich durchaus (Hochschul)politisch positioniert, und auch aktiv wird. Die Freiburger Studierendenschaft ist im Verhältnis zu der anderer Universitäten ziemlich politisch.

### a) Aufbau und Zusammenstellung des StuRa

Um die Wahlen zu verstehen ist nun wichtig zu wissen, wie der StuRa aufgebaut ist. Es gibt zwei Arten von Mitgliedern im StuRa. Zunächst sendet jeder der 34 Fachbereiche Abgeordnete. Diese werden im Rahmen der Universitätswahlen nur von den jeweiligen Mitgliedern des Fachbereichs gewählt. Das bedeutet, dass die VertreterInnen der Rechtswissenschaften nur von Jurastudierenden gewählt werden. Sie sind per imperativem Mandat an die Beschlüsse der Fachbereichssitzung gebunden. Das heißt, sie müssen im StuRa so abstimmen, wie die anwesenden Studierenden in der Fachbereichssitzung das beschlossen haben.

Die einzelnen Fachbereiche haben ein unterschiedlich hohes Stimmgewicht im StuRa. Dieses ist nach Anzahl der eingeschriebenen Studierenden gestaffelt. Hat der Fachbereich unter 300 Mitglieder, haben seine VertreterInnen zwei Stimmen. Bis zu einer Anzahl von 1200 Studierenden fallen drei Stimmen auf den Fachbereich und darüber hinaus sind es sogar vier Stimmen. Dies macht in der Summe 94 Stimmen.

Hinzu kommen noch 10 Sitze im StuRa, die für Initiativen reserviert sind. Diese werden in der hochschulweiten Wahl gewählt. Die Initiativen haben je eine Stimme. Im Moment ist in der Diskussion, die Stimmenanteile der Initiativen und damit die hochschulweiten Wahlen etwas zu stärken.

Bei der Wahl des Studierendenrates treten zunächst die politischen Hochschulgruppen an, die ihre politische Richtung in den StuRa bringen wollen. Des Weiteren gibt es einige Listen, die im Wesentlichen durch witzige Plakate auffallen. Diese „Scherzlisten“ sind jedoch größtenteils gleichwohl politisch und beteiligen sich in der Tagespolitik des StuRa durchaus ernsthaft.

Bei der Wahl der zehn Initiativenplätze stehen zehn Stimmen zur Verfügung. Diese dürfen beliebig auf die Personen einer oder mehrerer Listen verteilt werden, dabei gibt es keine Begrenzung wie viele der Stimmen auf eine Person entfallen können.

## III. Die Bedeutung der Universitätswahlen

Nun aber zur entscheidenden Frage. Warum das alles? Warum soll man sich die Mühe machen und wählen gehen? Wo doch die studentischen VertreterInnen im Senat zahlenmäßig unterlegen sind, die VertreterInnen der Initiativen im StuRa noch viel deutlicher und die FachbereichsvertreterInnen nur das ausführen, was Ihnen eine Versammlung vorgibt, an der im Normalfall weniger als 2 % der Studierenden teilnehmen? Was hat das alles mit dem normalen Studenten, der normalen Studentin zu tun?

Zunächst betreffen die Uniwahlen jeden einzelnen. Gerade der Senat hat einen sehr direkten Einfluss auf das Studium. Und der StuRa ist die Vertretung der Studierendenschaft der Universität. Seine Entscheidungen stehen für alle Studierenden. Er repräsentiert diese nach außen.

Bei vielen Entscheidungen geht es, wie oben geschildert, zumindest in Aspekten um politische Diskussionen. Oft lässt sich bei Diskussionen eine politische Differenz der Diskutierenden erkennen. So ging es in letzter Zeit zum Beispiel um den Frauenkampftag, es geht um die Position zu Studiengebühren oder der Exzellenzstrategie oder um die Frage, ob BDS<sup>2</sup> antisemitisch ist. Es ist hier wichtig, welche Initiativen Sitze im StuRa haben, denn bei den von den Fachbereichen entsendeten Personen ist es für viele Studierende nicht erkennbar wie sie politisch stehen. Alle Studierenden der Universität sollten bewusst mitentscheiden, welche politische Richtung ihre aktuelle Vertretung inne hat. Dies kommt durch die Wahl der Initiativen zum Ausdruck. Auch sind diese zwar im Stimmgewicht schwächer, können sich jedoch in den Diskussionen intensiv einbringen und haben so durchaus Einfluss. Daher sind diese zehn Stimmen wichtiger als man auf den ersten Blick meint. Genauso ist es natürlich bedeutend, geeignete Menschen für den eigenen Fachbereich zu wählen, die dessen Interessen

<sup>2</sup> Der Antrag zu BDS (Boycott, Divestment and Sanctions) findet sich unter: <https://www.stura.uni-freiburg.de/gremien/referate/gegenantisemitismus/bds-antrag-31.01.2017.pdf> (zuletzt abgerufen am 12. April 2017)

aktiv vertreten. Auch ein Fachbereich als solcher hat eigene spezifische Interessen, die in den Diskussionen nicht untergehen sollten.

Allem voran ist aber eine möglichst hohe Wahlbeteiligung bei der Senatswahl wichtig.

Die Studierenden vertreten mit nur 4 Stimmen die größte Statusgruppe der Universität. Für ihre Wahrnehmung in dem Gremium spielt es eine bedeutende Rolle, wie sehr ihre Statusgruppe hinter ihnen steht, wie sehr es sie interessiert, was in der Hochschulpolitik passiert. Das lässt sich am einfachsten an der Wahlbeteiligung ablesen. Eine hohe Wahlbeteiligung erleichtert diese Arbeit damit und kommt so allen Studierenden zu Gute.

Zudem lässt sich natürlich auch hier ein deutlicher Unterschied erkennen, je nachdem welche Listen gerade im Senat vertreten sind. Die unterschiedlichen politischen Positionen der verschiedenen Listen wirken sich erkennbar auf die Ansichten und die Arbeit ihrer Vertreter im Senat aus.

Insofern ist es wichtig, sich einmal im Jahr die Zeit zu nehmen und zu zeigen in welche Richtung sich die Hochschulpolitik entwickeln soll und zu zeigen, dass es den Studierenden nicht egal ist, was an ihrer Hochschule passiert. Schließlich

sind sowohl StuRa Sitzung, als auch die Sitzungen der Hochschulgruppen für jeden zugänglich und Gäste sind jederzeit willkommen. Und auch auf die studentischen Senatsmitglieder könnt ihr mit Fragen gerne zukommen<sup>3</sup>.

Zeig Präsenz für die Interessen aller.

Gib die Richtung vor

Geh wählen!

Uniwahlen - wichtiger als man denkt!

*\* Der Autor studiert Rechtswissenschaften im 4. Semester und ist studentisches Senatsmitglied für die Juso-HSG.*

---

<sup>3</sup> Weitere Informationen über den StuRa und Hochschulpolitik an der Uni Freiburg erhaltet ihr auf der Internetseite [stura.uni-freiburg.de](http://stura.uni-freiburg.de). Die politischen Hochschulgruppen haben ebenfalls meist eine Internetpräsenz auf der sie das Ganze aus ihrer Perspektive beleuchten.

# Haftungsprobleme bei autonomen Fahrzeugen

von Ass. jur. Philipp Singler\*

## A. Einführung

Bis vor wenigen Monaten galten autonome Fahrzeuge wie das Tesla „Model S“ und das „google- Car“ als Zukunft der Personenmobilität. Neben einem Komfortgewinn<sup>1</sup> versprach man sich vor allem eine niedrigere Umweltverschmutzung<sup>2</sup> und einen Anstieg der Verkehrssicherheit<sup>3</sup>, da 90 Prozent aller Verkehrsunfälle auf menschliche Fehler<sup>4</sup> zurückzuführen sind. Im autonomen Fahrzeug könne sich der Fahrer anderen Aufgaben widmen, während das Fahrzeug die Steuerung übernimmt. Der Fahrer müsse nur jederzeit eingreifen können und das System nebenbei überwachen<sup>5</sup>. Doch der Unfall eines autonom fahrenden Tesla „Model S“ im Juli 2016<sup>6</sup> warf zum einen Sicherheits-, vor allem aber Haftungsfragen auf. Während die technische Entwicklung autonomer Fahrzeuge in den letzten Jahren enorme Fortschritte gemacht hat, steht die juristische Diskussion noch am Anfang<sup>7</sup>.

Im Folgenden wird nach Klarstellung der Begrifflichkeiten und einem kurzen Abriss über die rechtliche Zulässigkeit des autonomen Kfz- Betriebs die haftungsrechtliche Lage dargestellt.

## B. Begriffe

Es muss grundsätzlich zwischen Fahrassistenz- und autonomen Fahrsystemen unterschieden werden.

### I. Fahrassistenzsystem

Unter einem Fahrassistenzsystem sind alle Systeme zu verstehen, die den Kraftfahrer bei Wegfindung und Fahraufgabe unterstützen oder Verbesserungen des Komforts in Bezug auf die Fahraufgabe bzw. entsprechenden Aufgaben übernehmen<sup>8</sup>. Dies setzt immer eine aktive Handlung als wesentlicher Beitrag zum Fahrvorgang durch den KFZ-Führer voraus<sup>9</sup> und wird als Vorstufe zum autonomen Fahren gesehen<sup>10</sup>. Beispiele sind

Navigationsgeräte oder Spurhalteassistenten<sup>11</sup>. Der Fahrer muss das System ständig überwachen und zur jederzeitigen Kontrollübernahme über das Fahrzeug bereit sein<sup>12</sup>.

## II. Autonomes Fahren

Mangels allgemeingültiger Definition zum autonomen bzw. pilotierten oder automatisierten Fahren<sup>13</sup> wird überwiegend auf die Definition der Bundesanstalt für Straßenwesen (BASt) zurückgegriffen<sup>14</sup>, wonach zwischen dem teilautomatisierten, hochautomatisierten und vollautomatisierten Fahren unterschieden werden muss<sup>15</sup>.

### 1. Das teilautomatisierte Fahren

Beim teilautomatisierten Fahren übernimmt das System bei permanenter Überwachung und jederzeitiger Eingriffsmöglichkeit durch den Fahrer in gewissen Situationen für eine gewisse Zeit die Kontrolle über Beschleunigung/Bremsen und Lenkung<sup>16</sup>. Beispiel hierfür ist ein Stauassistent, der die Spur sowie den Abstand zum Vorausfahrenden und die Geschwindigkeit kontrolliert.

### 2. Das hochautomatisierte Fahren

Im Falle des hochautomatisierten Fahrens übernimmt das System ebenfalls die Kontrolle über Beschleunigung/Bremsen sowie die Lenkung für eine gewisse Zeit, jedoch nur in speziellen Situationen<sup>17</sup>. Der Fahrer muss das System nicht dauerhaft überwachen und erst nach einer Systemmeldung eingreifen können<sup>18</sup>. Der Unterschied zum teilautomatisierten Fahren besteht vor allem in den komplexeren Situationen, mit denen das System umgehen können muss. Während z. B. der teilautomatisierte Stauassistent lediglich eine Situation – das Anfahren und Anhalten während des Stop-and-Gos – beherrscht, übernimmt der hochautomatisierte „Autobahnchauffeur“ sämtliche Führungsaufgaben wie Überholen, Autobahnwechsel, Tunnelfahrten, Mautstellen auf der Autobahn<sup>19</sup>.

<sup>1</sup> Klindt/Schucht, PHI 2013, 122 (123); Lutz, NJW 2015, 119 (119).

<sup>2</sup> Albrecht, SVR 2005, 373 (373); Klindt/Schucht, PHI 2013, 122 (123).

<sup>3</sup> Franke, DAR 2016, 61 (61); kritisch Schrader, DAR 2016, 242 (242).

<sup>4</sup> Bodungen/Hoffmann, NZV 2015, 521 ff.; Lutz, DAR 2014, 446 ff.; vgl. <https://heise.de/-3344778>, zuletzt abgerufen am 28.2.2017; Gasser, S. 11; Klindt/Schucht, PHI 2013, 122 (62); Lutz, NJW 2015, 119 (120); Lutz, DAR 2014, 446, 447; Schlanstein, VD 2015, 131 (131); vgl. Kütük-Markendorf/Essers, MMR 2016, 22 (22) Lutz, DAR 2014, 446 (447).

<sup>5</sup> Vgl. Jänich M./Schrader/Reck, NZV 2015, 313 (313); Hötitzsch/May, in: Hilgendorf (Hrsg.), Robotik, S. 189 (190).

<sup>6</sup> <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Toedlicher-Unfall-mit-Teslas-Autopilot-3252120.html>, zuletzt abgerufen am 28.2.2017.

<sup>7</sup> Z. B. Arbeitskreis II auf dem 53. Verkehrsgerichtstag 2015, vgl. <http://www.deutscher-verkehrsgerichtstag.de/vgt/themenempfehlungen/71-50-deutscher-verkehrsgerichtstag-2064>, zuletzt abgerufen am 28.2.2017.

<sup>8</sup> Franke, DAR 2016, 61 (61); Schrader, NJW 2015, 3537 (3540); vgl. Jänich M./Schrader/Reck, NZV 2015, 313 (314); Bewersdorf, NZV 2003, 266 (266).

<sup>9</sup> Schrader, NJW 2015, 3537 (3540); Bewersdorf, NZV 2003, 266 ff.

<sup>10</sup> Jänich M./Schrader/Reck, NZV 2015, 313 (314).

<sup>11</sup> Schrader, NJW 2015, 3537 (3540).

<sup>12</sup> Gasser, S. 9; Jänich M./Schrader/Reck, NZV 2015, 313 (314); das Kraftfahrtbundesamt sieht im Tesla Autopilot ein solches System, <http://heise.de/-3350906>, zuletzt abgerufen am 28.2.2017.

<sup>13</sup> Franke, DAR 2016, 61 (62); Jänich M./Schrader/Reck, NZV 2015, 313 (314); Vogt, NZV 2003, 153 (154).

<sup>14</sup> Schlanstein, VD 2015, 131 (132 f.); Jänich M./Schrader/Reck, NZV 2015, 313 (314); Franke, DAR 2016, 61 (62).

<sup>15</sup> Gasser, S. 9.

<sup>16</sup> Gasser, in: Maurer/Gerdes/Lenz u.a. (Hrsg.), Autonomes Fahren, S. 543 (550); Gasser, S. 9; Jänich M./Schrader/Reck, NZV 2015, 313 (314).

<sup>17</sup> Gasser, S. 9; Schlanstein, VD 2015, 131 (133).

<sup>18</sup> Gasser, S. 9; Jänich M./Schrader/Reck, NZV 2015, 313 (314).

<sup>19</sup> Vgl. [http://www.continental-corporation.com/www/iaa\\_com\\_de/general/iaa\\_2013\\_de/highlights\\_de/autobahn\\_chauffeur\\_de.html](http://www.continental-corporation.com/www/iaa_com_de/general/iaa_2013_de/highlights_de/autobahn_chauffeur_de.html), zuletzt abgerufen am 27.2.2017; Gasser, S. 9.

### 3. Das vollautomatisierte Fahren

Die finale Stufe ist das vollautomatisierte Fahren<sup>20</sup>, wobei das System die volle Kontrolle über Lenkung und Beschleunigung bzw. Bremsen in speziell definierten Anwendungsfällen übernimmt<sup>21</sup>. Das Kfz fährt grundsätzlich ohne menschlichen Eingriff und Überwachung<sup>22</sup>. Übernimmt der Fahrer auf Systemmeldung nicht die Kontrolle, hält das Fahrzeug verkehrsrecht an<sup>23</sup>.

Noch in der Zukunft und daher nicht Gegenstand dieser Ausarbeitung ist das vollautonome Fahren. Dabei wäre der Mensch lediglich reiner Passagier, das System übernimmt die vollständige Kontrolle. Jedoch wird damit frühestens Mitte des nächsten Jahrzehnts zu rechnen sein<sup>24</sup>.

### B. Rechtliche Zulässigkeit des autonomen Fahrens

Das Wiener Übereinkommen über den Straßenverkehr vom 7./8.10.1968 (WÜK) standardisiert als völkerrechtlicher Vertrag<sup>25</sup> Verkehrsregeln. Gem. Art. 8 Abs. 5 WÜK muss jeder Fahrzeugführer das Fahrzeug dauernd beherrschen. Unter beherrschen wird die jederzeitige Einflussmöglichkeit für den Fahrzeugführer verstanden<sup>26</sup>. Folglich sind völkerrechtlich Assistenzsysteme und das teilautomatisierte Fahren nach dem WÜK zulässig<sup>27</sup>. Der im April 2016 in Kraft getretene Art. 8 Abs. 5bis WÜK lässt daneben vollautomatisierte Systeme zu<sup>28</sup>.

Im nationalen Recht sind bislang nur Assistenz- und teilautomatisierte Systeme zulässig. §§1 Abs. 1, 3 Abs. 1, Abs. 2a; 5 Abs. 4; 9 Abs. 5, 10, 14 Abs. 1 und § 37 Abs. 1 StVO setzen eine unmittelbare Fahrereinflussmöglichkeit voraus<sup>29</sup>. Die Zulassung von hochautomatisierten und vollautomatisierten Fahrzeugen ist daher erst mit der Novellierung des StVG bzw. der StVO möglich<sup>30</sup>.

### C. Haftungsrechtliche Fragen im Bereich des autonomen Fahrens

Als Haftungsgrundlage kommt die Halterhaftung, § 7 StVG, bzw. die Fahrerhaftung, § 18 StVG, in Betracht. Ist ein Fahras-

<sup>20</sup> Schlanstein, VD 2015, 131 (132); vgl. auch Gasser, S. 9.

<sup>21</sup> Gasser, S. 9; Schrader, NJW 2015, 3537 (3450); Schlanstein, VD 2015, 131 (133).

<sup>22</sup> Schrader, NJW 2015, 3537 (3537).

<sup>23</sup> Gasser, 9, 16 f.; Jänich M./Schrader/Reck, NZV 2015, 313 (314); Schlanstein, VD 2015, 131 (133).

<sup>24</sup> Dubios, ZfV 2015, 513 (461) m. w. N.

<sup>25</sup> BGBl. 1977 II S. 809, 811.

<sup>26</sup> Kütük-Markendorf/Essers, MMR 2016, 22 (23); vertiefend Frenz/Casimir-van den Broek, NZV 2009, 529 (531 ff.); Jänich M./Schrader/Reck, NZV 2015, 313 (315) und Hilgendorf, in: Hilgendorf/Hötitzsch/Lutz (Hrsg.), Rechtliche Aspekte, S. 15 (23) sprechen von der „andauernden Beherrschbarkeit“.

<sup>27</sup> Vgl. Lutz, DAR 2014, 446 (448 f.); Franke, DAR 2016, 61 (63 f.); Johanning/Mildner, S. 73; Gasser, S. 54; Albrecht, DAR 2005, 186 (191); zur Frage, ob nicht-übersteuerbare Assistenzsysteme zulässig sind vgl. Lutz, NZV 2013, 57 (57 ff. m. w. N.).

<sup>28</sup> Vgl. Lutz, DAR 2014, 446 (450).

<sup>29</sup> Lutz, NJW 2015, 119 (122); vertiefend Gasser, S. 57.

<sup>30</sup> Das Bundeskabinett beschloss am 25.1.2017 die Umsetzung, <https://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2017/01/2017-01-25-automatisiertes-fahren.html>, zuletzt abgerufen am 27.2.2017.

sistenz- bzw. ein automatisiertes System für den Schaden ursächlich, stehen Produkt- und Produzentenhaftung im Raum<sup>31</sup>.

### I. Die Halterhaftung gem. § 7 StVG

Gem. § 7 Abs. 1 StVG haftet der Halter eines Kfz verschuldensunabhängig<sup>32</sup> für Sach- oder Personenschäden, die durch den Betrieb eines Kraftfahrzeuges entstanden sind.

#### 1. Der Kfz-Betrieb

Ein Kfz-Betrieb liegt nach der maßgebenden verkehrstechnischen Auffassung vor, wenn sich das Kfz im öffentlichen Verkehrsbereich bewegt oder in verkehrsbeeinflussender Weise darin ruht<sup>33</sup>. Durch das Benutzen eines Assistenz- bzw. eines automatisierten Systems liegt mangels Veränderung des Antriebs bzw. der Bewegung im Verkehrsraum nach wie vor ein Kfz-Betrieb i. S. v. § 7 Abs. 1 StVG vor<sup>34</sup>.

#### 2. Der Halter

Halter i. S. d. § 7 Abs. 1 StVG ist jede Person, die für eigene Rechnung das Kfz in Gebrauch hat und die Verfügungsgewalt darüber besitzt, die ein solcher Gebrauch voraussetzt<sup>35</sup>. Durch Assistenz- bzw. automatisierte Systeme kommt es zu keiner Änderung der Haltereigenschaft<sup>36</sup>, da die Betriebsgefahr des Kfz, vor der § 7 Abs. 1 StVG schützt, weiterhin gegeben ist<sup>37</sup>. Auch wird der Systemhersteller nicht zum Halter. Zwar hat er über den Programmcode Einfluss auf das Kfz-Verhalten, doch gebraucht er das Kfz weder auf eigene Rechnung, noch hat er Verfügungsgewalt.

In der Literatur wird diese Haftung als zu ausufernd kritisiert, da im Falle einer gesetzlichen Verpflichtung bei Assistenz- bzw. automatisierten Systemen dem Halter ein Schaden von außen auferlegt werden würde<sup>38</sup>. Dies ist jedoch abzulehnen. Dem Halter wird gem. § 7 StVO grundsätzlich der Schaden auferlegt, den sein Kfz verursacht. Eine zusätzliche Haftung kommt gerade nicht hinzu. Nach wie vor haftet der Fahrer für die Fahrzeugbetriebsgefahr, die sich jedoch tendenziell verringern wird<sup>39</sup>.

### 3. Ausgleichspflicht zwischen Haltern und Fahrern, § 17 StVG

§§ 17, 18 Abs. 3 StVG regeln das Verhältnis der Ausgleichspflicht zwischen den beteiligten Haltern bzw. Fahrzeugführern<sup>40</sup>. Dabei wird u.a. die Betriebsgefahr der Beteiligten um-

<sup>31</sup> Lutz, NJW 2015, 119 (115 ff.).

<sup>32</sup> NK-GVR/Kuhnert, § 7 StVG Rn. 4.

<sup>33</sup> BGHZ 29, 163, 165 ff.; NK-GVR/Kuhnert, § 7 StVG Rn. 24.

<sup>34</sup> Vgl. Schulz, S. 152; Bewersdorf, S. 102; Schrader, DAR 2016, 242 (245).

<sup>35</sup> BGH NJW 1992, 900, 902 f. m. w. N.; Schrader, NJW 2015, 3537 (3537); Gasser, in: Maurer/Gerdes/Lenz u.a. (Hrsg.), Autonomes Fahren, S. 543 (567).

<sup>36</sup> Franke, DAR 2016, 61 (62 f.); Lutz, NZV 2013, 57 (60); Bewersdorf, S. 102.

<sup>37</sup> Franke, DAR 2016, 61 (63); Gasser, S. 19.

<sup>38</sup> Jänich M./Schrader/Reck, NZV 2015, 313 (315); Schrader, DAR 2016, 242 (245).

<sup>39</sup> 90 Prozent aller VU's werden durch menschliche Fehler verursacht, s.o.

<sup>40</sup> Vertiefend Burmann/Heß/Heß, § 17 StVG Rn. 1 ff.

fassend gegeneinander abgewogen<sup>41</sup>. Die Betriebsgefahr sind die Gesamtumstände, die durch die Eigenart des Fahrzeuges, wie bspw. Gewicht, Größe und typische Eigenschaften, zum Unfall geführt haben<sup>42</sup>. Folglich ist diese in jedem konkreten Einzelfall zu ermitteln<sup>43</sup>. Fahrassistenten- und Automatisierungssysteme reduzieren grundsätzlich die Betriebsgefahr, wenn sie zu einer Schadensminderung führen<sup>44</sup>. Dies ist z. B. bei Abstandsreglern, die schneller reagieren wie der Fahrzeugführer, der Fall<sup>45</sup>. Dafür sprechen auch die Erfahrungen mit dem Google-Car, welches in sechs Jahren bei 2 Mio. Testkilometern lediglich einen Unfall verursacht hat<sup>46</sup>. Aber die Betriebsgefahr kann sich auch z. B. durch ein defektes bzw. nicht fehlerfrei arbeitendes System erhöhen<sup>47</sup>.

#### 4. Ausschluss des Anspruchs

§ 7 Abs. 2 StVG schließt den Anspruch wegen höherer Gewalt aus. Höhere Gewalt sind betriebsfremde, *von außen* durch elementare Naturkräfte oder durch Handlungen von dritten Personen herbeigeführte und nach menschlicher Einsicht und Erfahrung unvorhergesehene Ereignisse, die mit wirtschaftlich erträglichen Mitteln auch durch äußerste Sorgfalt nicht verhütet bzw. unschädlich gemacht werden können und auch nicht wegen ihrer Häufigkeit in Kauf zu nehmen sind<sup>48</sup>. Unvorhergesehene Defekte am Kfz, auch an Assistenz- bzw. Automatisierungssystemen, stellen keine höhere Gewalt dar<sup>49</sup>. Zwar könnte man insbesondere ein vollautomatisiertes System als Handlung von außen betrachten, doch ist das System Bestandteil des Kfz<sup>50</sup>. Damit ist ein Fehler am System grundsätzlich ein Fehler innerhalb des Kfz<sup>51</sup>.

## II. Die Fahrerhaftung gem. § 18 StVG

### 1. Allgemein

Gem. § 18 Abs. 1 StVG haftet der Fahrzeugführer wie der Halter für die Betriebsgefahr eines Kfz<sup>52</sup>.

### 2. Führer eines Fahrzeugs

a) Der Führer eines Kraftfahrzeuges ist derjenige, der das Kfz steuert, anhält, parkt und die tatsächliche Gewalt darüber hat<sup>53</sup>, es also zielgerichtet lenkt bzw. steuert<sup>54</sup>. Daraus folgt, dass

derjenige, der keinen Einfluss auf das System hat, nicht Kfz-Führer i.S.d. § 18 Abs. 1 StVG sein kann<sup>55</sup>.

b) Bei Assistenz- bzw. teilautomatisierten Systemen behält der Mensch die volle Kontrolle, da er jederzeit eingreifen kann und so die tatsächliche Gewalt über das Fahrzeug hat<sup>56</sup>. Der technische Einfluss ist von untergeordneter Bedeutung<sup>57</sup> und erleichtert lediglich die Führung des Fahrzeuges<sup>58</sup>. Der Mensch bleibt damit Fahrzeugführer. Beim Tempomat bspw. kontrolliert das System zwar die Geschwindigkeit, die Hauptsteuertätigkeit obliegt aber dem Fahrer<sup>59</sup>.

c) Im Rahmen hoch- bzw. vollautomatisierter Systeme kommen mehrere Fahrer als Fahrzeugführer in Betracht.

aa) Der Fahrer könnte beim Einsatz von hoch- und vollautomatisierten Fahrsystemen Fahrzeugführer sein.

Nach einer Ansicht sei der Fahrer Fahrzeugführer i.S.v. § 18 Abs. 1 StVG<sup>60</sup>. Zwar übergabe er mit der Anweisung an das System, das Steuer zu übernehmen, die tatsächliche Gewalt an das System, doch werde dadurch seine Fahrzeugführereigenschaft i. S. d. § 18 Abs. 1 StVG nicht beendet, sondern sie bliebe auf Grund der jederzeitigen Eingriffsmöglichkeit erhalten<sup>61</sup>.

Die Gegenansicht argumentiert, dass der Fahrer mit Übergabe an das System keinerlei Kontrolle mehr über das System habe, da das Automatisierungssystem die Steuerung komplett übernehme<sup>62</sup>.

Für erstere Ansicht wird angeführt, dass ein Flugzeugpilot auch nicht seine Piloteneigenschaft verliere, wenn der Autopilot die Steuerung übernehme<sup>63</sup>. Allerdings sind beide Verkehrsmittel nicht vergleichbar. In der Luftfahrt ist wegen geringerem Verkehr keine permanente Systemkontrolle erforderlich<sup>64</sup>. Auch besteht trotz permanenter Übersteuerbarkeit keine vollständige Fahrerkontrolle<sup>65</sup>: Es findet mangels Beschleunigungs- bzw. Lenkhandlung keine Steuerung durch den Fahrer statt<sup>66</sup>. Zudem setzt das „Beherrschen“ voraus, dass sich die Hand des Führers am Lenkrad befindet. Ansonsten wird der Fahrer zum bloßen Passagier<sup>67</sup>, da er eine passive Rolle beim Fahrvorgang spielt<sup>68</sup>. Daher ist die Fahrzeugführereigenschaft des Fahrers abzulehnen.

<sup>41</sup> Frenz, ZfS 2003, 381 (382); NK-GVR/Zeycan, § 17 StVG Rn. 5; Gasser, in: Maurer/Gerdes/Lenz u.a. (Hrsg.), Autonomes Fahren, S. 543 (568).

<sup>42</sup> Bewersdorf, S. 116; Hentschel/König, § 17 StVG Rn. 16 m. w. N.

<sup>43</sup> Bewersdorf, S. 116; Frenz, ZfS 2003, 381 (384).

<sup>44</sup> Frenz, ZfS 2003, 381 (384).

<sup>45</sup> Bewersdorf, S. 117.

<sup>46</sup> Vgl. <http://heise.de/-3121728>, zuletzt abgerufen am 28.2.2017.

<sup>47</sup> Bewersdorf, S. 118; vgl. zur Fehlerhaftigkeit des Tesla-Systems <https://heise.de/-3253449>, zuletzt abgerufen am 28.2.2017.

<sup>48</sup> BT-Drs. 14/7752 S. 30; OLG Saarbrücken, NZV 2006, 418, 419; NK-GVR/Kuhnert, § 7 StVG Rn. 60.

<sup>49</sup> Franke, DAR 2016, 61 (63); Gasser, 120 f.; Schrader, NJW 2015, 3537 (3537); Jänich M./Schrader/Reck, NZV 2015, 313 (315).

<sup>50</sup> Gasser, S. 121; Albrecht, DAR 2005, 186 (627).

<sup>51</sup> Schulz, S. 153. Anders wäre es zu beurteilen, wenn eine externe Manipulation des Systems vorliegt und es dadurch zu Fehlern kommt, vgl. Schulz, S. 153.

<sup>52</sup> NK-GVR/Zeycan, § 18 StVG Rn. 3; vgl. BGH, NJW 2010, 927, 928.

<sup>53</sup> NK-GVR/Zeycan, § 18 StVG 3; Burmann/Heß/Heß, § 18 Rn 34.

<sup>54</sup> BGH, NJW 1990, 1245; Schrader, NJW 2015, 3537 (39).

<sup>55</sup> Klindt, in: Hilgendorf/Hötitzsch/Lutz (Hrsg.), Rechtliche Aspekte, S. 61 (63).

<sup>56</sup> Lutz, NZV 2013, 57 (60); Lutz, NJW 2015, 119 (120); Jänich M./Schrader/Reck, NZV 2015, 313 (315).

<sup>57</sup> Schrader, NJW 2015, 3537 (3540).

<sup>58</sup> Bewersdorf, S. 105.

<sup>59</sup> Vgl. Franke, DAR 2016, 61 (62).

<sup>60</sup> Jänich M./Schrader/Reck, NZV 2015, 313 (3541); Bewersdorf, S. 91.

<sup>61</sup> Jänich M./Schrader/Reck, NZV 2015, 313 (3541).

<sup>62</sup> Gasser, in: Maurer/Gerdes/Lenz u.a. (Hrsg.), Autonomes Fahren, S. 543 (567 ff.); Franke, DAR 2016, 61 (63); Schrader, DAR 2016, 242 (245).

<sup>63</sup> Bewersdorf, S. 91.

<sup>64</sup> Vgl. Lutz, NZV 2013, 57 (62) m. w. N.

<sup>65</sup> Franke, DAR 2016, 61 (62).

<sup>66</sup> Schulz, S. 150.

<sup>67</sup> Franke, DAR 2016, 61 (63); Gasser, in: Maurer/Gerdes/Lenz u.a. (Hrsg.), Autonomes Fahren, S. 543 (567 ff.).

<sup>68</sup> Hötitzsch/May, in: Hilgendorf (Hrsg.), Robotik, S. 189 (197); vgl.

Frenz/Casimir-van den Broek, NZV 2009, 529 (533).

bb) Als weiterer Fahrzeugführer könnte der Fahrzeug- bzw. Systemhersteller in Betracht kommen.

Für eine Fahrzeugföhreigenschaft des Herstellers spricht, dass er durch vorgegebene Kriterien wesentlichen Einfluss auf das Fahrzeug erhält<sup>69</sup>.

Doch ergibt die Gesamtschau der StVO und des StVG, dass lediglich ein unmittelbar das Fahrzeug steuernder Mensch Fahrzeugföhrer i. S. d. § 18 Abs. 1 StVG sein kann, vgl. z. B. § 3 Abs. 1 S. 1 StVO<sup>70</sup>. Der Hersteller trifft zwar die Entscheidungen, nach denen das System handelt, doch nimmt er in der konkreten Situation keinen aktiven Steuerungsvorgang vor. Außerdem setzt das „Beherrschen“ des Fahrzeuges voraus, dass ein willentliches Handeln vorliegen muss<sup>71</sup>. Eine Maschine kann jedoch nur mathematische Entscheidungen treffen. Auch konnte der Gesetzgeber bei Schaffung des § 18 StVG nicht davon ausgehen, dass eine Maschine die Steuerung von Kfz übernimmt. Sinn und Zweck des § 18 Abs. 1 StVG ist die Betreiberhaftung<sup>72</sup>. Da der Hersteller jedoch das Fahrzeug nicht betreibt, ist seine Fahrzeugföhreigenschaft abzulehnen.

cc) Abzulehnen ist auch, das System als Fahrzeugföhrer anzusehen, da nur ein Mensch Fahrzeugföhrer sein kann, s.o.

dd) Damit bleibt festzuhalten, dass bei einem Schaden durch ein voll- bzw. hochautomatisiert gesteuertes Fahrzeug kein Fahrzeugföhrer i. S. d. § 18 Abs. 1 StVG vorliegt und deswegen eine Haftung hiernach ausscheidet.

### 3. Verschulden

Der Fahrzeugföhrer haftet gem. § 18 Abs. 1 StVG für Vorsatz und Fahrlässigkeit i. S. d. § 276 BGB<sup>73</sup>, wobei das Verschulden vermutet wird<sup>74</sup>. Jedoch kann sich der Fahrzeugföhrer exkulpieren, wenn er nachweist, dass er der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, die an einen ordnungsgemäß handelnden Kfz-Föhrer gestellt wird<sup>75</sup>, nachgekommen ist<sup>76</sup>. Er muss sich verkehrsgerecht verhalten haben<sup>77</sup>.

Der Fahrzeugföhrer muss sowohl Fahrassistenten- als auch Automatisierungssysteme systemgerecht und routiniert bedienen können<sup>78</sup>. So muss er das System übersteuern bzw. deaktivieren<sup>79</sup>, sachgerecht bedienen können, Warnungen nicht ignorieren bzw. übersteuern<sup>80</sup> und Systemgrenzen kennen<sup>81</sup>.

<sup>69</sup> BGH, NJW 2015, 1125; *Schrader*, NJW 2015, 3537 (3541); vgl. auch BGH NJW 1959, 1883; *Schrader*, DAR 2016, 242 (245).

<sup>70</sup> *Gasser*, 56 f.

<sup>71</sup> *Gasser*, S. 57; vgl. hierzu OLG Düsseldorf, NZV 1992, 197, 198; *Hentschel/König*, § 316 StGB Rn. 3.

<sup>72</sup> Vgl. NK-GVR/*Zeycan*, § 18 StVG Rn. 4.

<sup>73</sup> NK-GVR/*Zeycan*, § 18 StVG Rn. 5; *Hentschel/König*, § 18 StVG Rn. 4; *Bewersdorf*, S. 106.

<sup>74</sup> *Burmann/Heß/Heß*, § 18 Rn. 8; NK-GVR/*Zeycan*, § 18 StVG Rn. 7.

<sup>75</sup> NK-GVR/*Zeycan*, § 18 StVG Rn. 5; *Hentschel/König*, § 18 StVG Rn. 5; *Bewersdorf*, S. 106.

<sup>76</sup> OLG Hamm, NZV 2000, 376; NK-GVR/*Zeycan*, § 18 StVG 5 ff.

<sup>77</sup> BGHZ 24, 21; OLG Hamm, NZV 1998, 463; *Burmann/Heß/Heß*, § 18 Rn. 8.

<sup>78</sup> *Vogt*, NZV 2003, 153 (157); *Bewersdorf*, S. 106.

<sup>79</sup> *Bewersdorf*, S. 108; *Berz/Dedy/Granich*, DAR 2000, 545 (549).

<sup>80</sup> *Bewersdorf*, S. 111.

<sup>81</sup> *Bewersdorf*, S. 108.

Die sorgfaltsgemäße Benutzung umfasst auch die Systemüberwachung<sup>82</sup>. Der Fahrzeugföhrer darf kein blindes Systemvertrauen haben<sup>83</sup>, da ein Schaden nicht fernliegend ist<sup>84</sup>. Im Falle einer Einparkhilfe muss er zusätzlich zum System den Rückspiegel nutzen, sich umschaun oder aussteigen<sup>85</sup>.

Als Ausfluss der allgemeinen Sorgfaltspflicht darf ein Assistenz- bzw. Automatisierungssystem bei Defekten nicht wesentlich vom Fahrer eingesetzt werden<sup>86</sup>. Sorgfaltsgemäß handelt er, wenn er ein vorhandenes, aber gesetzlich nicht vorgeschriebenes System nicht nutzt<sup>87</sup>. Ansonsten würde es zu einer gesetzwidrigen Nutzungspflicht von nicht vorgeschriebenen Systemen kommen<sup>88</sup>.

Es liegt jedoch keine Sorgfaltspflichtverletzung vor, wenn der Fahrzeugföhrer nachweist, dass ein technischer Defekt die Unfallursache gewesen ist<sup>89</sup>.

### 4. Fazit

Im Ergebnis bleibt festzuhalten: Je höher die Automatisierung voranschreitet, desto leerer läuft derzeit die Fahrzeugföhrehaftung gem. § 18 Abs. 1 StVG, da in einem hoch- und vollautomatisierten Fahrzeug derzeit kein Föhrer gegeben ist.

### III. Die Haftung des Fahrers bzw. des Halters gem. § 823 BGB

Bei Fahrassistenten- bzw. Automatisierungssystemen kommt es v. a. bei der Handlung und beim Verschulden i.S.v. § 823 BGB zu neuen Fragestellungen<sup>90</sup>.

Eine Handlung ist ein bewusst kontrolliertes und willentlich getragenes menschliches Verhalten durch Tun oder Unterlassen<sup>91</sup>. Bei Assistenz- bzw. Automatisierungssystemen nimmt jedoch das System die Handlung vor<sup>92</sup>, was keine menschliche Handlung ist. Für die Haftung wird daher an die Bedienung durch den Fahrer als Ausfluss der Verkehrssicherungspflicht angeknüpft<sup>93</sup>. So muss der Fahrer das System immer auf seine Funktionsfähigkeit überprüfen<sup>94</sup>. Auch muss sich der Fahrer bei Assistenz- und teilautomatisierten Systemen sofort, bei voll- und hochautomatisierten Systemen mit Verzögerung, einen Eingriff vorbehalten<sup>95</sup>. Weder Halter noch Fahrer dürfen

<sup>82</sup> *Jänich M./Schrader/Reck*, NZV 2015, 313 (316).

<sup>83</sup> *Bewersdorf*, S. 110; *Franke*, DAR 2016, 61 (63); *Stadler*, in: *Hilgen-dorf/Hötitzsch/Lutz* (Hrsg.), *Rechtliche Aspekte*, S. 87 (89).

<sup>84</sup> Vgl. zum Falle einer Einparkhilfe AG München, NZV 2008, 35; LG Bückeburg, Urt. v. 29.9.2011, 1 O 86/11, juris.

<sup>85</sup> AG München, NZV 2008, 35; LG Bückeburg, Urt. v. 29.9.2011, 1 O 86/11, Rn. 29 ff., juris; *Franke*, DAR 2016, 61 (63).

<sup>86</sup> *Bewersdorf*, S. 106; *Vogt*, NZV 2003, 153 (156).

<sup>87</sup> *Vogt*, NZV 2003, 153 (156); a. A. *Gasser*, S. 119; *Bewersdorf*, 111 ff.

<sup>88</sup> *Vogt*, NZV 2003, 153 (156).

<sup>89</sup> NK-GVR/*Zeycan*, § 18 StVG Rn. 5; *Burmann/Heß/Heß*, § 18 Rn. 8; *Schrader*, NJW 2015, 3537 (3541).

<sup>90</sup> Vgl. *Jänich M./Schrader/Reck*, NZV 2015, 313 (316); *Lutz*, NZV 2013, 57 (61).

<sup>91</sup> BGHZ 39, 103, 106 ff.; BGHZ 98, 135, 137; *Bewersdorf*, 119 f.

<sup>92</sup> *Bewersdorf*, S. 119; *Berz/Dedy/Granich*, DAR 2000, 545 (548).

<sup>93</sup> Vgl. *Bewersdorf*, S. 119.

<sup>94</sup> *Jänich M./Schrader/Reck*, NZV 2015, 313 (516); *Bewersdorf*, S. 120; *Berz/Dedy/Granich*, DAR 2000, 545 (548).

<sup>95</sup> *Jänich M./Schrader/Reck*, NZV 2015, 313 (316).

„blind“ auf die Technik vertrauen<sup>96</sup>. Den Halter trifft zusätzlich die Verkehrssicherungspflicht für den Zustand des Assistenz- bzw. Automatisierungssystems<sup>97</sup>, die durch regelmäßige Inspektionen gewahrt wird<sup>98</sup>. Ebenso besteht eine Instruktionspflicht des Halters gegenüber (neuen) Fahrern, da die Systeme heute unüblich sind<sup>99</sup>. Im Rahmen des Verschuldens gem. § 823 ff. BGB gilt das oben Gesagte<sup>100</sup>.

#### IV. Die Herstellerhaftung nach Produkthaftungsgesetz

##### 1. Anwendungsbereich

Durch den Einsatz von Assistenz- bzw. Automatisierungssystemen steigt der Einfluss des Herstellers, da er für die Programmierung und die Sensoren des Kfz und damit für einen durch das System verursachten Unfall verantwortlich ist<sup>101</sup>. Bei voll- bzw. hochautomatisierten Systemen ist der Hersteller nahezu allein verantwortlich<sup>102</sup>, da der Fahrer kaum Einfluss auf das Kfz hat<sup>103</sup>. Damit hat der Geschädigte grundsätzlich die Möglichkeit, verschuldensunabhängig, vgl. § 1 Abs. 1 ProdHaftG, Schadensersatz zu verlangen<sup>104</sup>.

##### 2. Hersteller

Hersteller eines Produktes ist gem. § 4 Abs. 1 ProdHaftG derjenige, der das Endprodukt hergestellt hat. Im Falle eines Assistenz- bzw. eines Automatisierungssystems ist dies der Kfz-Hersteller<sup>105</sup>.

##### 3. Produktfehler

Produktfehler i. S. d. ProdHaftG sind Konstruktions-, Fabrikations- und Instruktionsfehler<sup>106</sup>.

Im Falle von Assistenz- und Automatisierungssystemen kommen neben den klassischen Fehlern i. S. v. defekten Bauteilen vor allem auch Softwarefehler vor<sup>107</sup>. Doch umfasst die Produkthaftung gem. § 2 ProdHaftG lediglich bewegliche Sachen. Mit Blick auf § 90 BGB könnte Software als virtuelles Produkt ausgenommen sein. Doch liegt eine „Verkörperung“

von Software durch den Datenträger vor, auf dem sie gespeichert ist<sup>108</sup>. Folglich liegt eine „bewegliche Sache“ vor.

Ein Fabrikationsfehler liegt vor, wenn ein Produkt fehlerfrei konzipiert wurde, es aber bei der Produktion zu einer Abweichung des Ist- von dem vom Hersteller angestrebten Soll-Zustands gekommen ist<sup>109</sup>. Bei der Softwareproduktion kann dies durch Schadssoftware und Übertragungsfehler entstehen<sup>110</sup>.

Im Falle eines Konstruktionsfehlers liegt ein Produkt zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens konzeptionell hinter dem Stand der Technik zurück<sup>111</sup>. Die Steuerungssoftware kann durch einen fehlerhaften Entwurf, Programmierung oder Kompilierung einen Konstruktionsfehler erleiden<sup>112</sup>. Zur Wahrung des Standes der Technik muss die Software bzw. das Bauteil so konzipiert sein, dass das Produkt bestimmungsgemäß gebraucht werden kann<sup>113</sup>. Dazu müssen gewisse Mindeststandards eingehalten werden<sup>114</sup>. Im Automobilbau bildet die ICE 61508, die durch die „ISO 26262 über Sicherheitsfragen von Straßenfahrzeugen auf den Straßenverkehr“ konkretisiert wird<sup>115</sup>, dazu den Maßstab<sup>116</sup>. Sind diese Normen beachtet, so spricht dies gegen einen Konstruktionsfehler<sup>117</sup>.

Mangelhafte Gebrauchsanweisungen und unzureichende Warnung stellen Instruktionsfehler dar<sup>118</sup>. Dabei gilt, je höher die Gefahr für das bedrohte Rechtsgut ist, desto deutlicher müssen die Hinweise sein<sup>119</sup>. Im Falle von Assistenz- und Automatisierungssystemen müssen wegen der Gefahr für Leib und Leben besondere Hinweise auf eine mögliche Unfallgefahr vorhanden sein<sup>120</sup>. Diese müssen besonders deutlich, jederzeit wahrnehmbar und für die am meisten gefährdeten Benutzer verständlich sein<sup>121</sup>. Es gibt jedoch keine Pflicht für den Hersteller, die Nutzer zu kontrollieren<sup>122</sup>. Inhaltlich muss die Bedienungsanleitung die Handhabung<sup>123</sup> und die Benutzereinflussmöglichkeiten aufzeigen<sup>124</sup>. Dementsprechend muss die gefahrlose Bedienung für einen durch-

<sup>96</sup> Jänich M./Schrader/Reck, NZV 2015, 313 (316); Berz/Dedy/Granich, DAR 2000, 545 (548); Frenz, ZfS 2003, 381 (384).

<sup>97</sup> Bewersdorf, S. 121; Berz/Dedy/Granich, DAR 2000, 545 (548).

<sup>98</sup> Bewersdorf, S. 121; vgl. NK-GVR/Pardey, § 823 BGB Rn. 26.

<sup>99</sup> Vogt, NZV 2003, 153 (156); Berz/Dedy/Granich, DAR 2000, 545 (548); vgl. Bewersdorf, S. 121.

<sup>100</sup> Jänich M./Schrader/Reck, NZV 2015, 313 (316); vertiefend Bewersdorf, S. 120; Berz/Dedy/Granich, DAR 2000, 545 (548).

<sup>101</sup> Schrader, NJW 2015, 3537 (3537); Lutz, NJW 2015, 119 (120); Kütik-Markendorf/Essers, MMR 2016, 22 (24).

<sup>102</sup> Gomille, JZ 2016, 76 (81); Bewersdorf, S. 140; Schulz, S. 164.

<sup>103</sup> Vgl. obige Ergebnisse zur Führerhaftung gem. § 17 StVG.

<sup>104</sup> BT-Drs. 11/2447 S. 11; Albrecht, DAR 2005, 186 (190); Gasser, S. 104; Schrader, NJW 2015, 3537 (3537).

<sup>105</sup> Albrecht, DAR 2005, 186 (191); Kullmann, NZV 2002, 1 (9); anders bei Nachrüstungen vgl. Frenz, ZfS 2003, 381 (385); Berz/Dedy/Granich, DAR 2000, 545 (550).

<sup>106</sup> Gasser, S. 105; Bewersdorf, S. 139.

<sup>107</sup> Gomille, JZ 2016, 76 (77); Jänich M./Schrader/Reck, NZV 2015, 313 (316); Berz/Dedy/Granich, DAR 2000, 545 (549).

<sup>108</sup> Vgl. BGH NJW-RR 1986, 219 ff.; Frenz, ZfS 2003, 381 (385); Berz/Dedy/Granich, DAR 2000, 545 (549) m. w. N.

<sup>109</sup> Gomille, JZ 2016, 76 (77); Gasser, S. 106; Berz/Dedy/Granich, DAR 2000, 545 (550).

<sup>110</sup> Gomille, JZ 2016, 76 (77 f.); Littbarski, in: Kilian/Heussen (Hrsg.), Computerrechts-Handbuch (Rn. 73); Lehmann, NJW 1992, 1721 (1723). BGH NJW 2009, 2952, 2953; Jänich M./Schrader/Reck, NZV 2015, 313 (317); Lutz, NZV 2013, 57 (61).

<sup>111</sup> Littbarski, in: Kilian/Heussen (Hrsg.), Computerrechts-Handbuch (Rn. 68 ff.); Gomille, JZ 2016, 76 (77); Lehmann, NJW 1992, 1721 (1723).

<sup>112</sup> Gasser, S. 106; vgl. zur aktuellen Debatte um den Autopilot des Tesla Model https://heise.de/-3343633, zuletzt abgerufen am 28.2.2017.

<sup>113</sup> OLG Koblenz, NJW-RR 2006, 169, 170; Gasser, S. 116.

<sup>114</sup> Jänich M./Schrader/Reck, NZV 2015, 313 (517).

<sup>115</sup> Gomille, JZ 2016, 76 (79); Jänich M./Schrader/Reck, NZV 2015, 313 (317); Lutz, NZV 2013, 57 (61).

<sup>116</sup> Gomille, JZ 2016, 76 (70).

<sup>117</sup> Jänich M./Schrader/Reck, NZV 2015, 313 (317); Lutz, NZV 2013, 57 (61); Berz/Dedy/Granich, DAR 2000, 545 (549 f.).

<sup>118</sup> BVerfG NJW 1997, 249; 250 vgl. BGH NJW 92, 560, 561; Bewersdorf, S. 172.

<sup>119</sup> Bewersdorf, S. 174; Schrader, DAR 2016, 242 (243).

<sup>120</sup> BGH, NJW 1992, 560, 561; BGH, NJW 1995, 1286, 1287; Bewersdorf, S. 174.

<sup>121</sup> Bewersdorf, S. 174 f.

<sup>122</sup> Bewersdorf, S. 177.

<sup>123</sup> Frenz, ZfS 2003, 381 (385).



schnittlichen Benutzer verständlich aufgezeigt werden<sup>125</sup>. Ebenso muss auf kritische Situationen und Systemgrenzen hingewiesen werden<sup>126</sup>.

#### 4. Schaden

Gem. § 1 Abs. 1 S. 2 ProdHaftG muss es zum Schaden an einer „anderen Sache“ kommen. Dies ist problematisch, wenn das Fahrassistenten- bzw. Automatisierungssystem einen Schaden am Kfz verursacht<sup>127</sup>. Doch müssen das Kfz und das System als einheitliche Sache betrachtet werden, sodass das System kein Teilprodukt darstellt<sup>128</sup>. Ansonsten würden mittels des Produkthaftungsrechts die speziellen Verjährungsvorschriften, insbesondere die der §§ 437 f. BGB, umgangen werden<sup>129</sup>. Auch hätte eine solche Teilehaftung systemwidrig zur Folge, dass der Teilehersteller weiter wie der Hersteller des Endproduktes haften würde<sup>130</sup>.

#### 5. Ausschluss und Beweislast

Gem. § 1 Abs. 2 Nr. 5 ProdHaftG muss der Hersteller beweisen, dass der Fehler zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens nach Stand von Wissenschaft und Technik nicht zu erkennen war<sup>131</sup>. Daraus folgt, dass der Hersteller regelmäßige Prüfungen durchführen muss, um etwaige Fehler zu entdecken<sup>132</sup>.

Gem. § 1 Abs. 4 ProdHaftG a. E. kann sich der Hersteller entlasten. Der Geschädigte muss daher mindestens nachweisen, dass zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens ein Fehler vorlag<sup>133</sup>. Kritisiert wird hieran, dass es für Privatpersonen mangels Zugang zum Quellcode sehr schwierig sei, Fehler in der Software nachzuweisen<sup>134</sup>. Doch ist ein Zugriff auf den Softwarequellcode nicht notwendig. Denn es ist ausreichend zu ermitteln, ob der Schaden durch den Menschen verursacht wurde. Ist dies nicht der Fall, folgt im Umkehrschluss, dass die Maschine einen Fehler haben muss<sup>135</sup>. Dies lässt sich auch durch einen Unfalldatenschreiber, der alle technischen Werte zu einem gewissen Zeitraum vor dem Crash aufzeichnet, jederzeit lückenlos überprüfen, sodass der Einbau eines solchen ratsam ist<sup>136</sup>. Des Weiteren kommt ein Anscheinsbeweis für einen

Fehler in Betracht, sofern der Fahrer als Verursacher ausscheidet<sup>137</sup>.

### V. Die Haftung des Herstellers nach der Produzentenhaftung

Daneben steht die Produzentenhaftung gem. § 823 Abs. 1 BGB. Im Unterschied zur Produkthaftung ist die Produzentenhaftung nicht verschuldensunabhängig, sodass sich der Produzent exkulpieren kann<sup>138</sup>. Ebenso greift die Produzentenhaftung auch für gewerblich genutzte Produkte, die gem. § 1 Abs. 1 S. 2 ProdHaftG von der Produkthaftung ausgeschlossen sind.

#### 1. Verletzungshandlung

Die Verletzungshandlung ist im Falle von Kraftfahrzeugen das Inverkehrbringen eines fehlerhaften Produkts unter dem Gesichtspunkt der Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht<sup>139</sup>. Das Produkt muss zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens grundsätzlich fehlerfrei sein<sup>140</sup>. Dementsprechend dürfen, wie bei der Haftung nach dem ProdHaftG, keine Konstruktions-, Fabrikations- bzw. Instruktionsfehler vorliegen<sup>141</sup>.

Ein weiterer Ausfluss der Verkehrssicherungspflicht ist die Produktbeobachtungspflicht<sup>142</sup>. Nach dem Inverkehrbringen muss der Hersteller beobachten, ob und wie sich ein Produkt in der Praxis bewährt und mit diesen Erkenntnissen etwaigen Produktgefahren zu begegnen ist<sup>143</sup>. Im Falle von Leib und Leben fordert die Produktbeobachtungspflicht eine intensive und aktive Beobachtung<sup>144</sup>. Weiterhin ist entscheidend, wie lange das Produkt schadlos am Markt war<sup>145</sup>. Wegen der hochwertig betroffenen Rechtsgüter muss der Hersteller aktive Tests ebenso wie eine Datenübermittlung der Systeme durchführen<sup>146</sup>. Weiterhin zeigt die Erfahrung, dass Programmierungsfehler objektiv unvermeidbar sind, sodass sich auch schon hieraus gesteigerte Produktbeobachtungspflichten ergeben<sup>147</sup>. Sollte ein Fehler festgestellt werden, muss der Hersteller tätig werden. Dies kann durch eine Konstruktionsänderung geschehen<sup>148</sup>. Für die bereits ausgelieferten Produkte kommen entweder Warnungen bzw. Hinweise oder ein Rückruf und Nachrüstung in Betracht. Erstere werden aber mit Blick auf die gefährdeten Rechtsgüter nur in engen Grenzen in Betracht

<sup>125</sup> Vgl. OLG Celle, NJW-RR 1986, 25; *Berz/Dedy/Granich*, DAR 2000, 545 (550); *Bewersdorf*, S. 174.

<sup>126</sup> *Vogt*, NZV 2003, 153 (159); *Bewersdorf*, 173 f.; *Gasser*, 113 f.

<sup>127</sup> *Jänich M./Schrader/Reck*, NZV 2015, 313 (316).

<sup>128</sup> *Albrecht*, DAR 2005, 186 (191); a. A. *Kullmann*, NZV 2002, 1 (9); *Schulz*, 161 f.

<sup>129</sup> *MüKo/Wagner*, § 1 ProdHaftG Rn. 8.

<sup>130</sup> *Albrecht*, DAR 2005, 186 (191); *MüKo/Wagner*, § 1 ProdHaftG Rn. 12.

<sup>131</sup> BGHZ 129, 353, 359; *Gomille*, JZ 2016, 76 (78 f.)

<sup>132</sup> BGHZ 129, 353, 361 f.

<sup>133</sup> OLG Dresden, VersR 1998, 59; *Gomille*, JZ 2016, 76 (78);

*MüKo/Wagner*, § 1 ProdHaftG Rn. 72.

<sup>134</sup> *Gomille*, JZ 2016, 76 (78); *Kütik-Markendorf/Essers*, MMR 2016, 22 (25).

<sup>135</sup> *Gomille*, JZ 2016, 76 (78), vgl. *Schneider*, in: *Schneider* (Hrsg.), *Handbuch des EDV-Rechts*, Kap. P (Rn. 84).

<sup>136</sup> *Gasser*, in: *Maurer/Gerdes/Lenz u.a.* (Hrsg.), *Autonomes Fahren*, S. 543 (568 f.); *Lutz*, NJW 2015, 119 (120); er soll nach Ansicht der BReg zur Pflicht werden, vgl.

<https://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2017/01/2017-01-25-automatisiertes-fahren.html>, zuletzt abgerufen am 28.02.2017.

<sup>137</sup> *Jänich M./Schrader/Reck*, NZV 2015, 313 (316); *Gomille*, JZ 2016, 76 (78); grundlegend *Bewersdorf*, 124 ff./ 177 ff.

<sup>138</sup> *Kütik-Markendorf/Essers*, MMR 2016, 22 (24 f.); *Gasser*, S. 111.

<sup>139</sup> *Palandt/Sprau*, § 823 BGB Rn. 170.

<sup>140</sup> *Palandt/Sprau*, § 823 BGB Rn. 172.

<sup>141</sup> Vgl. BGH, NJW 2009, 2952, 2953; vgl. BT-Drs. 11/2247 S. 18; *Palandt/Sprau*, § 823 BGB Rn. 172.

<sup>142</sup> *Kütik-Markendorf/Essers*, MMR 2016, 22 (24); *Palandt/Sprau*, § 823 BGB Rn. 172; *Schrader*, DAR 2016, 242 (244).

<sup>143</sup> BGH NJW 1981, 1606, 1607 f.; BGH NJW 2009, 1080, 181; *Bamberg-er/Roth/Förster*, § 823 BGB 721.

<sup>144</sup> *MüKo/Wagner*, § 823 BGB Rn. 673; *Gomille*, JZ 2016, 76 (80).

<sup>145</sup> *MüKo/Wagner*, § 823 BGB Rn. 673; *Gomille*, JZ 2016, 76 (80).

<sup>146</sup> *Gomille*, JZ 2016, 76 (80); *Vogt*, NZV 2003, 153 (159).

<sup>147</sup> *Spindler*, NJW 2004, 3145 (3145); *Gomille*, JZ 2016, 76 (81).

<sup>148</sup> *Vogt*, NZV 2003, 153 (159); *Jänich M./Schrader/Reck*, NZV 2015, 313 (318).

kommen<sup>149</sup>. Softwarefehler sind durch Updates und Patches zu beseitigen<sup>150</sup>.

## 2. Verschulden

Im Rahmen der Produzentenhaftung findet auf Grund des Informationsgefälles im Verhältnis vom Geschädigten zum Hersteller eine Beweislastumkehr statt<sup>151</sup>. Der Geschädigte muss damit lediglich beweisen, dass sein Schaden im Organisations- und Gefahrenbereich des Herstellers durch einen objektiven Mangel oder Zustand der Verkehrswidrigkeit ausgelöst worden ist<sup>152</sup>.

## 3. Verhältnis von Produkt-/Produzentenhaftung zur Halterhaftung

Liegen die Voraussetzungen vor, haften Hersteller und Halter gem. § 840 BGB als Gesamtschuldner. Dies bedeutet auch, dass es ggf. zu einem internen Schadensausgleich gem. § 426 BGB kommen kann<sup>153</sup>. Da nach der bisherigen Sach- und Rechtslage im Falle von nichtautomatisierten Fahrzeugen derzeit nur 1 % der Halter die Hersteller in Regress nehmen, wird diskutiert, ob es durch die Einführung von autonomen Fahrzeugen zu einer ungerechtfertigten Privilegierung des Halters komme<sup>154</sup>. Denn wie dargelegt, ist die Haftung der Hersteller deutlich wahrscheinlicher geworden.

Zwar könnte in der Tat die Zahl der Produkthaftungsprozesse und der damit verbundenen Kosten ansteigen, doch wird damit der Fakt ignoriert, dass Fahrassistenz- und Automatisierungssysteme gerade die Sicherheit steigern und damit die Zahl der Prozesse insgesamt reduzieren sollen<sup>155</sup>. Auch verfährt das Argument nicht, dass sich die Rolle des Halters nicht grundlegend verändert<sup>156</sup>. Denn der Gesetzgeber hat die Haftung als solche bis dato so vorgesehen<sup>157</sup>. Im Übrigen würde bei einer Änderung auch übersehen werden, dass das Assistenz- bzw. Automatisierungssystem nur eine Ursache sein kann<sup>158</sup>.

## D. Ausblick und Fazit

Durch die Einführung von Fahrassistenz- und insbesondere automatisierten Systemen steht das Recht vor großen Herausforderungen. Zwar ist das autonome Fahren völkerrechtlich möglich, doch ist es nun am Bundesgesetzgeber, das vollautomatisierte Fahren in nationales Recht umzusetzen. Bisher ermöglicht das StVG und die auf ihm aufbauende StVO lediglich Assistenzsysteme und teilautomatisiertes Fahren. Um dies zu

ändern, hat das Kabinett am 25.1.2017 entsprechende Beschlüsse gefasst.

Im Bereich der Halterhaftung bleibt festzuhalten, dass es durch autonome Fahrzeuge zu keiner Veränderung der Haftung kommt. Jedoch werden dem Halter weitere Instruktionspflichten für seine Fahrzeugführer auferlegt. Anders ist das Bild dagegen bei der Fahrzeugführerhaftung gem. § 18 StVG. Während es bei Assistenz- und teilautomatisiertem System bei der bisherigen Fahrerhaftung des Führers bleibt, existiert bei voll- bzw. hochautomatisierten Systemen kein Führer i.S.v. § 18 StVG mehr. Weder der Fahrer, noch das System bzw. der Hersteller erfüllen die Voraussetzungen eines Fahrzeugführers gem. § 18 StVG. Somit läuft diese vom Gesetzgeber gewollte Haftung bei diesen Fahrzeugen leer. Da damit eine Haftungs-person, die der Gesetzgeber im StVG explizit vorgesehen hat, wegfällt, wäre an eine Novellierung zu denken, die jedoch nur der Gesetzgeber erreichen kann<sup>159</sup>. Stärker wie bisher rücken nun Ansprüche durch Produzenten- und Produkthaftung gegen den Hersteller des Systems in den Fokus. Insbesondere treffen die Hersteller in der derzeitigen Einführungsphase gesteigerte Instruktion- und Produktbeobachtungspflichten. Damit gehen auch höhere Kosten einher.

Ob man diese Haftungsverschiebung zu Lasten der Hersteller verändern möchte, wird durchaus kontrovers diskutiert<sup>160</sup>. Letzten Endes ist dies eine politische und keine rechtliche Frage, die der Gesetzgeber entscheiden muss. Nach derzeitigem Stand scheint es zu einer Veränderung zu kommen<sup>161</sup>.

Somit bleibt festzuhalten, dass die Haftung von Fahrassistenz- und automatisierten Fahrzeugen ein sehr dynamisches Rechtsgebiet ist und es in den kommenden Jahren nicht an Diskussionsstoff mangeln wird.

*\*Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Prof. Dr. Annette Guckelberger an der Universität des Saarlandes, Saarbrücken. Der Aufsatz entstand auf Basis einer Seminararbeit, die im Rahmen des Seminars Privatversicherungsrecht bei Fr. Prof. Dr. Matusche-Beckmann und Hr. Prof. Dr. Beckmann im SoSe 2016 an der Universität des Saarlandes angefertigt wurde.*

<sup>149</sup> z.B. durch eine überarbeitete Anleitung, BGH BeckRS 2009, 04229 Rn. 11; Palandt/Sprau, § 823 BGB Rn. 176; Gomille, JZ 2016, 76 (80) geht davon aus, dass Hinweise bzw. Warnungen nicht ausreichend sind, da der Nutzer keinen Einfluss auf die Steuerung hat.

<sup>150</sup> Gomille, JZ 2016, 76 (81); Spindler, NJW 2004, 3145 (3147); Schrader, DAR 2016, 242 (244).

<sup>151</sup> Grundlegend BGHZ 51, 91, 97 ff.; vgl. BGH NJW 1991, 1948, 1951; Gasser, S. 112; Schrader, NJW 2015, 3537 (37).

<sup>152</sup> BGH NJW 1991, 1948, 1951.

<sup>153</sup> Gomille, JZ 2016, 76 (81).

<sup>154</sup> Lutz, NJW 2015, 119 (120); Gomille, JZ 2016, 76 (81).

<sup>155</sup> Gomille, JZ 2016, 76 (82).

<sup>156</sup> Lutz, NJW 2015, 119 (121).

<sup>157</sup> Kütik-Markendorf/Essers, MMR 2016, 22 (25 f.).

<sup>158</sup> Gasser, in: Maurer/Gerdes/Lenz u.a. (Hrsg.), Autonomes Fahren, S. 543 (554).

<sup>159</sup> Gasser, S. 91; Gasser, in: Maurer/Gerdes/Lenz u.a. (Hrsg.), Autonomes Fahren, S. 543 (567 ff.); vgl. auch Schrader, NJW 2015, 3537 (3539).

<sup>160</sup> Vgl. Albrecht, SVR 2005, 373 (375); Franke, DAR 2016, 61 (61); Jänich M./Schrader/Reck, NZV 2015, 313 (318); Frenz, ZfS 2003, 381 (385).

<sup>161</sup> Vgl. <https://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2017/01/2017-01-25-automatisiertes-fahren.html>, zuletzt abgerufen am 27.2.2017.

# Die mehrfache Veräußerung von beweglichen und unbeweglichen Sachen nach chinesischem Recht

Helena Hötzel\*

## A. Einleitung

Der Käufer schließt in der Absicht einen Kaufvertrag ab, um schließlich Eigentümer der begehrten Sache zu werden. Was aber passiert, wenn er mit diesem Begehren nicht allein ist, sondern der Verkäufer dieselbe Sache mehreren Käufern in Aussicht gestellt hat? Welcher Käufer macht dann das Rennen um das Eigentum und was ist mit denen, die auf der Strecke bleiben?

Der Problematik der Mehrfachveräußerung von beweglichen und unbeweglichen Sachen soll in dieser Arbeit unter Berücksichtigung des chinesischen Rechts nachgegangen werden.

Da die Mehrfachveräußerung eine interessante Schnittstelle zwischen Schuld- und Sachenrecht darstellt, wird beleuchtet, wie diese Elemente bei der Eigentumsübertragung zueinander im Verhältnis stehen (B.). Auf Grundlage dessen soll anhand einiger Beispielfälle die Mehrfachveräußerung in ihren verschiedenen Konstellationen behandelt werden, wobei auch sonstige, hiermit korrelierende schuld- und sachenrechtliche Prinzipien beleuchtet werden (C.). Nach einem kurzen rechtsvergleichenden Blick in das deutsche Recht (D.), wird diese Arbeit die bisherigen und wünschenswerten Schutzmöglichkeiten der Käufer vor Mehrfachveräußerungen in den Blick nehmen und damit schließen (E.).

## B. Einheits- und Trennungsprinzip

Das Offenkundigkeitsprinzip, das auch schon im chinesischen ZGB von 1930 Normierung fand,<sup>1</sup> beansprucht auch im heutigen chinesischen Sachenrecht Geltung.<sup>2</sup> Bei unbeweglichen Sachen wird für den Eigentumsübergang gem. § 6 Sachenrechtsgesetz<sup>3</sup> (im Weiteren SachenRG) diesem durch Registrierung Genüge getan. Bei beweglichen Sachen ist zusätzlich zum Kaufvertrag grundsätzlich eine Übergabe gem. § 23 SachenRG von Nöten. Welche Rolle dem Publizitätsakt für die Eigentumsübertragung zukommt und wie insgesamt das Verhältnis von Verpflichtung und Verfügung ausgestaltet ist, ist mangels ausdrücklicher Regelung bzw. einheitlichem Aussagecharakter der Normen umstritten.<sup>4</sup>

Insgesamt muss beachtet werden, dass das Trennungsprinzip nach chinesischem Verständnis zwischen Vertrag und Publizitätsakt, nicht jedoch – wie aus deutscher Sicht<sup>5</sup> – zwischen

Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft trennt.<sup>6</sup> Der Publizitätsakt in Form der Übergabe bzw. Eintragung stellt einen reinen Realakt dar.<sup>7</sup> Ein separates dingliches Geschäft, das losgelöst vom Schuldvertrag existiert, liegt nicht vor.<sup>8</sup> Zwar kann der schuldrechtliche Vertrag unabhängig von der dinglichen Berechtigung<sup>9</sup> oder vereinzelt auch von der Vornahme des Publizitätsakts<sup>10</sup> Wirksamkeit entfalten. Die Eigentumsübertragung geht aber nicht allein durch einen dinglichen Akt vonstatten, sondern ist vielmehr stets an den zugrunde liegenden Schuldvertrag gekoppelt – das ergibt sich bereits aus der Systematik des chinesischen Sachenrechts.<sup>11</sup>

Mit anderen Worten ist ohne einen wirksamen Schuldvertrag eine Eigentumsübertragung nicht möglich.<sup>12</sup> Folglich fehlt es an einem für das Abstraktionsprinzip dinglichen Geschäft, bestehend aus dinglicher Einigung und Publizitätsakt.<sup>13</sup> Damit ist unabhängig davon, ob ein durch das Traditionsprinzip erweitertes Einheitsprinzip<sup>14</sup> oder ein nicht konsequent durchgehaltenes Trennungsprinzip<sup>15</sup> angenommen werden möchte, eine getrennte Wirksamkeitsprüfung von Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäft nicht vorzunehmen. Die Unwirksamkeit des Schuldvertrags schlägt sich auf die der Eigentumsübertragung durch.

Demnach gilt es festzuhalten, dass jedenfalls kein in seiner Wirksamkeit separat zu betrachtendes, dingliches Verfügungsgeschäft vorliegt.

## C. Mehrfachveräußerung

Es stellt sich so die Frage, zu welchem Zeitpunkt und durch welche Rechtsakte Eigentum an einer Sache begründet wird, das sich Dritten gegenüber vollumfänglich entgegen halten lässt. Besonders entscheidend ist diese Frage in den Fällen der Mehrfachveräußerung. Also in Sachverhalten, in denen die Eigentumsinteressen zweier Parteien aufeinander stoßen und sich die Fragen ergeben, inwiefern dieser Umstand die Wirksamkeit der Verträge prägt, wer wirksam Eigentum erlangt hat,

<sup>6</sup> Bu, Einführung in das Recht Chinas 2009, § 14 Rn.14.

<sup>7</sup> Stürmer, Chinesisches SachenR 2008, S.8; Bu, Einführung in das Recht Chinas 2009, § 23, Rn.134; Werthwein, in: Bu, Chinese Civil Law 2013, § 14 Rn.4; Bu, ZVglRWiss 2009, 307, 309.

<sup>8</sup> Lohsse/Jin, in: Binding/Pißler/Xu, Chinesisches Zivil- und Wirtschaftsrecht 2015, § 5 Rn.59; Ruhe, Gewährleistung und Grenzen von Eigentum 2007, S.151; Bu, ZVglRWiss 2009, 307, 310.

<sup>9</sup> § 3 OVG Erläuterungen zu Kaufverträgen.

<sup>10</sup> § 15 SachenRG.

<sup>11</sup> Vgl. Pißler, ZChinR 2014, 352, 353.

<sup>12</sup> Bu, ZVglRWiss 2009, 307, 309.

<sup>13</sup> Werthwein, in: Bu, Chinese Civil Law 2013, § 14 Rn.5; Vgl. Baumann, SachenR 2006, S. 74, 83.

<sup>14</sup> Stürmer, Chinesisches SachenR 2008, S.8; Hu, Eigentumsvorbehalt 2008, S. 32; Baumann, SachenR 2006, S. 70.

<sup>15</sup> Zinser, JURA 2013, 67, 70.

<sup>1</sup> Näheres dazu in der ungekürzten Fassung dieser Arbeit.

<sup>2</sup> Werthwein, in: Bu, Chinese Civil Law 2013, § 14 Rn.8.

<sup>3</sup> Deutsche Übersetzung: Zhou/Qi/Lohsse/Liu, ZChinR 2007, 78, 80; den im Weiteren verwendeten §§ des SachenRG liegt ebenfalls diese Übersetzung zu Grunde.

<sup>4</sup> Bu, ZfRV 2014, 261, 263.

<sup>5</sup> Dazu näheres unten unter D.I.

ob Herausgabeansprüche und Schadensersatzansprüche bestehen und wie es um das Verhältnis zwischen den Käufern untereinander bestellt ist. Dabei soll diese Problematik mit samt ihrer Sonderkonstellationen anhand von Beispielsfällen aufgezeigt werden, wobei bewegliche und unbewegliche Sachen aufgrund divergierender Publizitätsakte getrennt voneinander betrachtet werden.

## I. Bewegliche Sachen

### 1. Fall

*Der Eigentümer E schließt einen Kaufvertrag mit Erstkäufer K1 über ein Buch ab und übergibt es diesem. Im Anschluss schließt E einen weiteren Kaufvertrag mit Zweitkäufer K2 ab.*

#### a) Wirksamkeit der Verträge

Zunächst stellt sich die Frage, wie sich die Tatsache, dass der Eigentümer ein und dieselbe Sache mehrfach veräußert, auf die Wirksamkeit der einzelnen Kaufverträge auswirkt. Allgemein bedarf es für einen Vertrag eines Angebots und einer Annahme.<sup>16</sup> Ferner muss der zu veräußernde Gegenstand im Eigentum des Verkäufers stehen oder der Verkäufer in sonstiger Weise verfügungsberechtigt sein.<sup>17</sup> Die Wirksamkeit des Vertrags zwischen Veräußerer und Erstkäufer lässt sich in der Regel – unterstellt, dass keine Nichtigkeits- oder Anfechtungsgründe gem. §§ 52, 54 ff. Vertragsgesetz (im weiteren VertrG) vorliegen – problemlos annehmen. Hinsichtlich eines weiteren Verkaufs an einen Zweitkäufer, fragt sich, wie es um die Verfügungsberechtigung des Veräußerers bestellt ist, ob er demnach überhaupt noch die Eigentümerrolle innehat oder diese etwa an den Erstkäufer verloren hat.

Zur Eigentumsübertragung beweglicher Sachen ist gem. § 23 SachenRG zusätzlich zu Kaufvertrag und Berechtigung grundsätzlich ein Publizitätsakt in Form der Übergabe erforderlich. Alternativ kann diese Übergabe auch durch ein Übergabesurrogat ersetzt werden.<sup>18</sup> So haben in den §§ 26-28 SachenRG die Fälle des Besitzkonstituts, der Forderungsabtretung und der Übereignung kurzer Hand Normierung gefunden. Danach geschieht der Eigentumsübergang schon mit Abschluss des Vertrags; dem Verkäufer wird keine darüber hinaus gehende Übergabepflicht auferlegt.<sup>19</sup> Ist die Übergabe des Veräußerers ergo noch ausgeblieben, sind generell alle Kaufverträge zwischen Mehrfachveräußerer und den verschiedenen Käufern wirksam.<sup>20</sup> Sofern der Veräußerer indessen an den Erstkäufer

bereits übergeben oder von einem gleichbedeutenden Surrogat Gebrauch gemacht hat, ist das Eigentum und damit die Verfügungsberechtigung übergegangen.<sup>21</sup> Da in Doppelverkaufsfällen weder von einer nachträglichen Genehmigung des Erstkäufers ausgegangen werden kann noch ersichtlich ist, warum der Verkäufer nachträglich wieder ein Verfügungsrecht erlangen sollte, wäre der Vertrag mit dem Zweitkäufer nach § 51 VertrG unwirksam. Allerdings tut die mangelnde Verfügungsbefugnis der Wirksamkeit keinen Abbruch, wie das OVG in § 3 seiner Erläuterungen zum Kaufrecht klargestellt hat, sodass alle Kaufverträge zwischen dem Mehrfachverkäufer und den einzelnen Käufern im Grunde wirksam sind. Damit soll wohl unterbunden werden, dass sich der Verkäufer jeglicher Haftung gegenüber dem leerausgehenden Vertragspartner aufgrund des unwirksamen Vertrags entzieht.

#### b) Haftung des Verkäufers

Dementsprechend fragt sich, in welcher Form diese Haftung vorliegt. Einem Anspruch auf Realerfüllung in Form von Übertragung des Eigentums an genau dieser Sache kann der Verkäufer wegen der bereits getätigten Übergabe an den anderen Käufer nicht mehr nachkommen.<sup>22</sup> Da diese Übergabe auf Grundlage eines wirksamen Vertrags geschah, kann eine Rückgabe an den Verkäufer nicht verlangt werden. Eine direkte Herausgabe der Käufer untereinander scheidet ebenso, zumal hinzukommend keinerlei vertragliche Beziehungen zwischen jenen bestehen. Zu denken wäre an eine Herausgabepflicht nur in Fällen der böswilligen Kollusion, wenn also der primäre Zweck des Zweitkäufers mit dem Verkäufer zu kontrahieren, darin bestand, den Erstkäufer zu schädigen. Dies hätte nämlich eine Nichtigkeit des Vertrags gem. § 52 VertrG zur Folge, womit das Eigentum allein aufgrund der Übergabe nicht übergehen konnte.

Im Regelfall bleibt dem nicht berücksichtigten Käufer jedoch nur der Weg, über Schadensersatzforderungen Befriedigung zu finden. Dass ihm solche zustehen, ergibt sich unweigerlich aus § 15 der Erläuterungen des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen des „Vertragsgesetzes der Volksrepublik China“ (Teil 2) (im Weiteren: OVG-Erläuterungen zum VertrG II). Unklar bleibt jedoch, ob sich der Schadensersatzanspruch der Höhe nach an dem positiven oder negativen Interesse, namentlich des erzielten Veräußerungserlöses oder des objektiven Marktwertes der Sache bemisst.<sup>23</sup>

Das ist vor allem in den Fällen interessant, in denen die Übergabe und somit die Eigentumsübertragung statt an den Erstkäufer – trotz des früheren Kaufvertragsabschlusses, aber

<sup>16</sup> §§ 13, 14, 21 Vertragsgesetz; Deutsche Übersetzung: Münzel, Chinas Recht, 15.3.99/1; den im Weiteren verwendeten §§ des Vertragsgesetzes liegt ebenfalls diese Übersetzung zu Grunde.

<sup>17</sup> § 132 S.1 Vertragsgesetz.

<sup>18</sup> §§ 26-28 SachenRG.

<sup>19</sup> Vgl. Werthwein, in: Bu, Yuanshi, Chinese Civil Law 2013, § 14 Rn.11.

<sup>20</sup> § 15 OVG-Erläuterungen zum Vertragsrecht, Teil 2; Deutsche Übersetzung: Pißler, ZChinR 2009, 288, 290, § 15: "Wenn ein Verkäufer über denselben [Vertrags]-gegenstand mehrere Kaufverträge errichtet, bei dem Vertrag keiner der Unwirksamkeitsgründe nach § 52 Vertragsgesetz vorliegt, und der Käufer aus dem Grund, dass er nicht gemäß den Vertragsvereinbarungen das Eigentumsrecht am [Vertrags-

]gegenstand erlangen kann, fordert, die Haftung wegen Vertragsverletzung des Verkäufers zu verfolgen, muss das Volksgericht [dies] unterstützen."; den im Weiteren verwendeten §§ der Erläuterungen des OVG zum VertrG liegt ebenfalls diese Übersetzung zu Grunde; Cheng, Xiao, Tsinghua Law Journal 2012/6, 62 zitiert nach Bu, ZfRV 2014, 261, 263; Bu, ZVglWissR 2009, 307, 311.

<sup>21</sup> § 23 SachenRG.

<sup>22</sup> § 110 Nr.1 VertrG: "Wenn eine Partei eine nicht in Geld bestehende Verbindlichkeit nicht oder nicht gemäß den Vereinbarungen erfüllt, kann die andere Erfüllung verlangen, außer wenn einer der folgenden Umstände vorliegt: 1. wenn rechtlich oder tatsächlich nicht erfüllt werden kann."

<sup>23</sup> Pißler, ZChinR 2014, 352, 355.

mangels der früheren Vornahme des Publizitätsaktes – an den Zweitkäufer erfolgt – was aufgrund des Motivs der Gewinnmaximierung, indem ein späterer Interessent eine höhere Veräußerungssumme unterbreitet, wohl deutlich häufiger zu Mehrfachveräußerungen führen dürfte als die umgekehrte Konstellation. Die Kommentierung zu dieser OVG-Erläuterung, der wohl aufgrund dessen, dass es sich bei den Kommentatoren um Richter des OVG handelt, offizieller Charakter beizumessen ist, macht zur Höhe des Schadensersatzes widersprüchliche Angaben.<sup>24</sup> So wird einerseits festgehalten, dass der Veräußerungserlös als entgangener Gewinn des Käufers einzustufen sei.<sup>25</sup> Ungeachtet dessen, wird jedoch der Schluss gezogen, dass der Schadensersatzanspruch nicht über den objektiven Marktwert der Sache zum Zeitpunkt der Verletzungshandlung hinausgehen dürfe.<sup>26</sup> Bei Fällen des Auseinanderfallens der Höhe des Veräußerungserlöses und des objektiven Marktwertes lässt sich daher keine Klarheit aus diesen Ausführungen gewinnen und somit kein abschließendes Ergebnis diesbezüglich festhalten.

### c) Zwischenergebnis

Schließt ein Verkäufer mit mehreren Käufern über dieselbe Sache Kaufverträge ab, sind prinzipiell alle wirksam. Unabhängig davon, mit wem er als erstes einen Kaufvertrag abgeschlossen hat, wird derjenige Eigentümer, an den die Übergabe stattgefunden hat. Dies hat das OVG in § 9 I OVG-Erläuterungen zu Kaufverträgen auch nochmals bekräftigt.<sup>27</sup> Der benachteiligte Käufer hat hingegen einen Schadensersatzanspruch. Den Umfang selbigen betreffend spricht für eine Begrenzung auf den objektiven Marktwert zwar, dass der erhöhte Veräußerungserlös auf dem Verhandlungsgeschick des Verkäufers gründet, es also zunächst nicht ersichtlich ist, warum sich dies für den Erstkäufer vorteilhaft auswirken sollte. Allerdings hat erst der Umstand, dass sich der Verkäufer vertragsuntreu verhalten hat, diese Gewinnmaximierung möglich gemacht - weshalb ihm dieser Umstand nicht auch noch zugutekommen sollte. Aus Billigkeitsgründen erschiene es daher angemessener, den Schadensersatz der Höhe nach mit dem erzielten Mehrerlös gleichzusetzen. [...]

## 2. Fall

*Der Eigentümer E schließt einen Kaufvertrag sowohl mit Erstkäufer K1 als auch mit Zweitkäufer K2. Eine Übergabe hat noch an keinen von beiden stattgefunden.*

Interessant wird es überdies, wenn zeitlich etwas früher ange setzt wird. Zu diesem Stadium hat der Verkäufer wiederum mit

<sup>24</sup> Piffler, ZChinR 2014, 352, 355.

<sup>25</sup> Huang, Jianzhong, in: Shen, Deyong/ Xi, Xiaoming, Erläuterungen und Anwendung zur justiziellen Interpretation des Obersten Volksgerichts zum Vertragsgesetz (2), S. 118 zitiert nach Piffler, ZChinR 2014, 352, 355.

<sup>26</sup> Huang, Jianzhong, in: Shen, Deyong/ Xi, Xiaoming, Erläuterungen und Anwendung zur justiziellen Interpretation des Obersten Volksgerichts zum Vertragsgesetz (2), S. 119 zitiert nach Piffler, ZChinR 2014, 352, 355.

<sup>27</sup> § 9 I OVG-Erläuterungen zu Kaufverträgen: "Fordert der Käufer, der die Übergabe als erster annimmt, dass bestätigt wird, dass das Eigentum bereits übergegangen ist, muss das Volksgericht [dies] unterstützen."

mehreren Käufern einen wirksamen Kaufvertrag abgeschlossen, die Übergabe an einen der beiden ist aber bisher noch ausgeblieben. Der Verkäufer sieht sich nun zwei wirksamen Ansprüchen auf Realerfüllung ausgesetzt. Welcher der Käufer erfährt nun eine bevorzugte Behandlung?

### a) Literatur

In der Lehre wird überwiegend die Auffassung vertreten, dass kein Käufer gegenüber dem anderen eine Besserstellung erfahre, da ihnen jeweils ein gleichberechtigter Anspruch auf Übertragung zustehe.<sup>28</sup> So wird dem Verkäufer die Befugnis eingeräumt, zu entscheiden, an wen er übergibt und somit zum Eigentümer erstarken lässt.<sup>29</sup> Die anderen Käufer müssen sich wiederum mit Schadensersatz begnügen.

### b) Rechtsprechung

Das OVG hat in seinen Erläuterungen zu Kaufverträgen hingegen eine Rangordnung der Käufer von beweglichen Sachen festgelegt. Es gilt hinsichtlich einer Privilegierung danach zu differenzieren, was schon für Handlungen vorgenommen wurden. § 9 I jener Erläuterung nennt als stärksten Indikator die bereits vollzogene Übergabe - wenn an einen Käufer übergeben wurde, ist dieser Eigentümer.<sup>30</sup> Ist diese ausgeblieben, wird der Käufer vorrangig behandelt, der seiner Vertragspflicht mittels Zahlung des Kaufpreises auch nur teilweise nachgekommen ist.<sup>31</sup> Fehlt es auch daran, ist der Abschluss der Kaufverträge in temporaler Reihenfolge gem. § 9 III der OVG Erläuterungen zum Kaufrecht entscheidend.

### c) Eigene Ansicht

Ob die Regelungen des OVG zielführend sind, erscheint fraglich. Die Intention des OVG, dem opportunen Verhalten des Mehrfachverkäufers, nur an den Käufer mit dem höchsten Kaufpreis zu erfüllen, vorbeugen zu wollen, ist zweifelsohne lobenswert. Da nur ein einziger Käufer die Vollstreckung erwirken kann, bleibt zusätzlich ein Wettlauf um Vollstreckungstitel aus.<sup>32</sup> Nichtsdestotrotz werden dem Verkäufer dadurch nicht die Hände gebunden, weil er durch die Übergabe vollendete Tatsachen schaffen und sich somit letztlich doch wieder den gewünschten Käufer aussuchen kann.<sup>33</sup> Zudem besteht hinsichtlich der Rangfolge durch Zurückdatieren der Verträge oder Zahlung eines Teils des Kaufpreises ein hohes Manipulationspotential.<sup>34</sup> Der Mehrgewinn des § 9 I der Erläuterung

<sup>28</sup> Vgl. Cheng, Xiao, Tsinghua Law Journal 2012/6, 65 und Zhou, Jianghong, Academis Journal of Suzhou University (philosophy and social sciences) 2013/4, 79 zitiert nach Bu, ZfRV 2014, 263.

<sup>29</sup> Song/Zhang/Wang, People's Judicature 2012/15, 29 zitiert nach Bu, ZfRV 2014, 263.

<sup>30</sup> Vgl. oben unter D.I.1.a.cc.

<sup>31</sup> § 9 II OVG-Erläuterungen zu Kaufverträgen: "Ist die Übergabe überhaupt noch nicht angenommen worden, muss das Volksgericht unterstützen, wenn der Käufer, der als erster den Kaufpreis gezahlt hat, fordert, dass der Verkäufer die Vertragspflichten wie etwa die Übergabe des Vertragsgegenstandes erfüllt."

<sup>32</sup> Bu, ZfRV 2014, 261, 264.

<sup>33</sup> Zhou, Academis Journal of Suzhou University (philosophy and social sciences) 2013/4, 79 zitiert nach Bu, ZfRV 2014, 261, 264.

<sup>34</sup> Cheng, Xiao, Tsinghua Law Journal 2012/6, 65 zitiert nach Bu, ZfRV 2014, 263.

erschließt sich dabei am wenigsten – ergibt sich doch bereits aus den bestehenden sachenrechtlichen Regelungen nichts anderes, womit diesem nur eine Klarstellungsfunktion zukommt.

### 3. Fall

*Der Eigentümer E schließt über sein Auto einen Kaufvertrag mit Erstkäufer K1 ab, der die Kaufpreiszahlung erfüllt, und schließt danach einen zweiten Kaufvertrag mit Zweitkäufer K2 ab, der einen Antrag auf Registrierung stellt.*

Wie bereits festgehalten geht gem. § 23 SachenRG das Eigentum an beweglichen Sachen mit der Übergabe auf den Käufer über. Dies wird indessen unter die Prämisse gestellt, dass das Gesetz keine Abweichung hiervon vorsieht.<sup>35</sup> Die Eigentumsübertragung von Schiffen, Luft- und Motorfahrzeugen etwa knüpft der Gesetzgeber an zusätzliche Anforderungen. So soll das Eigentum an diesen besonderen, beweglichen Sachen gutgläubigen Dritten nur dann entgegengehalten werden können, wenn eine Eintragung ins Register stattgefunden hat.<sup>36</sup> Problematisch erscheint, ob Registrierung und Übergabe kumulativ oder alternativ sind, und wenn alternativ, welches der beiden zwingende Voraussetzung zur Erlangung des Eigentums ist. Somit ergeben sich zwei Fragen:

#### a) Frage 1

Ist der bereits eingetragene Käufer Eigentümer geworden oder bedarf es hierzu noch der Übergabe?

#### aa) Übergabe erforderlich

Dagegen, dass lediglich die Registrierung für die Eigentumsübertragung ausreicht, spreche § 6 SachenRG.<sup>37</sup> Danach wird die Übergabe der Mobilien als Voraussetzung für den Eigentumsübergang festgesetzt. Schiffe, Luft- und Motorfahrzeuge seien trotz Sonderstellung nach wie vor den beweglichen Sachen zuzuordnen, womit für sie die allgemeinen Regeln gelten.<sup>38</sup> Die §§ 25-27 SachenRG regeln mit den Übergabesurrogaten, was anstatt einer Übergabe die Erstarkung zum Eigentum herbeiführt. § 24 SachenRG halte demgegenüber nur fest, dass das Eigentum mangels Registrierung gutgläubigen Dritten nicht entgegengehalten werden könne. Es werde allerdings nicht ausdrücklich normiert, dass das Eigentum allein infolge der Registrierung überhaupt entstanden ist.<sup>39</sup> Außerdem wäre es aus systematischen Gesichtspunkten ungeschickt, falls in § 24 SachenRG tatsächlich eine in § 23 SachenRG zulässige Ausnahmeregelung sogleich determiniert wäre, darauf nicht offensichtlicher in § 23 SachenRG hinzuweisen.<sup>40</sup> Zudem habe § 26 E 2005 eines Entwurfs zum SachenRG,<sup>41</sup> der eine völlige

<sup>35</sup> § 23 SachenRG.

<sup>36</sup> § 24 SachenRG.

<sup>37</sup> Werthwein, in: Bu, Chinese Civil Law 2013, § 14 Rn.16.

<sup>38</sup> Werthwein, in: Bu, Chinese Civil Law 2013, § 14 Rn.16.

<sup>39</sup> Werthwein, in: Bu, Chinese Civil Law 2013, § 14 Rn.16.

<sup>40</sup> Werthwein, in: Bu, Chinese Civil Law 2013, § 14 Rn.16.

<sup>41</sup> § 26 E 2005: "Werden nach diesem Gesetz oder anderen Gesetzen Sachenrechte an beweglichen Sachen registriert, so werden die Bestimmungs-

Gleichstellung dieser besonderen beweglichen Sachen mit den Immobilien, und demnach auch eines Rechtseintritts mit Eintragung, letztlich keinen Eingang in das Sachenrechtsgesetz gefunden.<sup>42</sup> Folglich geschehe dies konform § 23 SachenRG auch bei diesen Mobilien erst durch die Übergabe.<sup>43</sup>

#### bb) Keine Übergabe erforderlich

Der Zweck des Offenkundigkeitsprinzips besteht darin, dass für Außenstehende erkennbar sein soll, wem das Eigentum zuzuordnen ist.<sup>44</sup> Die Eintragung in das dafür vorgesehene, jeweilige Register komme diesem Publizitätserfordernis mindestens genauso hinreichend nach wie die Übergabe.<sup>45</sup> Somit könnte der Publizitätsakt seinen Sinn bereits durch die Registrierung vollends entfalten – eines weiteren Aktes bedürfe es zur Wahrung der Offenkundigkeit nicht.<sup>46</sup> Ferner genüge auch für den Immobilienerwerb allein die Registrierung. Schiffe, Luft- und Motorfahrzeuge nähmen wohl qua ihres oft hohen Wertes eine besondere Schutzstellung unter den gewöhnlichen, beweglichen Sachen ein.<sup>47</sup> Es sei aber nicht begründbar, weshalb mit der Erforderlichkeit beider Publizitätsakte dieser Schutz über den für Immobilien, deren Wert sich nicht selten deutlich höher bemisst, geltenden, hinausgehen solle.<sup>48</sup>

#### b) Frage 2

Zugleich stellt sich die Frage, ob es umgekehrt für die Übertragung des Eigentums, sofern die Übergabe schon vollzogen wurde, zusätzlich einer Registrierung bedarf.

#### aa) Registrierung erforderlich

Nach § 24 SachenRG entfaltet eine nicht eingetragene Eigentümerstellung keine Drittwirkung. Durch eine bloße Übergabe kann somit der Käufer nur relatives Eigentum erlangen. Falls der Verkäufer einen weiteren Kaufvertrag mit einem Zweitkäufer abschließt und dieser die Registrierung erwirkt, hängt die Tatsache, ob der Erstkäufer dem Zweitkäufer sein Eigentum entgegenhalten kann, lediglich von der Gutgläubigkeit des Zweitkäufers ab. Ist diese zu bejahen, entfaltet die Eigentümerstellung des Erstkäufers ihm gegenüber keine Wirkung – vielmehr kann jener seinerseits die Übergabe verlangen. Gemäß § 24 SachenRG ist ein vollumfänglicher Eigentumserwerb ergo nur durch Registrierung möglich.

#### bb) Registrierung nicht erforderlich

Dafür, dass für eine Eigentumsübertragung die Übergabe ausreichend ist, sprechen wiederum die §§ 6, 25-27 SachenRG.<sup>49</sup>

en für die Registrierung unbeweglicher Sachen entsprechend angewandt" zit. nach Ding/Jäckle, RIW 2007, 807, 817.

<sup>42</sup> Ding/Jäckle, RIW 2007, 807, 818.

<sup>43</sup> Ding/Jäckle, RIW 2007, 807, 818.

<sup>44</sup> Lohse/Jin, in: Binding/Piöbler/Xu, Chinesisches Zivil- und Wirtschaftsrecht 2015, § 5 Rn.26.

<sup>45</sup> Werthwein, in: Bu, Chinese Civil Law 2013, § 14 Rn.15.

<sup>46</sup> Werthwein, in: Bu, Chinese Civil Law 2013, § 14 Rn.15.

<sup>47</sup> Ding/Jäckle, RIW 2007, 807, 817.

<sup>48</sup> Werthwein, in: Bu, Chinese Civil Law 2013, § 14 Rn.15.

<sup>49</sup> Vgl. oben unter C.1.3.a.aa.

Zudem erfordert § 9 SachenRG ausdrücklich nur für Immobilien eine Registrierung, damit das Eigentum übergehen kann.

### c) Vorgehen des OVG

Mit § 10 IV seiner Erläuterungen zu Kaufverträgen hat das OVG das Verhältnis von Übergabe und Registrierung eindeutig geregelt, wonach der Übergabe ein höherer Stellenwert als der Registrierung zugeordnet wird. Danach kann der Käufer, der sich in Besitz der Sache befindet, durch einen Anspruch auf Umschreibung des Registers gegen den eingetragenen Käufer durchsetzen, womit sich das OVG evident über § 24 SachenRG hinwegsetzt.<sup>50</sup> Die Gutgläubigkeit des Zweitkäufers spielt somit keine Rolle mehr.

### d) Zwischenergebnis und eigene Meinung

Diesen beiden umstrittenen Fragen kann die Wichtigkeit dadurch genommen werden, dass solche Fälle, in denen Übergabe und Registrierung bei Fahrzeugen auseinanderfallen, in der Praxis höchst unwahrscheinlich sind.<sup>51</sup> Um eine Registrierung bewirken zu können, muss der Käufer das Fahrzeug dem Registeramt zur Inspektion vorzeigen, sich also auch im Besitz der Sache befinden.<sup>52</sup> Ansonsten regelt § 10 der OVG Erläuterungen zu Kaufverträgen die Rangordnung entsprechend § 9 selbiger.<sup>53</sup> Die Übergabe bildet sonach den stärksten Faktor, gefolgt von der Registrierung, der Kaufpreiszahlung und schließlich des Abschlusses des Kaufvertrags.

Insgesamt lässt sich darüber streiten, ob die §§ 9,10 der OVG Erläuterungen zum Kaufrecht gegliedert sind.<sup>54</sup> Während § 10 IV der Erläuterung deutlich im Widerspruch zu § 23 SachenRG steht, haben §§ 9 I, 10 I der OVG Erläuterungen zu Kaufverträgen lediglich Klarstellungsfunktion. Letztlich ist ohnehin bei beweglichen Sachen zu beachten, dass es sich im alltäglichen Geschäftsleben zumeist um Gattungssachen handelt, weshalb bei einer Mehrfachveräußerung beiden Erfüllungsansprüchen nachgekommen werden kann.

<sup>50</sup> Bu, ZfRV 2014, 261, 264.

<sup>51</sup> Werthwein, in: Bu, Chinese Civil Law 2013, § 14 Fn.58.

<sup>52</sup> §§ 7 I, 19 I der Bestimmungen zur Registrierung von Kraftfahrzeugen vom 01.10.2008; Englische Übersetzung: [http://www.lawinfochina.com/display.aspx?lib=law&id=3542&CGid=\(zuletzt abgerufen am 09.03.2016\)](http://www.lawinfochina.com/display.aspx?lib=law&id=3542&CGid=(zuletzt%20abgerufen%20am%2009.03.2016)).

<sup>53</sup> § 10 OVG-Erläuterungen zu Kaufverträgen: "Schließt der Verkäufer über eine besondere bewegliche Sache wie etwa Schiffe, Luftfahrtmaschinen, Kraftfahrzeuge mehrere Kaufverträge, [und] verlangen die Käufer unter der Voraussetzung, dass alle Kaufverträge wirksam sind, die tatsächliche Erfüllung der Verträge, muss [dies] nach den folgenden Umständen getrennt behandelt werden: (1) Fordert der Käufer, der die Übergabe als erster annimmt, dass der Verkäufer die Vertragspflichten wie etwa die Erledigung der Formalitäten zur Registrierung des Eigentumsübergangs erfüllt, muss das Volksgericht [dies] unterstützen; (2) ist die Übergabe überhaupt noch nicht angenommen worden, muss das Volksgericht unterstützen, wenn der Käufer, der als erster die Formalitäten zur Registrierung des Eigentumsübergangs erledigt hat, fordert, dass der Verkäufer die Vertragspflichten wie etwa die Übergabe des Vertragsgegenstandes erfüllt; (3) ist die Übergabe überhaupt noch nicht angenommen und sind die Formalitäten zur Registrierung des Eigentumsübergangs auch noch nicht erledigt worden, muss das Volksgericht unterstützen, wenn der Käufer, dessen Kaufvertrag nach dem Recht zuerst zustande gekommen ist, verlangt, dass der Verkäufer die Vertragspflichten wie etwa die Übergabe des Vertragsgegenstandes und die Erledigung der Formalitäten zur Registrierung des Eigentumsübergangs erfüllt."

<sup>54</sup> Vgl. oben unter C.I.2.c. und C.I.3.c.

## II. Unbewegliche Sachen

### 4. Fall

*E schließt mit Erstkäufer K1 einen Vertrag zum Kauf eines Hauses ab, woraufhin K1 einen Antrag auf Eintragung stellt. Danach schließt E einen weiteren Vertrag mit Zweitkäufer K2 ab.*

Anders verhält sich jedoch die Situation bei Immobilien. Dies wird vor allem in den Großstädten Chinas anschaulich. Die chinesischen Städte haben sich seit der Jahrtausendwende einem starken Wandel unterzogen.<sup>55</sup> Die Bevölkerung stieg unter anderem bedingt durch Zuzug aus den Dörfern dort stark an.<sup>56</sup> Infolge der dadurch ansteigenden Wohnungsnot und der immer stärkeren Privatisierung der chinesischen Wirtschaft ist seitdem der Immobilienpreis beträchtlich in die Höhe geschossen.<sup>57</sup> Hinzu kommen stetige, oft erhebliche Preisschwankungen innerhalb kürzester Zeit. Für einen Verkäufer kann es folglich durchaus lukrativ erscheinen, seine Immobilie mehrfach zu veräußern.<sup>58</sup>

### a) Immobilienerwerb

Konform zur Eigentumseinteilung der chinesischen Verfassung von 1982<sup>59</sup>, unterscheidet das Sachenrechtsgesetz nach wie vor zwischen Staats-, Kollektiv- und Privateigentum. So wird in § 47 SachenRG städtisches Land ausschließlich dem Staat zugeordnet. § 41 SachenRG bestimmt nochmal zusätzlich, dass jeglicher Erwerb solcher Sachen, die im Eigentum des Staates stehen, nicht möglich ist. Das Eigentum an Land außerhalb der Städte fällt gem. § 58 SachenRG den Kollektiven zu. Mithin ist Privatbesitz an Grundstücken gänzlich ausgeschlossen.<sup>60</sup> Der Gebäudeeigentümer kann indessen ein Baulandnutzungsrecht an dem Grundstück erwerben, welches ihm eine eigentümerähnliche Stellung gewährt.<sup>61</sup> An Gebäuden kann hingegen Privatbesitz begründet werden.<sup>62</sup> Infolgedessen können – wie auch schon im ZGB von 1930 –<sup>63</sup> theoretisch Grund- und Gebäudeeigentum auseinanderfallen.<sup>64</sup> Da gem. §§ 146, 147 SachenRG bei Verfügungen über Nutzungsrecht oder Gebäude, das jeweils andere auch gleichzeitig davon miterfasst wird, fallen diese faktisch doch nicht unterschiedlichen Parteien zu. Allgemein geschieht die Übertragung einer Immobilie auf der Grundlage eines wirksamen Kaufvertrags und geht durch einen Publizitätsakt in Form einer Registereintragung vonstatten.<sup>65</sup>

<sup>55</sup> Julius/Rehm, Columbia Journal Of Asian Law 2009, 177, 205.

<sup>56</sup> Song/Zenou, Regional Science and Urban Economics 2012, 495, 495.

<sup>57</sup> Chen, Asia Pacific Law Review, Vol. 18 No. 2 2010, 223, 233; Song/Zenou, Regional Science and Urban Economics 2012, 495, 496; Pißler, Wohnungseigentum in China - Darstellung und Rechtsgrundlagen 2012, S.3.

<sup>58</sup> Pißler, ZChinR 2014, 352, 358.

<sup>59</sup> Näheres dazu in der ungekürzten Fassung dieser Arbeit.

<sup>60</sup> Lohsse/Jin, in: Binding/Pißler/Xu, Chinesisches Zivil- und Wirtschaftsrecht 2015, § 5 Rn.46.

<sup>61</sup> Jirmann/Singer, Immobilien & Finanzierung 2014, 220, 221.

<sup>62</sup> § 64 SachenRG: "Privatpersonen haben Eigentum an ihrem legalen Einkommen, Wohnhäusern [...]".

<sup>63</sup> Näheres dazu in der ungekürzten Fassung dieser Arbeit.

<sup>64</sup> Lohsse/Jin, in: Binding/Pißler/Xu, Chinesisches Zivil- und Wirtschaftsrecht 2015, § 5 Rn.47.

<sup>65</sup> § 9 SachenRG.

Was passiert also nun, wenn der Verkäufer ungeachtet der Tatsache, dass bereits ein Kaufvertrag besteht, einen zweiten abschließt?

## b) Mehrfachveräußerung

Eine der §§ 9, 10 der OVG Erläuterungen zu Kaufverträgen entsprechende Rangordnung der Immobilienkäufer besteht indessen nicht. Da das Eigentum aber erst mit der Registrierung auf den Käufer übergeht, macht derjenige Käufer, der zuerst eine Eintragung bewirken kann, unabhängig davon, ob er Erst- oder Zweitkäufer ist oder bereits den Kaufpreis gezahlt hat, das Rennen um das Eigentum.<sup>66</sup> Sofern kein Fall der böswilligen Kollusion, die gem. § 10 der OVG-Erläuterungen zu gehandelten Häusern<sup>67</sup> zur Unwirksamkeit des Vertrags führt, vorliegt, kann der andere Käufer gem. §§ 8, 9 OVG-Erläuterungen zu gehandelten Häusern vom Verkäufer die Aufhebung des Vertrags, Rückzahlung des bereits entrichteten Kaufpreises und Schadensersatz verlangen. Zusätzlich kann er einen Anspruch auf Strafschadensersatz geltend machen, der allerdings vom Umfang her höchstens dem bereits gezahlten Kaufpreis entsprechen darf.<sup>68</sup> [...]

## 5. Fall

*Bauträger E schließt mit Käufer K1 einen Kaufvertrag. Nach Fertigstellung des Hauses schließt E einen weiteren Kaufvertrag mit K2.*

### a) Im Bau befindliche Gebäude

Gerade bei der durch Abriss- und Modernisierungsprojekte veranlassten Neuerrichtung von Gebäuden besteht die Gefahr der Mehrfachveräußerung, da der Kaufpreis der noch nicht existenten Gebäude während der Bauphase hin zur Fertigstellung oft einen immensen Anstieg verzeichnet.<sup>69</sup> Der Umstand, dass die Gebäude zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht bestehen, stellt kein Hindernis dar, um einen wirksamen Vertrag abzuschließen. Allerdings kann der Käufer eine Registrierung erst bei Fertigstellung unternehmen, wodurch obengenanntes Risiko noch zusätzlich erhöht wird.

§ 20 SachenRG eröffnet indessen die Möglichkeit, den künftigen Rechtserwerb im Wege der Eintragung einer Vormerkung zu schützen. Ist eine Vormerkung eingetragen, sind alle zeitlich späteren Verfügungen des Verkäufers wirkungslos.<sup>70</sup> Die Vormerkung erlischt jedoch, wenn auch nach drei Monaten ab dem Zeitpunkt, zu dem eine Registrierung des Eigentums vorgenommen werden kann - also mit Fertigstellung des Gebäudes - kein Antrag auf Registrierung des Eigen-

tums vorliegt.<sup>71</sup> Problematisch ist dabei, dass der Vorgemerkte oft keine Einsicht in den Fortschritt des Bauprojekts hat. Vielmehr muss jener darauf vertrauen, rechtzeitig vom Bauträger über die Fertigstellung des Gebäude unterrichtet zu werden.

## b) Zwischenergebnis

Bei Immobilien wird derjenige, der als erstes die Registrierung bewirken kann, Eigentümer - eine Ausnahme bilden nur Umsiedlungsfälle. Die Registrierung kann mittels einer Vormerkung gesichert werden. Andere Möglichkeiten, dem Veräußerer Mehrfachveräußerungen unattraktiv erscheinen zu lassen, stellen bei Immobilien wie Mobilien außerdem das Aushandeln einer Vertragsstrafe gem. § 114 VertrG sowie eines Festgelds gem. § 115 VertrG dar - danach muss der Verkäufer bei Vertragsbruch eine bestimmte Entschädigungssumme zahlen.

## IV. Vergleich zu Deutschland

Nachdem die Rechtslage im chinesischen Recht eingehend erläutert wurde, lohnt sich ein Blick nach Deutschland.

### 1. Unterschiede und Gemeinsamkeiten

Insgesamt stehen in Deutschland bei einem Doppelverkauf bei Mobilien und Immobilien gleichermaßen die schuldrechtlichen Ansprüche prinzipiell alle gleichrangig nebeneinander, und werden in ihrer Wirksamkeit nicht durch das Bestehen anderer, auf den Verkauf derselben Kaufsache gerichteten Verträge eingeschränkt.<sup>72</sup> Es steht gänzlich im Ermessen des Schuldners, welchen Vertrag er erfüllen möchte. Anders als im chinesischen Recht besteht keine Rangordnung der Käufer. Derjenige, der als erstes die Eigentumsübertragung bzw. die Vollstreckung des Titels erwirken kann, wird Eigentümer, ganz unabhängig von der Reihenfolge der Vertragsabschlüsse oder des Eingangs der Kaufpreiszahlungen.<sup>73</sup> Während sich ein Wettlauf der Gläubiger in China im Erkenntnisverfahren abspielen kann, verlagert sich ein solcher im deutschen Recht somit ins Vollstreckungsverfahren.

Zur Erlangung des Eigentums muss sich zum Publizitätsakt, der in Deutschland bei Mobilien und Immobilien ebenfalls durch Übergabe bzw. Eintragung ausgestaltet ist, noch eine dingliche Einigung, die strikt von der vertraglichen Einigung zu trennen ist, gesellen. Diese Besonderheit im Vergleich zum chinesischen Recht ergibt sich aus dem Umstand, dass dem deutschen Recht das Trennungs- und Abstraktionsprinzip zu Grunde liegt.<sup>74</sup>

Danach ist zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft zu unterscheiden, die in ihrem Bestand völlig losgelöst voneinander zu beurteilen sind. Das Verpflichtungsgeschäft begründet nur die Verpflichtung zur Verfügung - die Eigentumsübertragung geschieht allerdings erst im Wege des Verfügungsgeschäfts. Es besteht demnach ein eigenständiges dingliches Geschäft, auf das die schuldvertragliche Einigung keiner-

<sup>66</sup> Münzel, ZChinR 2006, 1, 18.

<sup>67</sup> Deutsche Übersetzung: Münzel, Chinas Recht, 28.4.03/1.

<sup>68</sup> Huang, in: Bu, Chinese Civil Law 2013, § 7 Rn.37; Münzel, Chinas Recht 28.4.03/1, Anm.10.

<sup>69</sup> Chen, Asia Pacific Law Review, Vol.18 No.2 2010, 223, 233.

<sup>70</sup> § 20 I S.2 SachenRG: "Eine Verfügung über die unbewegliche Sache, die nach Eintragung der Vormerkung ohne Zustimmung des Vormerkungsberechtigten getroffen wird, hat keine dingliche Wirkung."

<sup>71</sup> § 20 II SachenRG.

<sup>72</sup> Wieling, SachenR 2007, S.23.

<sup>73</sup> Saenger, in: NK zum BGB, § 281 Rn.5.

<sup>74</sup> Köhler, BGB AT 2014, § 5 Rn.14.



lei Auswirkungen hat, weshalb es einer weiteren Einigung über den Eigentumsübergang bedarf.

Auch eine eventuelle Unwirksamkeit des Kaufvertrags hindert die Eigentumsübertragung keineswegs. Der leerausgegangene Käufer kann seinen Nichterfüllungsschaden aus § 281 BGB in voller Höhe ersetzt verlangen und überdies den durch den Mehrfachverkauf erzielten Mehrerlös gem. § 285 BGB vom Verkäufer einfordern.<sup>75</sup> Unter der Prämisse, dass Verkäufer und Zweitkäufer nur deshalb in vertraglichen Kontakt getreten sind, um eine Schädigung des Erstkäufers zu erzielen – das bloße Wissen des Zweitkäufers um den bereits abgeschlossenen Kaufvertrag ist hingegen unschädlich – steht ihm zudem ein Anspruch aus § 826 BGB zu.<sup>76</sup> [...]

Beim Immobilienerwerb ergeben sich für die Mehrfachveräußerung keine großen Abweichungen von den Mobilien – da der Käufer jedoch länger aufgrund der erforderlichen Grundbucheintragung bis zum Eigentumserwerb unsicher in der Luft schwebt, hat auch ins deutsche Recht das Institut der Vormerkung in § 883 BGB Niederschlag gefunden. Von den Wirkungen her ist die Vormerkung gleich ausgestaltet wie das chinesische Äquivalent. Ein wichtiger Unterschied besteht allerdings darin, dass die Vormerkung nur durch beantragte Löschung oder Untergang des ihr zugrunde liegenden Anspruchs ihre Wirkung verliert.

## 2. Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich also feststellen, dass im deutschen Recht bei Mehrfachveräußerungen derjenige das Eigentum für sich beanspruchen kann, der zuerst die Vornahme des dinglichen Geschäfts – also dingliche Einigung und Übergabe bzw. Eintragung – bewirken kann. Da dem Mehrfachveräußerer allerdings vom Mehrerlös durch Leistung von Schadensersatz an die anderen Käufer nichts bleibt, erscheint eine Mehrfachveräußerung nicht lukrativ und ist daher im Geschäftsleben eher die Ausnahme.

## VI. Schutz des Käufers vor Mehrfachveräußerungen und Schluss

Insgesamt hat sich gezeigt, dass mit der Mehrfachveräußerung stets die Frage einhergeht, wodurch und zu welchem Zeitpunkt Eigentum begründet wird. So kann diese Problematik nicht isoliert betrachtet werden, sondern wird häufig von der Beurteilung anderer schuld- und sachenrechtlicher Fragen, die wiederum in ihrer Ausgestaltung den stetigen politischen und wirtschaftlichen Veränderungen unterliegen, beeinflusst. Angefangen bei dem grundlegenden Verhältnis von Schuld- und Sachenrecht beim Eigentumsübergang, über den gutgläubigen Erwerb bis hin zur Stellung des Eigentums zwischen Staat und Bürger.

Wie ist der einzelne Käufer in diesem großen sachenrechtlichen Geflecht nun angemessen vor Mehrfachveräußerungen zu schützen? Die bisherigen Regelungen in §§ 9, 10 der OVG

Erläuterungen zu Kaufverträgen sind hierfür nicht ausreichend und wenig erfolgversprechend. So ergeben sich Widersprüche zu bestehenden Regelungen des Sachenrechtsgesetzes ohne das bezweckte Ergebnis – dass der Verkäufer nicht nur an den Käufer mit dem höchsten Kaufpreis erfüllt – zu erreichen. So kann sich der Verkäufer durch schlichte Übergabe den gewünschten Käufer aussuchen. Zudem ist nicht verständlich, warum, wenn schon solche Regelungen getroffen werden, dies dann für Mobilien, nicht aber für die in der Praxis häufigeren Fälle der Immobilien geschieht. Einen positiven Schritt zum Käuferschutz stellt § 3 selbiger Erläuterungen dar, wonach deutlich festgesetzt wird, dass alle abgeschlossenen Verträge trotz Mehrfachveräußerung wirksam sind und der Verkäufer somit in die Pflicht genommen wird, zumindest Schadensersatz zu leisten.

Ein viel effektiveres Mittel als die §§ 9, 10 der Erläuterungen, Mehrfachveräußerungen zu unterbinden, wäre es, sich klar für eine Ausweitung des Schadensersatzes auf den Mehrerlös auszusprechen. Die Institute der Vertragsstrafe und des Festgeldes eröffnen zwar theoretisch die Möglichkeit, sich einen angemessenen Ausgleich für einen Vertragsbruch zu sichern und den Verkäufer gleich im Vorhinein von einem derartigen aufgrund der in diesem Fall zu zahlenden Summe abzuhalten. Allerdings sind jene in der Praxis für den Großteil der Käufer wenig hilfreich, da diese bereits bei Vertragsschluss ausgehandelt werden müssen, also in einem Stadium, in dem der Käufer einen möglichen Vertragsbruch oft gar nicht in Erwägung zieht und über seine Schutzmöglichkeiten oft nicht im Bilde ist. Wie in Deutschland wäre die Ausweitung auf den Mehrerlös daher ein wirkungsvolles Mittel, um Mehrfachveräußerungen in rechtlich recht einfacher Weise, die Attraktivität zu nehmen.

Abgesehen davon wäre es – gerade hinsichtlich auf im Bau befindliche Immobilien – wünschenswert, wenn die Vormerkung, die in der Geschäftspraxis ein geeignetes Instrument darstellt, um den Eigentumsübergang zu schützen, nicht durch Zeitablauf erlöschen zu lassen, sondern entsprechend des deutschen Rechts, bis zum Löschungsantrag oder dem Untergang der zugrundeliegenden Forderung Bestand hätte. Alternativ wäre auch denkbar, dem Bauträger eine Informationspflicht aufzuerlegen, wonach er verpflichtet wäre, dem Vorgemerkten rechtzeitig mitzuteilen, wenn die Fertigstellung erfolgt und somit ein Registrierungsantrag möglich ist. Sollte er dieser Verpflichtung nicht nachkommen, verlöre die Vormerkung auch nicht ihre Wirksamkeit.

Summa summarum wären aus rechtlicher Sicht weitere Schritte in Richtung Käuferschutz in puncto Mehrfachveräußerungen geboten und auch ohne allzu große Gesetzesänderungen realisierbar.

Statt die aufgezeichneten juristischen Mittel und Wege einzugehen, scheint der chinesische Immobilienmarkt jedoch in tatsächlicher Hinsicht eine andere Möglichkeit gefunden zu haben, Mehrfachveräußerungen einzudämmen. So wurde ein zentrales, staatlich organisiertes Online-Vergabe-System eingerichtet, wonach für Interessenten alle momentan verfügbaren

<sup>75</sup> Schulze, in: NK zum BGB, § 285 Rn.6; Wagner, in: MüKo zum BGB, § 826 Rn.62.

<sup>76</sup> Wieling, SachenR 2007, S.23.

Immobilien online einsehbar sind.<sup>77</sup> Inwiefern dieses System wiederum Raum für Manipulationen lässt oder doch ein Ende der Mehrfachveräußerungen im Immobiliengeschäft einleitet, bleibt abzuwarten – es weckt jedoch Hoffnung.

*\* Die Autorin studiert im achten Semester Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg mit dem Schwerpunkt „Internationales und europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht“. Sie absolvierte ein Auslandssemester an der China University of Political Science and Law (CUPL) in Peking. Der Artikel beruht auf einer im März 2016 erstellten Seminararbeit zum Thema „Die Mehrfachveräußerung von beweglichen und unbeweglichen Sachen im chinesischen Recht“ im Rahmen des von Prof. Dr. Yuanshi Bu LL.M. (Harvard) geleiteten Seminars „Einige ausgewählten Themen des chinesischen Zivil- und Wirtschaftsrechts“. Die ungekürzte Arbeit wurde online publiziert unter: <http://www.jura.uni-freiburg.de/institute/asien/publikation>.*

---

<sup>77</sup> <http://baike.baidu.com/view/962318.htm> (zuletzt abgerufen am 28.08.2016).

# Die Freiheit und Gleichheit der Unionsbürger am Beispiel der Rs. C-333/13 - Dano

Yagmur Özkan\*

Im folgenden Beitrag wird am Beispiel der Rechtssache *Dano* und dem damit einhergehenden Urteil der Großen Kammer des EuGH vom 11. November 2014 die Freiheit und Gleichheit der Unionsbürger genauer bestimmt. Dazu wird der Fall zunächst dargestellt und seine Besonderheiten und Probleme herausgearbeitet. Anschließend wird das Spannungsverhältnis zwischen der Freiheit und Gleichheit betrachtet. Im Anschluss erfolgt eine eigene Würdigung des Urteils. Abschließend wird auf die Zukunft Europas eingegangen und eine mögliche Prognose hinsichtlich der Weiterentwicklung europäischer Identität aufgezeigt.

## A. Die Unionsbürgerschaft – ihre Vorzüge und mögliche Grenzen

Der Unionsvertrag von Maastricht hat in den EG-Vertrag die Unionsbürgerschaft eingeführt (Art. 17 EG, jetzt Art. 20 AEUV).<sup>1</sup> Unionsbürger ist hierbei, wer die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates besitzt, Art. 20 Abs. 1 S. 2 AEUV. Im Rechtsinstitut der Unionsbürgerschaft kristallisiert sich der Anspruch der Union, den Prozess der europäischen Integration über die wirtschaftliche Integration der Mitgliedstaaten hinaus auch auf den gesellschaftlichen und allgemein-politischen Bereich zu erweitern.<sup>2</sup> Zugleich wurde mit der Einführung der Unionsbürgerschaft verdeutlicht, dass der Bürger in den Mittelpunkt dieses Prozesses gerückt ist.<sup>3</sup>

Wesentliches Charakteristikum der Unionsbürgerschaft ist dabei das Freizügigkeitsrecht nach Art. 21 AEUV. Das Freizügigkeitsrecht steht allen Unionsbürgern zu ohne dass es – wie bei den Grundfreiheiten – darauf ankommt, dass sie sich grenzüberschreitend wirtschaftlich betätigen.<sup>4</sup> Das Recht, sich innerhalb der Europäischen Union frei zu bewegen und aufzuhalten, ist somit ein Eckpfeiler der europäischen Integration.<sup>5</sup>

Man könnte meinen, die Freizügigkeit gebiete eine absolute Freiheit innerhalb der Grenzen Europas. Doch was hilft die Freiheit, wenn mit ihr keine (absolute) Gleichheit einhergeht? In den Mittelpunkt der Anschauungen rückt daher Art. 18 AEUV, welcher ein allgemeines Diskriminierungsverbot statuiert. Aus Art. 21 iVm Art. 18 Abs. 1 AEUV können sich insbesondere auch Ansprüche auf Sozialleistungen ergeben, welche die Mitgliedstaaten eigenen Staatsangehörigen zukommen

lassen.<sup>6</sup> Geht also mit der Freiheit konsequenterweise auch ein Anspruch auf absolute Gleichheit einher oder kann bzw. muss die Freiheit aus besonderen und notwendigen Gründen eingegrenzt werden? Auch wenn eine Einschränkung des Freizügigkeitsrechts einem liberalen (europäischen) Verständnis zuwiderlaufen mag, erscheint sie auf dem ersten Blick gleichwohl legitim zu sein, um der Befürchtung eines "Sozialtourismus" zu Lasten wohlhabender Mitgliedstaaten entgegenzuwirken.<sup>7</sup> Gerade das Spannungsverhältnis zwischen der Freiheit und Gleichheit der Unionsbürger – als zwei Kehrseiten einer Medaille – scheint viele Probleme mit sich zu bringen und bedarf daher einer genaueren Untersuchung.

## B. Die Freiheit und Gleichheit der Unionsbürger I. Urteil des EuGH vom 11. November 2014

Die Rechtssache *Dano* betrifft die Frage, ob nichterwerbstätigen EU-Ausländern, die keine Arbeit suchen und allein zum Zwecke des Bezugs von Sozialhilfe in das EU-Ausland reisen, existenzsichernde Sozialleistungen unter gleichen Voraussetzungen wie Inländern zu gewähren sind.<sup>8</sup> Im Einzelnen geht es dabei um die folgende Fallkonstellation.

### 1. Sachverhalt des Ausgangsrechtsstreits<sup>9</sup>

Elisabeta Dano, die 1989 geboren wurde, und ihr Sohn Florin, der am 2. Juli 2009 in Saarbrücken (Deutschland) geboren wurde, sind rumänische Staatsangehörige. Seit ihrer Ankunft leben Frau Dano und ihr Sohn in Leipzig in der Wohnung einer Schwester von Frau Dano. Frau Dano bezieht für ihren Sohn Florin Kindergeld in Höhe von monatlich 184 Euro und einen Unterhaltsvorschuss in Höhe von monatlich 133 Euro. Elisabeta Dano besuchte in Rumänien drei Jahre lang die Schule, besitzt aber keinen Schulabschluss. Sie versteht gesprochenes Deutsch und kann sich in dieser Sprache einfach ausdrücken; sie kann hingegen in Deutsch nicht schreiben und ist zum Leseverständnis deutscher Texte nur eingeschränkt in der Lage. Frau Dano hat keinen erlernten oder angelernten Beruf und war bislang weder in Deutschland noch in Rumänien erwerbstätig. Obwohl ihre Arbeitsfähigkeit nie in Frage gestellt wurde, deutet nichts darauf hin, dass sie sich um Arbeit bemüht hätte.

Ein erster von Frau Dano und ihrem Sohn gestellter Antrag auf Gewährung von Leistungen der Grundsicherung nach dem SGB II wurde vom Jobcenter Leipzig mit Bescheid vom 28. September 2011 auf der Grundlage von § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2

<sup>1</sup> Herdegen, Europarecht 2014, § 12 Rn. 1.

<sup>2</sup> Vgl. Bieber/Epiney/Haag, Die Europäische Union 2015, § 2 Rn. 23.

<sup>3</sup> Ebd.

<sup>4</sup> Oppermann/Classen/Nettesheim Europarecht 2014, § 16 Rn. 6.

<sup>5</sup> Vgl. Lehmann ZAR 2015, 212 (213).

<sup>6</sup> Herdegen, Europarecht 2014, § 12 Rn. 7.

<sup>7</sup> Vgl. Wollenschläger NVwZ 2014, 1628.

<sup>8</sup> Ebd.

<sup>9</sup> Vgl. EuGH v. 11.11.2014, Rs. C-333/13 - Dano, Rn. 35-42.

SGB II abgelehnt. Dieser Bescheid wurde nicht angefochten und erlangte daher Bestandskraft. Ein erneuter Antrag für die gleichen Leistungen vom 25. Januar 2012 wurde vom Jobcenter Leipzig mit Bescheid vom 23. Februar 2012 ebenfalls abgelehnt. Frau Dano und ihr Sohn legten dagegen Widerspruch ein; dieser wurde mit Bescheid vom 1. Juni 2012 zurückgewiesen. Gegen diesen Bescheid erhoben Frau Dano und ihr Sohn am 1. Juli 2012 Klage beim Sozialgericht Leipzig, mit der sie erneut beantragen, ihnen Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II für die Zeit ab dem 25. Januar 2012 zu gewähren.

## 2. Vorlagefragen des SG Leipzig<sup>10</sup>

Das Sozialgericht Leipzig ist der Auffassung, dass Frau Dano und ihr Sohn nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II und § 23 Abs. 3 SGB XII keinen Anspruch auf Leistungen der Grundsicherung hätten. Es hat jedoch Zweifel, ob die unionsrechtliche Bestimmungen, insbesondere Art. 4 der VO Nr. 883/2004, der allgemeine Grundsatz der Nichtdiskriminierung aus Art. 18 AEUV und das allgemeine Aufenthaltsrecht aus Art. 20 AEUV diesen Bestimmungen des deutschen Rechts entgegenstehen. Das SG Leipzig hat daher beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof nach Art. 267 AEUV folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

(1) *Ist der persönliche Anwendungsbereich von Art. 4 der Verordnung Nr. 883/2004 für Personen eröffnet, die keine Leistung sozialversicherungsrechtlicher oder familienfördernder Art im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der Verordnung, sondern eine besondere beitragsunabhängige Leistung im Sinne der Art. 3 Abs. 3 und 70 der Verordnung in Anspruch nehmen wollen?*

(2) *Falls die Frage zu 1 bejaht wird: Ist den Mitgliedstaaten durch Art. 4 der Verordnung verwehrt, zur Vermeidung einer unangemessenen Inanspruchnahme von existenzsichernden beitragsunabhängigen Sozialleistungen im Sinne des Art. 70 der Verordnung bedürftige Unionsbürger vom Bezug derartiger Leistungen, die eigenen Staatsbürgern in gleicher Lage gewährt werden, ganz oder teilweise auszuschließen?*

(3) *Falls die Fragen zu 1 oder 2 verneint werden: Ist den Mitgliedstaaten nach a) Art. 18 AEUV und/oder b) Art. 20 Abs. 2 Unterabs. 1 Buchst. a AEUV in Verbindung mit Art. 20 Abs. 2 Unterabs. 2 AEUV und Art. 24 Abs. 2 der RL 2004/38 verwehrt, zur Vermeidung einer unangemessenen Inanspruchnahme von existenzsichernden beitragsunabhängigen Sozialleistungen im Sinne von Art. 70 der Verordnung Nr. 883/2004 bedürftige Unionsbürger vom Bezug derartiger Leistungen, die eigenen Staatsbürgern in gleicher Lage gewährt werden, ganz oder teilweise auszuschließen?*

(4) *Falls nach Beantwortung der vorgenannten Fragen der teilweise Ausschluss von existenzsichernden Leistungen europarechtskonform ist: Darf sich die Gewährung beitragsunabhängiger existenzsichernder Leistungen für Unionsbürger außerhalb akuter Notfälle auf die Bereitstellung der erforderlichen Mittel zur Rückkehr in den Heimatstaat beschränken, oder gebieten die Art. 1, 20 und 51 der*

*Charta weiter gehende Leistungen, die einen dauerhaften Aufenthalt ermöglichen?*

## 3. Antworten zu den Vorlagefragen und Entscheidung des EuGH<sup>11</sup>

Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Art. 4 der VO Nr. 883/2004 dahin auszulegen ist, dass er für die "besonderen beitragsunabhängigen Leistungen" iSv Art. 3 Abs. 3 und Art. 70 dieser VO gilt. Diese Frage ist deshalb von Bedeutung, weil das SG bereits Zweifel an der Anwendbarkeit des Art. 4 VO (EG) 883/2004 auf die besonderen beitragsunabhängigen Leistungen nach Art. 70 VO (EG) 883/2004 hatte.<sup>12</sup> In Kürze stellt das Gericht fest, dass die VO Nr. 883/2004 dahin auszulegen ist, dass ihr Art. 4 für die "besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen" iSv Art. 3 Abs. 3 und Art. 70 dieser VO gilt. Bemerkenswert ist, dass der EuGH die Einordnung der Leistungen iSd Art. 70 VO (EG) 883/2004 durch das SG Leipzig ohne eigene Prüfung seiner Entscheidung zugrunde legt.<sup>13</sup>

Die zweite und dritte Frage werden vom Gerichtshof zusammen geprüft. Hierdurch möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Art. 18 AEUV und 20 Abs. 2 AEUV sowie Art. 24 Abs. 2 der RL 2004/38 und der Art. 4 der VO Nr. 83/2004 dahin auszulegen sind, dass sie der Regelung eines Mitgliedsstaats entgegenstehen, nach der nicht erwerbstätige Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten ganz oder teilweise vom Bezug bestimmter "besonderer beitragsunabhängiger Geldleistungen" iSd VO Nr. 883/2004 ausgeschlossen werden, während Staatsangehörige des betreffenden Mitgliedstaats, die sich in der gleichen Situation befinden, diese Leistungen erhalten.

Bei der Beantwortung dieser Frage(n) des SG Leipzig betont der Gerichtshof die Auslegung der Art. 24 der RL 2004/38 und Art. 4 der VO Nr. 883/2004. Seine Argumentation sieht dabei wie folgt aus: Ein Unionsbürger könne eine Gleichbehandlung mit den Staatsangehörigen des Aufnahmemitgliedstaats hinsichtlich des Zugangs zu Sozialleistungen nur verlangen, wenn sein Aufenthalt im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats die Voraussetzungen der RL 2004/38 erfüllt. Zu diesen Voraussetzungen gehört, dass der nicht erwerbstätige Unionsbürger für sich und seine Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel verfügt. Denn Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der RL 2004/38 soll nicht erwerbstätige Unionsbürger daran hindern, das System der sozialen Sicherheit des Aufnahmemitgliedstaats zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts in Anspruch zu nehmen. Eine solche potenzielle Ungleichbehandlung zwischen EU-Ausländern und Inländern des Aufnahmemitgliedstaats beruhe auf dem Verhältnis, das der Unionsgesetzgeber in Art. 7 dieser RL zwischen dem Erfordernis ausreichender Existenzmittel als Voraussetzung für den Aufenthalt und dem Bestreben, keine Belastung für die Sozialhilfesysteme der Mitgliedstaaten herbeizuführen, geschaffen hat. Demnach steht Art. 24 Abs. 1 der RL 2004/38 iVm ihrem Art. 7 Abs. 1 Buchst. b einer nationalen Regelung wie der im Aus-

<sup>11</sup> EuGH v. 11.11.2014, Rs. C-333/13 - Dano, Rn. 46-93.

<sup>12</sup> *Nazik/Ulber* NZS 2015, 369 (370).

<sup>13</sup> *Nazik/Ulber* NZS 2015, 369 (371).

<sup>10</sup> EuGH v. 11.11.2014, Rs. C-333/13 - Dano, Rn. 43-45.

gangsverfahren in Rede stehenden nicht entgegen, wenn diese die Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten, denen im Aufnahmemitglied kein Aufenthaltsrecht nach der RL 2004/38 zusteht, vom Bezug bestimmter "besonderer beitragsunabhängiger Geldleistungen" iSd Art. 70 Abs. 2 der VO Nr. 883/2004 ausschließt. Das Gleiche gelte in Bezug auf die Auslegung des Art. 4 der VO Nr. 883/2004. Daher spreche nichts dagegen, die Gewährung "besonderer beitragsunabhängiger Geldleistungen" von dem Erfordernis abhängig zu machen, dass sie die Voraussetzungen der RL 2004/38 für ein Recht auf Aufenthalt im Aufnahmemitgliedstaat erfüllen.

Die Beantwortung der vierten Vorlagefrage schließlich fällt sehr knapp aus. Der Gerichtshof weist zunächst darauf hin, dass er im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV das Unionsrecht nur in den Grenzen der der Union übertragenen Zuständigkeiten zu prüfen hat. Da die Mitgliedstaaten nicht das Recht der Union durchführen, wenn sie die Voraussetzungen und den Umfang der Gewährung besonderer beitragsunabhängiger Geldleistungen festlegen, sieht er sich für die Beantwortung der vierten Frage als nicht zuständig an.

Vor dem Hintergrund des oben Dargelegten lässt sich Folgendes festhalten: Einen Anspruch auf Gleichbehandlung bei dem Zugang zu Sozialleistungen haben Unionsbürger nur, wenn sie sich rechtmäßig und in Übereinstimmung mit den Voraussetzungen des europäischen Freizügigkeitsrechts im Aufnahmemitgliedstaat aufhalten.<sup>14</sup> Damit definiert der EuGH gewissermaßen eine untere Grenze, an der die Pflicht der Mitgliedstaaten zu einer "gewissen" finanziellen Solidarität mit zugewanderten Bürgern anderer Mitgliedstaaten endet: Erfüllt ein Unionsbürger die Bedingungen des Unionsrechts für einen rechtmäßigen Aufenthalt nicht – hier diejenigen als Nichterwerbstätiger aus Art. 7 I b der RL 2004/38 –, verwirkt er seinen Anspruch, sich auf das Verbot der Diskriminierung aus Art. 24 I dieser RL berufen zu können und hat damit auch keinen Inländern gleichstehenden Anspruch auf Zugang zu sozialen Leistungen des Aufnahmemitgliedstaates.<sup>15</sup>

#### 4. Besonderheiten und Probleme der Rs. *Dano*

Die Entscheidung des EuGHs birgt bei genauerer Betrachtung einige Besonderheiten und Probleme, die im Folgenden genauer behandelt werden.

##### a. Einordnung der SGB II-Leistungen

Zunächst müssen die Leistungen nach dem SGB II auf die Frage hin untersucht werden, ob sie zugleich als besondere beitragsunabhängige Leistung iSd Art. 70 VO (EG) 883/2004 und Sozialhilfe iSd Art. 24 RL 2004/38/EG eingestuft werden können.

##### aa. Bedeutung der Einordnung

Diese Frage war vor der Entscheidung in der Rs. *Dano* im Schrifttum und in der Rechtsprechung umstritten. Teilweise

wurde auf den abweichenden Wortlaut abgestellt, weswegen der Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 als Rechtfertigungsgrund für Ungleichbehandlungen im Bereich der besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen nicht in Betracht komme.<sup>16</sup> Hiergegen wurde maßgeblich eingewandt, dass dies mit Sinn und Zweck der Regelungen unvereinbar sei, sodass insbesondere die hier in Frage stehenden Leistungen zur Grundsicherung für Arbeitssuchende sowohl als beitragsunabhängige Geldleistungen innerhalb der VO (EG) 883/2004 als auch als Sozialhilfe innerhalb der RL 2004/38 qualifiziert werden könnten.<sup>17</sup> Relevant wird diese Frage im Zusammenhang mit dem Arbeitslosengeld II, denn dieses könnte als Annex zu den sozialversicherungsrechtlichen Schutzsystemen dem strengen Diskriminierungsverbot des Art. 4 VO (EG) 883/2004 unterliegen oder als rein sozialhilferechtliche Leistung den Differenzierungsmöglichkeiten in Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 EG offen stehen.<sup>18</sup>

##### bb. Charakter der SGB II-Leistungen

Bei der Suche nach einer Antwort auf diese Frage kann der Charakter der SGB II-Leistungen herangezogen werden. Diese weisen einen deutlichen Doppelcharakter auf, sind sie doch einerseits Fürsorgeleistungen iSd Gewährung eines Existenzminimums durch öffentliche Mittel, zugleich jedoch auch "ein Stück verrechtlichter Arbeitsmarktpolitik".<sup>19</sup>

Für eine Einordnung des Arbeitslosengeldes II als "besondere beitragsunabhängige Geldleistung" spricht, dass das SGB II historisch aus der Fusion der bis 2005 nebeneinander stehenden Systeme der Arbeitslosen- und der Sozialhilfe entstanden ist, um ein einheitliches Leistungssystem für erwerbsfähige Arbeitslose zu schaffen.<sup>20</sup> Das Arbeitslosengeld II steht insoweit in einem engen sachlichen Zusammenhang mit dem Arbeitslosengeld I: Es dient dem sozialen Schutz erwerbsfähiger Personen für den Fall der Arbeitslosigkeit, nachdem der Anspruch auf Arbeitslosengeld I ausgelaufen ist.<sup>21</sup> Hiernach wäre das Arbeitslosengeld II ein beitragsunabhängiger Baustein im deutschen Arbeitsmarktrecht und könnte deshalb als "besondere beitragsunabhängige Geldleistung" iSv Art. 70 VO (EG) eingeordnet werden.<sup>22</sup>

Andererseits sprechen systematische, teleologische und auch historische Argumente aber dafür, im Arbeitslosengeld II vielmehr eine Sozialhilfeleistung iSd Art. 24 Abs. 2 SGB II zu sehen. Denn das Arbeitslosengeld II ist trotz seiner Bezeichnung und der stärkeren Betonung des Forderns und Förderns durch arbeitsmarktbezogene Obliegenheiten und Sanktionen und durch den Ausbau von Eingliederungsleistungen wegen der im Vordergrund stehenden Umsetzung des verfassungsrechtlichen Auftrags zur Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums eine Leistung eines Systems der Sozialhilfe.<sup>23</sup> Folgt man dieser letzteren Auffassung, hätte das

<sup>16</sup> *Nazik/Ulber* NZS 2015, 369 (371).

<sup>17</sup> Ebd.

<sup>18</sup> *Kingreen* SGB 2013, 132 (135).

<sup>19</sup> *Frings* ZAR 2012, 317 (320).

<sup>20</sup> *Kingreen* SGB 2013, 132 (135); vgl. auch KKW- Knickehm/Hahn § 1 Rn. 1.

<sup>21</sup> *Kingreen* SGB 2013, 132 (136).

<sup>22</sup> Vgl. ebd.

<sup>23</sup> Vgl. *Kötter* info also 2013, 243 (251).

<sup>14</sup> Vgl. *Raschka* ZAR 2015, 331 (333).

<sup>15</sup> Vgl. *Raschka* ZAR 2015, 331 (334).

gerade zur Folge, dass das Arbeitslosengeld II grundsätzlich den Differenzierungsmöglichkeiten in Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 EG offen steht.

### cc. Argumentation des EuGH

Der EuGH stellt bereits in seinem Urteil in der Rs. *Brey* fest, dass der Begriff der "Sozialhilfe" in Art. 7 Abs. 1 lit. b) und Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG und der Begriff der "Fürsorge" in Art. 3 Abs. 5 VO (EG) 883/2004 grundsätzlich autonom unionsrechtlich auszulegen seien und aufgrund unterschiedlicher Zielrichtungen der Regelungen auch nicht deckungsgleich sein müssten.<sup>24</sup> Die Charakterisierung einer Leistung als besondere beitragsunabhängige Leistung iSv Art. 70 VO (EG) 883/2004 stünde einer Einordnung als Sozialhilfe iSv Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG ebenfalls nicht entgegen, weil für die Unionsbürgerrichtlinie allein deren spezifische Zielsetzung maßgeblich sei.<sup>25</sup> Demnach ist der Begriff der Sozialleistungen iSd RL so zu verstehen, dass er "sich auf sämtliche von öffentlichen Stellen eingerichteten Hilfssysteme bezieht, die auf nationaler, regionaler oder örtlicher Ebene bestehen und die ein Einzelner in Anspruch nimmt, der nicht über ausreichende Existenzmittel zur Bestreitung seiner Grundbedürfnisse und derjenigen seiner Familie verfügt und deshalb während seines Aufenthalts möglicherweise die öffentlichen Finanzen des Aufnahmemitgliedstaats belasten muss".<sup>26</sup> Als Sozialhilfeleistung iSd RL 2004/38/EG gelten mithin sämtliche Maßnahmen der sozialen Fürsorge ebenso wie alle beitragsunabhängigen Hybridleistungen, soweit diese aus Steuern finanziert werden und zumindest auch der Existenzsicherung bei Hilfsbedürftigkeit dienen.<sup>27</sup>

Im Urteil in der Rs. *Dano* hat der Gerichtshof diese Linie bestätigt, dass die besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen der VO 883/2004 (und damit auch SGB II-Leistungen) unter den Begriff der Sozialleistungen iSd RL 2004/38 zu fassen sind. Somit fallen sie auch unter den Ausschlussbestand in Art. 24 II der RL 2004/38.<sup>28</sup>

Anders wäre der Fall entschieden, wenn der Begriff der Sozialhilfe in Übereinstimmung mit VO (EG) Nr. 883/2004 auszulegen gewesen wäre, weil beitragsunabhängige Hybridleistungen nicht von der Ausnahme in Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG gedeckt gewesen wären.<sup>29</sup> Solche "Hybridleistungen" müssen nicht exportiert werden, unterfallen aber u.a. dem Grundsatz der Gleichbehandlung im Wohnortstaat (Art. 70 Abs. 3 und Abs. 4 VO (EG) 883/2004).<sup>30</sup>

### b. Unionskonformität des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II

Fraglich ist weiterhin, ob die Regelung des § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II mit dem Unionsrecht vereinbar ist. Die Regelungen des § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II schließen bestimmte Ausländergruppen von dem Bezug der Leistungen aus. Hierdurch sollte verhindert werden, dass Immigrationsanreize für Bürger insbesondere aus wirtschaftlich schwächeren EU-Mitgliedstaaten entstehen.<sup>31</sup> Nach Nr. 2 ausgenommen sind daher insbesondere "Ausländerinnen und Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt, und ihre Familienangehörige". Der deutsche Gesetzgeber rechtfertigt § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II gerade damit, dass Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 ihn ermächtigt, den Anspruch auf Sozialhilfe für die ersten drei Monate des Aufenthalts und, das ist hier entscheidend, für Arbeitsuchende (Art. 14 Abs. 4 lit. b) RL 2004/38/EG) auch für einen längeren (und damit prinzipiell unbegrenzten) Zeitraum auszuschließen.<sup>32</sup> Gegenstand der nachfolgenden Überlegungen ist daher, ob und inwieweit die deutschen Ausschlussregelungen nach dem SGB II mit dem Europarecht vereinbar sind.

#### aa. Vereinbarkeit der Leistungsausschlüsse mit Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38/EG

Während Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38/EG die grundsätzlich gleiche Behandlung von ausländischen EU-Bürgern und ihren Familienangehörigen mit den Staatsangehörigen des Mitgliedstaats gebietet, gestattet es Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG den Mitgliedstaaten, anderen Personen als Arbeitnehmern oder Selbstständigen, Personen, denen dieser Status erhalten bleibt, und ihren Familienangehörigen während der ersten drei Monate des Aufenthalts oder gegebenenfalls während des längeren Zeitraums nach Artikel 14 IV b einen Anspruch auf Sozialhilfe zu verweigern. § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 2 SGB II hingegen knüpft unmittelbar an die Staatsangehörigkeit der betreffenden Person an.

Daher stellt sich die Frage, ob die Leistungsausschlüsse in Bezug auf EU-Ausländer gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38/EG verstoßen. Dies wäre zu verneinen, wenn die Bereichsausnahme des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG greift. Betrachtet man die Leistungsausschlüsse zunächst in Bezug auf den Personenkreis, der nach der RL zulässigerweise ausgeschlossen werden darf, so ist festzustellen, dass sich beide Leistungsausschlüsse weitestgehend im Rahmen der Vorgaben des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG halten.<sup>33</sup> Wenn man zudem, die Leistungen nach dem SGB II als Sozialhilfe iSd RL charakterisiert, halten sich die Leistungsausschlüsse auch im Rahmen des Ausnahmetatbestandes des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG halten. Sie verstoßen daher nicht gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38/EG.

<sup>24</sup> Vgl. EuGH v. 19.09.2013, Rs. C-140/12 - *Brey*, Rn. 49 ff.; *Farahat* NZS 2014, 490 (492).

<sup>25</sup> EuGH v. 19.09.2013, Rs. C-140/12 - *Brey*, Rn. 50.

<sup>26</sup> *Raschka* ZAR 2015, 331 (332); EuGH v. 19.09.2013, Rs. C-140/12 - *Brey*, Rn. 61.

<sup>27</sup> Vgl. *Thym* NZS 2014, 81 (83).

<sup>28</sup> EuGH v. 11.11.2014, Rs. C-333/13 - *Dano*, Rn. 63.

<sup>29</sup> Vgl. *Thym* NZS 2014, 81 (83).

<sup>30</sup> *Schreiber* NZS 2012, 647 (648).

<sup>31</sup> Vgl. *Hofmann/Kummer* ZESAR 2013, 199.

<sup>32</sup> Vgl. *Kingreen* SGB 2013, 132 (136).

<sup>33</sup> *Hofmann/Kummer* ZESAR 2013, 199 (201).

## bb. Vereinbarkeit der Leistungsausschlüsse mit primärrechtlichen Diskriminierungsverboten

Zu prüfen ist des Weiteren eine Vereinbarkeit des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 2 SGB II mit dem Primärrecht. Da nach hier vertretener Ansicht die Leistungen nach dem SGB II nicht in den sachlichen Geltungsbereich des Art. 45 Abs. 2 AEUV fallen, da es sich um Sozialhilfe iSd Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG handelt und in Abgrenzung dazu nicht um finanzielle Leistungen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen, welche unter den Schutz des Art. 45 Abs. 2 AEUV fielen, ist für die Beurteilung der Primärrechtskonformität der Leistungsausschlüsse demnach ausschließlich Art. 18 Abs. 1 AEUV maßgeblich.<sup>34</sup> Hiernach ist "unbeschadet besonderer Bestimmungen der Verträge in ihrem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten". Eine Ungleichbehandlung kann nur dann gerechtfertigt werden, wenn sie auf objektiven, von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen unabhängigen Erwägungen beruht und in einem angemessenen Verhältnis zu dem Zweck steht, der mit den nationalen Rechtsvorschriften zulässigerweise verfolgt wird.<sup>35</sup>

Die Gleichstellung der Unionsbürger mit Staatsangehörigen des jeweiligen Nationalstaats im Hinblick auf Sozialleistungen steht im Spannungsfeld zwischen der Zielsetzung umfassender Gleichstellung und der Verhinderung übermäßiger Inanspruchnahme der Sozialleistungssysteme. Gerade im Bereich steuerfinanzierter Leistungen wird es als legitim erachtet, die Solidargemeinschaft der Sozialleistungssysteme einzelner Mitgliedstaaten vor einer einseitigen und übermäßigen Inanspruchnahme durch "Sozialtourismus" zu schützen.<sup>36</sup> Zu berücksichtigen ist aber, dass der EuGH einen solchen Zweck nicht vorbehaltlos anerkennt und vielmehr rein fiskalisch motivierte Abschottungen, die undifferenziert an der Staatsangehörigkeit anknüpfen, gerade ablehnt.<sup>37</sup> Zugelassen hat es der EuGH hingegen, die Sozialleistungen von einer "tatsächlichen Verbindung" zum Aufenthaltsstaat oder von einem "gewissen Grad" an Integration im leistungsverpflichteten Mitgliedstaat abhängig zu machen.<sup>38</sup> Der durch die deutschen Leistungsausschlüsse verfolgte Zweck – das Verhindern einer übermäßigen Inanspruchnahme – wäre mithin als legitim einzustufen.

Darüber hinaus muss der Leistungsausschluss auch verhältnismäßig sein. Besonders kritisch ist die Tatsache zu würdigen, dass es sich bei § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II um einen starren und vor allem dauerhaften Leistungsausschluss handelt, der keine Überprüfung eines gewissen Grades an Integration zulässt; hier wird im Vergleich zu § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II in weitaus größerem Umfang generalisiert.<sup>39</sup>

Zwar ist dieser Leistungsausschluss sicherlich geeignet, eine übermäßige Belastung des deutschen Sozialleistungssystems zu verhindern, jedoch ist im Hinblick auf die Dauerhaftigkeit

des Leistungsausschlusses seine Erforderlichkeit zu verneinen.<sup>40</sup> Folglich wäre der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 als unverhältnismäßig einzustufen. Die Primärrechtswidrigkeit des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II leitet sich somit aus einem Verstoß gegen das allgemeine Gleichbehandlungsgebot aus Art. 18 Abs. 1 AEUV ab, das Anwendung findet, solange der Unionsbürger sich rechtmäßig im Aufnahmestaat aufhält.<sup>41</sup>

## II. Die Rs. *Dano* im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Gleichheit

Das Urteil in der Rs. *Dano* lässt unschwer eine Ungleichbehandlung und mit ihr einhergehend eine Einschränkung der Freizügigkeit der betroffenen Unionsbürgerin erkennen. Zwischen dem Recht auf Gleichbehandlung, das Unionsbürger prinzipiell auch bei dem Zugang zu sozialen Leistungen geltend machen können, und den unionsrechtlichen Voraussetzungen für die Ausübungen des Freizügigkeitsrechts, die bei Bezug von Sozialleistungen einen Verlust dieses Rechts zur Folge haben können, besteht folglich ein erhebliches Spannungsverhältnis.<sup>42</sup>

Der folgende Abschnitt setzt sich daher mit dem Spannungsverhältnis zwischen der Freiheit und Gleichheit der Unionsbürger auseinander, insbesondere damit, welche Auswirkungen gerade die Inanspruchnahme von sozialen Leistungen durch Unionsbürger auf ihr Freizügigkeitsrecht haben kann.

### 1. Abgestuftes Freizügigkeitsrecht

Zunächst ist auf das abgestufte Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger abzustellen. In Übereinstimmung mit dem EU-Primärrecht normieren Art. 7 RL 2004/38/E sowie § 2 FreizügG/EU für verschiedene Statusgruppen unterschiedliche Regelungen.<sup>43</sup>

Hierbei wird zwischen drei Stufen des Einreise- und Aufenthaltsrechts für Unionsbürger und ihre Familienangehörigen unterschieden.<sup>44</sup> Arbeitnehmer und Selbstständige erfahren mit ihrer Familie die großzügigste Behandlung.<sup>45</sup> Solange Unionsbürger die Voraussetzungen von Art. 7 der RL 2004/38/EG bzw. § 2 Abs. 2 FreizügG/EU erfüllen, also die Eigenschaft als Arbeitnehmer oder Selbstständiger besitzen, ist eine Feststellung des Verlusts des Freizügigkeitsrechts unzulässig.<sup>46</sup> Ein arbeitsuchender EU-Bürger ist solange freizügigkeitsberechtigt, als er mit begründeter Aussicht auf Erfolg Arbeit sucht.<sup>47</sup>

Doch wie sieht es mit denjenigen Unionsbürgern aus, die, wie im Ausgangsfall, gar nicht das Ziel haben, in das EU-Ausland auszureisen, um dort Arbeit zu suchen? Wie ist deren Zugang zu Sozialleistungen zu regeln?

<sup>40</sup> Ebd.

<sup>41</sup> Ebd.

<sup>42</sup> *Raschka* EuR 2013, 116.

<sup>43</sup> *Thym* NZS 2014, 81 (84)

<sup>44</sup> Vgl. *Hailbronner* JZ 2014, 869.

<sup>45</sup> Ebd.

<sup>46</sup> *Raschka* EuR 2013, 116 (120).

<sup>47</sup> *Bergmann/Dienelt* - FreizügG/EU § 2 Rn. 64.

<sup>34</sup> Vgl. auch *Hofmann/Kummer* ZESAR 2013, 199 (203).

<sup>35</sup> Vgl. *Schreiber* info also 2009, 195.

<sup>36</sup> *Hofmann/Kummer* ZESAR 2013, 199 (204).

<sup>37</sup> EuGH v. 16.01.2003, Rs. C-388/01, Slg. 2003, I-721 Rn. 22.

<sup>38</sup> *Schreiber* info also 2009, 195.

<sup>39</sup> *Hofmann/Kummer* ZESAR 2013, 199 (205).

## 2. Ausgangspunkt in der Rs. *Dano* und rechtliche Darstellung

Der EuGH hat in seiner Entscheidung in der Rs. *Dano* klargestellt, dass die Freizügigkeitsrichtlinie zwischen erwerbstätigen und nicht erwerbstätigen Personen hinsichtlich der Unterhaltssicherung unterscheidet.<sup>48</sup> Nichterwerbstätige Unionsbürger haben gemäß Art. 7 Abs. 1 lit. b) der RL 2004/38/EG bzw. § 2 Abs. 2 FreizügG/EU iVm § 4 Freizüg/EU das Freizügigkeitsrecht, wenn sie über ausreichende Existenzmittel und Krankenversicherungsschutz verfügen.<sup>49</sup> Denn diese Vorschrift soll nichterwerbstätige Unionsbürger daran hindern, das System der sozialen Sicherheit des Aufnahmemitgliedstaats während ihres Aufenthalts zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts in Anspruch zu nehmen.<sup>50</sup> Bei der Beurteilung des Positivkriteriums ausreichender Existenzmittel gibt es dabei keine festen Mindestsätze, so dass letztlich der Einzelfall entscheidet (vgl. auch Art. 8 Abs. 4 RL 2004/38/EG).<sup>51</sup>

Aus der gesetzlichen Regelung lässt sich somit klar konstatieren: Ein uneingeschränktes Freizügigkeitsrecht aller Unionsbürger existiert nicht. Nichterwerbstätige Unionsbürger sind nur insofern freizügigkeitsberechtigt, solange sie nicht "unangemessen" viele Sozialleistungen beanspruchen.<sup>52</sup> Die klar gefasste Entscheidung in der Rs. *Dano* verdeutlicht zugleich, dass das Unionsrecht keiner primär wohlfahrtsstaatlich motivierten Migration ("Sozialtourismus") Vorschub leistet, sondern diese begrenzt.<sup>53</sup> Offenbar strebt der EuGH eine vollständige und voraussetzungslose Gleichstellung fremder Staatsangehöriger im Aufnahmemitglied also nicht an.<sup>54</sup>

## 3. Schicksal nichterwerbstätiger Unionsbürger

Wenn man nun bei nichterwerbstätigen Unionsbürgern ausreichende Existenzmittel voraussetzt, führt das mehr oder weniger unmittelbar dazu, dass gerade diese Personengruppe von ihrer Freizügigkeit beschränkt Gebrauch machen kann. Somit ist bereits ihre Freiheit, welche sich geradezu in der Freizügigkeit innerhalb europäischer Grenzen zur Vollendung hätte gebracht werden können, massiv eingeschränkt. Diese Einschränkung basiert nicht zuletzt auch darauf, dass EU-Ausländern nicht (immer) die "gleiche Gleichheit" gewährt wird, insbesondere was den Zugang zu Sozialleistungen und den diesbezüglichen Vergleich zu Inländern des Aufnahmemitgliedstaats betrifft. Daraus folgt, dass ohne Freizügigkeitsrecht generell auch kein Gleichbehandlungsanspruch besteht.<sup>55</sup> Die Idee des Marktbürgers scheint somit die des Unionsbürgers wieder zu überwiegen, wenn nur noch ökonomisch erfolgreiche Migration mit sozialen Teilhaberechten "belohnt wird".<sup>56</sup>

Andererseits jedoch müssen klare Grenzen gezogen werden, wenn ein Unionsbürger lediglich in das EU-Ausland auswan-

dert, um in den Genuss von Sozialleistungen zu kommen, ohne jedoch hierfür irgendeine Gegenleistung aufzubringen. Und mit Gegenleistung wird nicht eine konkrete Arbeitsleistung gemeint. Doch dürfte mit einem gewissen Maß an Inklusion in der Gesellschaft des Aufnahmemitgliedstaates nicht verlangt sein. Hierbei muss aber eines beachtet werden: Je mobiler die EU-Bürger sind und je 'bunter' und unterschiedlicher ihre Lebensentwürfe werden, desto schwieriger wird es für den nationalen Gesetzgeber sein, allumfassende Regelungen zu treffen, die einerseits dem Interesse der "Bindung" an eine Gesellschaft, andererseits der Vielfalt der Lebensweisen im heutigen Europa gerecht werden.<sup>57</sup>

## III. Würdigung und Kritik am Urteil

Obwohl das Urteil in der Rs. *Dano* in Politik und Medien weitgehend positiv aufgenommen wurde, hinterlässt es doch einen ambivalenten Eindruck. In mehrfacher Hinsicht ist das Urteil lückenhaft und weist die in juristischer Hinsicht erhoffte Klarheit durch den EuGH gerade nicht auf. Daher soll abschließend – unter Heranziehung wesentlicher Gesichtspunkte – das Urteil in Kürze kritisch untersucht werden.

Zunächst war juristisch insbesondere im Hinblick auf das Verhältnis zwischen der RL und des Diskriminierungsverbots nach Art. 18 AEUV eine Klarstellung durch den EuGH von immenser Bedeutung. Es verwundert daher, dass der Gerichtshof mit keinem Wort auf die Notwendigkeit einer primärrechtskonformen Auslegung der Richtlinienbestimmungen und ihre (möglichen) Implikationen eingeht.<sup>58</sup> In der Sache schränkt das Urteil die Tragweite und damit den Anwendungsbereich des Art. 18 AEUV wohl auch im Verhältnis zur bisherigen Rechtsprechung ein: Das Diskriminierungsverbot soll unter der Voraussetzung zur Anwendung kommen, dass dem Unionsbürger ein Aufenthaltsrecht auf Grund der RL 2004/38/EG zusteht; nicht ausreichend ist offenbar ein auf nationales Recht gegründetes Aufenthaltsrecht.<sup>59</sup> Insofern könnte hieraus gefolgert werden, dass das Sekundärrecht die Tragweite des Primärrechts einschränkt und insbesondere die Rechtfertigungsdogmatik dieser Bestimmung nicht mehr zum Zuge kommen kann.<sup>60</sup> Zu kritisieren ist mithin die einseitig an den Wertungen der Unionsbürger-Richtlinie ausgerichtete Argumentation, die die Wertungen des Art. 18 AEUV einerseits und der Koordinierung des Sozialrechts nach der VO 883/2004 andererseits ausblendet.

Auch ist die Entscheidung des Gerichtshofs im Hinblick auf die Beantwortung der vierten Vorlagefrage – nämlich das "Sich-Nicht-Zuständig-Erklären" – sehr überraschend. Womöglich ist die Enthaltensamkeit des EuGH ein Versuch, sich aus der Affäre zu ziehen; denn will er nicht hinter dem deutschen Grundrechtsschutz zurückstehen, müsste er wohl ein Recht auf menschenwürdiges Existenzminimum anerkennen und vor diesem seine rigiden Vorstellungen zum Leistungsausschluss rechtfertigen.<sup>61</sup> Bei dem 'Hin und Her' zwischen EuGH und

<sup>48</sup> Vgl. *Lehmann* ZAR 2015, 212 (218).

<sup>49</sup> Vgl. *Raschka* EuR 2013, 116 (118).

<sup>50</sup> Vgl. *Fuchs* NZS 2015, 121 (122).

<sup>51</sup> Vgl. *Thym* NJW 2015, 130 (132).

<sup>52</sup> Vgl. *Thym* NZS 2014, 81 (85).

<sup>53</sup> *Wollenschläger* NVwZ 2014, 1628 (1632).

<sup>54</sup> Vgl. *Raschka* EuR 2013, 116 (125).

<sup>55</sup> Vgl. *Thym*, VerfBlog, 12.11.2014.

<sup>56</sup> Vgl. *Farahat* DÖV 2016, 45 (53).

<sup>57</sup> *Devetzi* EuR 2014, 638 (655).

<sup>58</sup> *Epiney* NVwZ 2015, 777.

<sup>59</sup> Ebd.

<sup>60</sup> Vgl. *Epiney* NVwZ 2015, 777.

<sup>61</sup> *Wallrabenstein* JZ 2016, 109 (117).



BVerfG wird aber aus den Augen verloren, dass hier nicht nur über die Lebensführung von wirtschaftlich inaktiven Unionsbürgern, sondern von Menschen entschieden wird.

Ein weiterer, und an dieser Stelle abschließend zu behandelnder Kritikpunkt ist, die im Urteil völlig außer Betracht gelassene Auseinandersetzung mit Florin Dano. Zunächst ist jedenfalls nicht von vorne herein auszuschließen, dass Florin für sich selbst über ausreichende Existenzmittel verfügt, so dass er ein Aufenthaltsrecht nach § 2 Abs. 1 Nr. 5 iVm § 4 FreizügG/EU haben könnte.<sup>62</sup> Auch für den Fall, dass man zu dem Ergebnis gelangte, dass Florin die Kosten zur Existenzsicherung nicht mehr aus dem Kindergeld und Unterhaltsvorschuss decken kann, müsste geklärt werden, ob der womöglich geringe Leistungsanspruch immer noch eine unangemessene Inanspruchnahme von Sozialhilfe ist; denn nur sie soll nach den Erwägungsgründen der RL und der Rechtsprechung des EuGH ein Aufenthaltsrecht ausschließen.<sup>63</sup> All diese Überlegungen blieben jedoch im vorliegenden Fall aus.

Bei der Auseinandersetzung um Florin Dano geht es andererseits auch darum, ob dem Jungen, der 2009 in Deutschland geboren wurde, möglicherweise ein Aufenthaltsrecht nach dem deutschen AufenthaltsgG zustehen könnte; denn daran anknüpfend stellt sich dann die Frage, ob sich daraus ein solches auch für die allein sorgeberechtigte Mutter, Elisabeta Dano, ergeben könnte.<sup>64</sup> Es zeigt sich also, dass sich die Beurteilung der Frage, ob Elisabeta und Florin Dano Grundsicherung erhalten, anders darstellt, wenn nicht nur Elisabeta gefragt und Florin als unselbständiger Annex behandelt wird, sondern umgekehrt zunächst Florin und dann Elisabeta in den Blick genommen wird.<sup>65</sup>

Die ausgeführten Kritikpunkte führen daher insgesamt zu dem Ergebnis, dass bei genauerer Betrachtung die Entscheidungsfindung und mit ihr einhergehend die schließlich getroffene Entscheidung sehr brüchig und zum Teil unvollständig sind.

### C. Die Zukunft Europas und seiner Identität - Europäische Sozialbürgerschaft oder doch Zwei-Klassen-Unionsbürgerschaft?

Auch wenn die Zahl der grundsicherungsbeziehenden Unionsbürger nicht erheblich ist, war die Entscheidung in der Rs. *Dano* nicht zuletzt deshalb von großer Bedeutung, da mit ihr ein Stück weit auch die Frage nach der Zukunft Europas und seiner Identität einherging. Entwickelt sich der Unionsbürger zum europäischen Sozialbürger oder bewegt sich die Union wieder zurück und stellt den Marktbürger erneut in den Mittelpunkt?

Wenn erreicht werden soll, dass nicht lediglich eine kleine, besonders privilegierte Schicht von Unionsbürgern in den Genuss von Freizügigkeitsrechten kommen soll, verlangt dies im Umkehrschluss, dass soziale Teilhaberechte auch ökonomisch nicht-aktiven Unionsbürgern gewährt werden (müssen).<sup>66</sup> Andernfalls könnte die Unionsbürgerschaft zu einem Privileg nur gut situerter Unionsbürger werden.<sup>67</sup> Das Problem besteht also darin, dass eine auf wirtschaftlich Aktive – und ihnen Gleichgestellte – beschränkte Sozialrechtskoordinierung in einem Raum realer Freizügigkeit stattfände.<sup>68</sup> Und das bedeutet zwei Klassen von Unionsbürgern: Diejenigen mit koordinierten sozialen Rechten und diejenigen ohne solcher.<sup>69</sup>

Die Abgrenzung einer Unionsbürgergesellschaft von einer "Klasse wirtschaftlich Inaktiver" lässt sich also als Teil eines Identitätskurses deuten, wer der "civis europeus" ist.<sup>70</sup> Doch was dann? Eine Klassengemeinschaft führt zwangsläufig zur Inklusion der Einen – also hier der Wohlhabenderen – und zur Exklusion der Anderen – derjenigen, die nicht genug Geld haben und auf das Existenzminimum angewiesen sind. Einst an diesem Punkt angekommen, lässt sich nur noch sagen: Adieu europäische Integration! Das Konzept der Unionsbürgerschaft, welchem eine ungeheure integrationsfördernde Kraft zugesprochen wurde<sup>71</sup>, wäre dann passé.

An dieser populistischen Debatte sollte sich der EuGH aber nicht beteiligen; vielmehr sollte er den grundlegenden Status der sozialen Unionsbürgerschaft schützen und Ungleichbehandlungen nur in engen Grenzen zulassen.<sup>72</sup> Denn sowohl die deutsche als auch die US-amerikanische Verfassungsgeschichte belegen etwa, dass die Freizügigkeit Grundvoraussetzung für die Entstehung und Konsolidierung des Bundesstaats war, eine entscheidende Etappe auf dem Weg des "nation building".<sup>73</sup>

Wenn also die europäische Integrität und Identität gefördert werden soll, dann muss künftig der soziale Bürger in den Vordergrund treten. Soll das verhindert werden, bestünde die Alternative wohl darin, in Europa insgesamt ähnliche Lebensbedingungen zu schaffen, um eine rein wirtschaftlich motivierte Migration zu reduzieren.<sup>74</sup> Viel einfacher wäre es aber, die Zuwanderung von anderen Menschen als etwas Positives anzusehen und von dieser Vielfalt, die innerhalb der Europäischen Union besteht, zu profitieren. Doch sofern der menschliche und nationale Egoismus nicht überwunden werden kann, verschließen wir uns diesen vielfältigen Austauschmöglichkeiten, welche die Unionsbürgerschaft mit ihrer Freizügigkeit gerade ermöglicht und sitzen lieber mutterseelenallein in unserem Schrebergarten. Ach Europa, so schön du auch sein magst, so unerreichbar bist du (noch)!

Wenn also die europäische Integrität und Identität gefördert werden soll, dann muss künftig der soziale Bürger in den Vordergrund treten. Soll das verhindert werden, bestünde die Alternative wohl darin, in Europa insgesamt ähnliche Lebensbedingungen zu schaffen, um eine rein wirtschaftlich motivierte Migration zu reduzieren.<sup>74</sup> Viel einfacher wäre es aber, die Zuwanderung von anderen Menschen als etwas Positives anzusehen und von dieser Vielfalt, die innerhalb der Europäischen Union besteht, zu profitieren. Doch sofern der menschliche und nationale Egoismus nicht überwunden werden kann, verschließen wir uns diesen vielfältigen Austauschmöglichkeiten, welche die Unionsbürgerschaft mit ihrer Freizügigkeit gerade ermöglicht und sitzen lieber mutterseelenallein in unserem Schrebergarten. Ach Europa, so schön du auch sein magst, so unerreichbar bist du (noch)!

*\* Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im achten Fachsemester. Sie ist derzeit studentische Hilfskraft in der Studienberatung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät. Dieser Artikel beruht auf einer im März 2016 erstellten Arbeit im Rahmen des Seminars zum Thema "Ever Closer Union oder Co-*

<sup>62</sup> Ebd.

<sup>63</sup> Ebd.

<sup>64</sup> Vgl. Wallrabenstein JZ 2016, 109 (118).

<sup>65</sup> Wallrabenstein JZ 2016, 109 (118).

<sup>66</sup> Vgl. Farahat DÖV 2016, 45 (54).

<sup>67</sup> Farahat DÖV 2016, 45 (55).

<sup>68</sup> Wallrabenstein JZ 2016 109 (120).

<sup>69</sup> Vgl. ebd.

<sup>70</sup> Vgl. ebd.

<sup>71</sup> Vgl. Hilpold EuR 2015, 133 (146).

<sup>72</sup> Vgl. Farahat NZS 2014, 490 (495).

<sup>73</sup> Huber EuR 2013, 637 (649).

<sup>74</sup> Vgl. Bülow ZAR 2015, 181 (182).

*ming Apart: Die Grundlagen der europäischen Integration"*  
*unter der Leitung von Prof. Dr. Ulrich Haltern*

# Über das Betreten „verfassungsrechtlichen Neulands“ in der mündlichen Verhandlung über das Tarifeinheitsgesetz

—  
*Anne-Kathrin Haag und Anna Liesenfeld \**

Der Artikel behandelt den ersten Teil der mündlichen Verhandlung über das Tarifeinheitsgesetz vor dem BVerfG. Verhandelt wurde über mehrere Verfassungsbeschwerden, die in dem Gesetz einen Verstoß gegen die Koalitionsfreiheit, gewährleistet durch Art. 9 Abs. 3 GG, sehen.

## A. Einleitung

„Wir betreten einfach- und verfassungsrechtlich Neuland.“ Dies war eine der ersten Aussagen des Vizepräsidenten des Bundesverfassungsgerichts Ferdinand Kirchhofs als er am Dienstag, den 24.01.2017, die zweitägige mündliche Verhandlung über die Verfassungsmäßigkeit des Tarifeinheitsgesetzes in Karlsruhe eröffnete.

Wie sich herausstellen sollte, hatte er damit nicht untertrieben, denn wesentliche Punkte der Auslegung und Anwendbarkeit des Gesetzes erwiesen sich, hauptsächlich im Verhältnis zu Art. 9 Abs. 3 GG, als klärungsbedürftig.

Die Gesetzesnovelle sieht vor, dass Tarifkollisionen innerhalb eines Betriebes in Zukunft nach dem Mehrheitsprinzip entschieden werden sollen. Demnach findet gemäß § 4a Abs. 2 S. 2 TVG nur der Tarifvertrag der Gewerkschaft Anwendung, „die zum Zeitpunkt des Abschlusses des zuletzt abgeschlossenen kollidierenden Tarifvertrags im Betrieb die meisten in einem Arbeitsverhältnis stehenden Mitglieder hat“. Die „Minderheitsgewerkschaften“ können gemäß § 4a Abs. 4 TVG „die Nachzeichnung der Rechtsnormen eines mit ihrem Tarifvertrag kollidierenden Tarifvertrags verlangen“. Seitdem das Bundesarbeitsgericht nach über 50 Jahren im Jahr 2010 seine Rechtsprechung von Tarifeinheit nach dem Spezialitätsprinzip hin zu Tarifpluralität innerhalb eines Betriebes wandelte, kritisieren die anwesenden Gewerkschaften das neue Gesetz als einen Rückschritt.

Im Folgenden soll aus der Sicht der Autorinnen der erste Verhandlungstag nachgezeichnet werden, die ihn mit einer Gruppe von Freiburger Studierenden besucht haben.

## B. Verhandlungsbeginn

Von den insgesamt zwölf gegen das Tarifeinheitsgesetz vorgebrachten Verfassungsbeschwerden waren fünf Beschwerdeführer vorgeladen: der Marburger Bund, die Vereinigung Cockpit, die Dienstleistungsgewerkschaft Ver.di, die Unabhängige Flugbegleiterorganisation (UFO) sowie der dbb Beamtenbund und Tarifunion. Diese sehen sich in ihrem Recht auf individuelle und kollektive Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG verletzt und rügen darüber hinaus eine Missachtung des Justizgewährungsanspruchs aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG sowie eine Verletzung ihrer Gleichheitsrechte. Anträge auf

Erlass einer einstweiligen Anordnung gem. § 32 Abs. 1 BVerfGG hatte das Bundesverfassungsgericht allerdings im Oktober 2015 als unbegründet abgelehnt, da keine irreversiblen Nachteile bis zur Entscheidung in der Hauptsache zu befürchten gewesen seien.

Als Vertreter der Bundesregierung waren unter anderem die Bundesarbeitsministerin Andrea Nahles und als deren Prozessvertreter Prof. Dr. Uwe Volkmann anwesend.

Gleich zu Beginn legte Vizepräsident Kirchhof die vielen strittigen und ungeklärten Fragen dar, die in den nächsten beiden Tagen im Fokus stünden und deren Beantwortung hoffentlich die Nebel um das Tarifeinheitsgesetz lichten würden. Der Senat sah sich somit vor die Herausforderung gestellt, zu ermitteln, wie das Tarifeinheitsgesetz in seiner Gesamtheit zu verstehen sei, zumal bislang nahezu keine Rechtsprechung dazu existiert.

Klärungsbedürftig war vor allem der Umfang des Gesetzes: Wird nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG der komplette Tarifvertrag der Minderheitsgesellschaft durch den der Mehrheit verdrängt oder jeweils nur die konkret kollidierenden Normen? Erfolgt die Verdrängung *ipso iure* oder erst durch Feststellung durch die Arbeitsgerichte?

Als von besonderer verfassungsrechtlicher Bedeutung erwies sich zum einen die Frage, inwiefern der Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG von der Ausgestaltung des Gesetzgebers abhängig sei - ob es sich also um ein normgeprägtes Grundrecht handele. Dann sei zu klären, ob das Tarifeinheitsgesetz denn eine Ausgestaltung oder einen Eingriff darstelle und schließlich inwieweit das Gesetz im Hinblick auf die Koalitionsfreiheit überhaupt verhältnismäßig sowie den Minderheitsgewerkschaften zumutbar sei.

## C. Einleitende Stellungnahmen

In einer ersten Stellungnahme machten die anwesenden Gewerkschaften deutlich, dass das Tarifeinheitsgesetz eine klare Gefährdung ihrer durch Art. 9 Abs. 3 GG vorbehaltlos gewährleisteten kollektiven Koalitionsfreiheit darstelle: Ein Grundrecht unter Mehrheitsvorbehalt zu stellen, schaffe dieses *de facto* ab.

Zur Begründung wurden folgende Argumente angeführt

1) Die Gewerkschaften befürchten eine *Schwächung der eigenen Verhandlungsposition*. Die Gewerkschaft UFO nannte hierfür ein konkretes Beispiel: Ihre Vertreter wiesen darauf hin, dass AirBerlin sich seit Inkrafttreten des Gesetzes weigere, überhaupt in Tarifverhandlungen mit ihnen einzutreten, da ohnehin feststehe, dass sie keine Mehrheit im Betrieb darstelle.

Auch der Marburger Bund führte an, erst durch die Tarifpluralität überhaupt zum gleichberechtigten Verhandlungspartner geworden zu sein. Das Tarifeinheitsgesetz hingegen degradiere ihn „zum Verein von Bittstellern am Katzentisch der Mehrheitsgewerkschaften“.

2) Wahres Ziel des Gesetzes sei eine *Beschränkung des Arbeitskampfrechts*. Die in § 4a Abs. 1 TVG genannten Ziele fungierten als bloßer Deckmantel. Dies sei ein „einfacher Tuschenspielertrick“ des Gesetzgebers und das Gesetz selbst ein „Wolf im Schafspelz“.

3) Die *Tarifpluralität* habe zu *keinen konkreten Missständen* in Betrieben geführt. Die Beschwerdeführer argumentieren, dass jegliche Kritik an der Tarifpluralität auf bloßen Mutmaßungen beruhe.

4) Das Gesetz führe zu einer *Gefährdung des Betriebsfriedens*. Es schaffe gerade Konkurrenz unter den verschiedenen Gewerkschaften und nicht Kooperation. Langfristig würde sich eine Sogwirkung hin zur Mehrheitsgewerkschaft entfalten.

5) Das Tarifeinheitsgesetz sei eine *Existenzbedrohung für die kleinen Gewerkschaften*. Aufgrund der vielen ungeklärten Fragen hinsichtlich Anwendbarkeit und Auslegung sei es ein „*handwerklich schlecht gemachtes Gesetz*“. Solche Gesetze seien zwar nicht grundsätzlich verfassungswidrig, jedoch sei die Grenze hier überschritten. Die Verdrängung der Tarifverträge der Minderheitsgewerkschaften, komme einem Verbot dieser Gewerkschaften gleich.

Die Bundesarbeitsministerin, Frau Nahles, wies die Vorwürfe der Gegenseite entschieden zurück und betonte, das Gesetz solle den Gewerkschaften Impulse geben, ihre Rechte gegenüber dem Arbeitgeber solidarisch wahrzunehmen. Es habe die Intention, Anreize zur Kooperation und Abstimmung der Gewerkschaften untereinander zu geben, um Tarifkollisionen von vorneherein zu vermeiden. Das Tarifeinheitsgesetz wolle der „*Sozialpartnerschaft Raum und Rahmen geben*“.

## D. Gewährleistungsgehalt

Der Senat begann damit, zu erfragen, ob und wie der Gewährleistungsgehalt von Art. 9 Abs. 3 GG durch das Tarifeinheitsgesetz betroffen sei. Einigkeit zwischen Bundesregierung und Beschwerdeführern herrschte zumindest darüber, dass diesem Grundrecht eine „Doppelfunktion“ zukomme, da es sowohl individuelle als auch kollektive Freiheiten schütze. An dieser Stelle endete jedoch bereits der Konsens: Der Prozessvertreter der Bundesregierung machte deutlich, dass das Gesetz eine inhaltliche Ausgestaltung von Art. 9 Abs. 3 GG darstelle. So etwas wie einen „*naturwüchsigen Zustand*“ der Tarifautonomie gäbe es überhaupt nicht. Außerdem verhindere das Tarifeinheitsgesetz den Abschluss von Tarifverträgen nicht. Art. 9 Abs. 3 GG sei, so wie auch Art. 14 Abs. 1 GG, ein normgeprägtes Grundrecht, welches ohne die äußere Grenze der Institutsgarantie nicht bestehen würde. Nachfragen der Richter, ob diese Sichtweise nicht im Widerspruch zu der durch das Grundrecht ausdrücklich gewährten Freiheit stehe, verneinte Prof. Volkmann deutlich. Bei der Frage, ob es sich bei dem Tarifeinheitsgesetz denn nun um eine Ausgestaltung oder einen Eingriff

handele, da die Koalitionsfreiheit doch gerade belastet sei, wenn der Tarifvertrag einer Mehrheitsgesellschaft nicht mehr gelte, geriet Prof. Volkmann aber sichtlich ins Schwitzen. Dies führte dazu, dass er den Eingriff zunächst einmal bejahte und Richter Kirchhof beinahe enthusiastisch einwarf, dass man sich dann ja wohl einig sei. Prof. Volkmann schien bewusst zu werden, was er gerade gesagt hatte – der aufmerksame Zuschauer konnte wahrnehmen, wie sich Frau Nahles die Hand vors Gesicht schlug – und revidierte die Aussage umgehend. Er habe natürlich sagen wollen, dass es sich um eine Ausgestaltung handele. Die Beschränkung des Arbeitskampfrechts und der angebliche Kooperationszwang seien weder angestrebt noch würden sie in der befürchteten Form zutage treten.

Frau Nahles ergänzte die Ausführungen ihres Prozessvertreters dahingehend, dass es sich um eine Ausgestaltung handele, und betonte, dass das Tarifeinheitsgesetz einen Strategiewechsel durch den Gesetzgeber einleite, der von den Gewerkschaften offensichtlich abgelehnt werde. Die Anwendung von § 4a Abs. 2 S. 2 TVG erfolge ohnehin nur im Streitfall, wenn die Gewerkschaften also von Anfang an kooperierten, träten gar keine Probleme auf. Die Wirkung des Gesetzes liegt somit scheinbar weniger in seiner Anwendung als in seiner Androhung.

Man könnte nun annehmen, dass es aufgrund der nicht ganz so überzeugenden Performance der Bundesregierung bis hierher für die Gewerkschaften wohl ein Leichtes gewesen sein müsste, die Richter von ihrer Betroffenheit zu überzeugen. Es muss fairerweise hinzugefügt werden, dass es die Bundesregierung in der Rechtfertigungsposition natürlich generell schwerer hatte als die Beschwerdeführer. Letzteren gelang es leider nur mäßig, ihrer konkreten Betroffenheit Ausdruck zu verleihen. Man fragte sich als Zuschauer teilweise sogar, ob verschiedene Vertreter der Gewerkschaften, einige Fragen der Richter erst gar nicht verstanden hatten. Vielleicht war es aber auch einfach bewusstes Ausweichen, da man schlicht keine fundierten Antworten auf die Fragen zu geben wusste. Auch die Unterstützung einiger Richter, bei denen man den Eindruck hatte, dass diese den Gewerkschaften die Argumente auf dem Silbertablett servierten, wurde wohl nicht immer erkannt. Es fiel auf, dass es den Vertretern der Gewerkschaften sichtlich schwerfiel, ihre Positionen zu verdeutlichen und ihren Standpunkten ein Fundament zu geben.

Die Beschwerdeführer brachten zum Ausdruck, dass die Koalitionsfreiheit dem Minderheitenschutz diene. Das Tarifeinheitsgesetz schaffe allerdings eine „*Präferenzregel für die Mehrheit*“. Dies bedeute einen Eingriff sowohl in die ausgeübte Tarifautonomie, da bestehende Verträge der Minderheitsgewerkschaft keine Anwendung mehr finden, als auch in die auszuübende Tarifautonomie, weil zukünftige Tarifverhandlungen beeinträchtigt seien. Die Offenlegung der Mehrheiten, erlaube einen „*Rückschluss auf ihre Kampfstärke*“ wodurch Vertragsverhandlungen erschwert, beziehungsweise unmöglich gemacht würden, wenn man in der Minderheit sei. Daraus folge die Handlungsunfähigkeit der Minderheitsgewerkschaften. Des Weiteren führten die anwesenden Vertreter an, dass ständige Unsicherheit darüber bestehe, ob der ausgehandelte

Tarifvertrag denn nun zur Anwendung komme. Man befürchte eine Bevorzugung der DGB-Gewerkschaften, die das Gesetz auch mitinitiiert hätten, und rügte den Kooperationszwang. Der DGB hielt dem entgegen, dass der „Zwang zur Kooperation durchaus heilsam sein kann“. Die klagenden Gewerkschaften versagten dem ihre Zustimmung und argumentierten, dass das Tarifeinheitsgesetz gerade Anreize schaffe, die anderen Gewerkschaften zu verdrängen. Statt zum Zusammenhalt beizutragen, führe es vielmehr zu einer Entsolidarisierung und einem „Kampf aller gegen alle“.

## E. Auslegung des Tarifeinheitsgesetzes

Spannend wurde es bei den Fragen zur Auslegung des Gesetzes. Der Senat führte zunächst an, dass er ja eigentlich nicht für die Auslegung einfachen Rechts zuständig sei, aber da es bislang kaum Rechtsprechung gäbe, müsste eben erst der Gegenstand der Verfassungsbeschwerden geklärt werden. Dieser Teil der Verhandlung erwies sich für den Zuschauer als fast amüsante Darbietung verschiedener Hypothesen und Spekulationen. Auch den Richtern war aufgrund vieler Nachfragen anzumerken, dass die mehr oder weniger unsicheren und nicht vollends deutlichen Äußerungen beider Seiten eher für Verwirrung als für Aufklärung sorgten. Vizepräsident Kirchhof sprach schließlich von einem „bunten Strauß an Meinungen“.

In Bezug auf das Arbeitskampfrecht der Gewerkschaften herrschte großer Dissens zwischen der Bundesregierung und den Beschwerdeführern. Letztere stellten die Frage, wie sich eine absehbare betriebliche Kollision auf ihre Position in Tarifverhandlungen und damit insbesondere auf ihr Hauptdruckmittel, den Streik, auswirken würde: Wenn ihr Tarifvertrag keine Anwendung mehr finden könne, gehe damit auch der Verlust ihres Streikrechts einher. Es bestehe ein hohes Risiko der Unverhältnismäßigkeit des Streiks und daraus folgend die Forderung nach Schadensersatz. Man könne damit faktisch als Minderheitsgewerkschaft nicht mehr für die Durchsetzung eigener Forderungen streiken. Prof. Volkmann entgegnete dem, dass der Arbeitskampf durch das Gesetz allerdings bewusst nicht geregelt worden und die Feststellung der Rechtmäßigkeit weiterhin Sache der Arbeitsgerichte sei. Die Gewerkschaften waren davon nicht überzeugt. Als einziges rechtmäßiges Streikziel bliebe ihnen nur das Nachzeichnungsrecht. Für einen solchen Streik könne aber wohl niemanden bewegt werden. Stattdessen beginne ein „Wettbewerb um Mehrheiten“, um beim Auslaufen des Mehrheitsvertrages diese zahlenmäßig zu übertreffen. Zur Befriedung innerhalb des Betriebes trage dies sicher nicht bei.

Die Regierung beschrieb das Nachzeichnungsrecht als Instrument dafür, zu verhindern, dass die Mitglieder einer Minderheitsgewerkschaft tariflos würden. Zudem würde es dem Beitrittsdruck zur Mehrheitsgewerkschaft entgegenwirken. Allerdings besteht das Recht gemäß § 4 Abs. 4 S. 2 TVG nur bei einem abgeschlossenen Tarifvertrag, der zeigt, dass die Gewerkschaften überhaupt in der Lage sind, einen solchen abzuschließen. In der Reichweite gehe das Nachzeichnungsrecht so weit wie die im Vertrag der Mehrheitsgewerkschaft gewährten Rechte und zeitlich nicht über dessen Dauer hinaus.

Wenn die Minderheitsgewerkschaft nur partiell nachzeichnen dürfe, sei das vertragliche Gleichgewicht gestört. Die Gewerkschaften brachten vor, dass einige Arbeitgeber wohl gar nicht mehr mit den Minderheitsgewerkschaften verhandeln wollen würden und das Tarifeinheitsgesetz eine „*schiefe Ebene zugunsten der Branchengewerkschaften*“ schaffe, sodass das kompensatorische Recht der Nachzeichnung als „*kollektives Betteln*“ erscheine. Es bedeute gleichsam den „*tarifpolitischen Tod*“.

Einen weiteren sehr strittigen Punkt warf die Frage danach auf, wie das Tarifeinheitsgesetz zur Anwendung komme: *Ipsio iure* oder erst durch gerichtliche Feststellung der Tarifkollision? Und wirke es dann *ex tunc* oder *ex nunc*? Wie gestaltet sich die inhaltliche und zeitliche Verdrängung konkret? Das Gesetz selbst trifft in diesen Punkten keine Regelung und der Raum für eine breitgefächerte Argumentation war somit eröffnet:

Die Bundesregierung behauptete, dass das Gesetz keinerlei Auslegungsprobleme bereite. Die Verdrängung erfolge *ipso iure*. Grundsätzlich würden schon im Kollisionsfall alle Tarifverträge der Minderheitsgewerkschaften verdrängt, ansonsten stünden diesen eventuell weitreichende Rechte zu. Das heißt, wenn eine Minderheitsgewerkschaft Tarifverträge sowohl über den Lohn als auch über die Arbeitszeiten geschlossen hat, die Mehrheit aber nur über den Lohn, entfällt der Vertrag über die Arbeitszeitenregelung.

Die Gewerkschaften waren sich nicht ganz darüber einig, wie die Anwendung erfolgen soll. Nach dem Wortlaut des Gesetzes, der nichts über eine gerichtliche Feststellung sage, und seinem Sinn und Zweck nach, der ja gerade auch die Ordnungsfunktion beinhalte, erscheine eine Anwendung *ipso iure* logisch und seine zeitliche Wirkung erfolge *ex tunc*. Für eine gerichtliche Feststellung spreche aber, dass andernfalls erhebliche Rechtsunsicherheit darüber bestehen würde, welcher Vertrag Anwendung fände, und man die Mehrheit wohl nur schwer ermitteln könnte. In diesem Fall könne die Verdrängung dann nur *ex nunc* wirken. Vor dem Hintergrund dessen, dass das Gerichtsverfahren aber bis zu drei Instanzen durchlaufen muss/müsste, bis eine endgültige Feststellung über die Anwendbarkeit des Tarifvertrages einer Mehrheit getroffen ist, erscheine dies problematisch. Denn es könnte gut sein, dass der Mehrheitsvertrag bis zum Ende des Verfahrens bereits ausgelaufen ist. Einig war man sich auch nicht über die inhaltliche Reichweite der Verdrängungswirkung: Von einer nur partiellen Verdrängungswirkung bis hin zur Gesamtverdrängung war alles zu hören. Bedenken hinsichtlich der Sicherung der Altersvorsorge, begegnete Prof. Volkmann damit, dass einmal erlangte Ansprüche bestehen bleiben sollten und nicht verdrängt werden könnten.

Auch die Fragen, ob es eine Nachwirkung der Tarifverträge der Minderheitsgewerkschaften gäbe, also ob die Minderheitsgewerkschaft nach Ende des Mehrheitsvertrages an dessen Nachwirkung teilhat oder ob ab diesem Zeitpunkt der Minderheitenvertrag wieder anwendbar werde und ob das Gesetz dispositiv sei, wurden unterschiedlich beantwortet. Zudem schien unklar zu sein, wann überhaupt eine Kollision vorläge.

## F. Tatsächliche Folgen

Hinsichtlich der tatsächlichen Folgen brachte die Bundesregierung vor, dass es seit Inkrafttreten des Gesetzes keine problematischen Fälle gab. Es habe seine Befriedungsfunktion somit schon unter Beweis gestellt.

Die Gewerkschaften verwiesen jedoch auf Verschärfungen in laufenden Tarifverhandlungen und sagten, dass die in der einstweiligen Anordnung geltend gemachten und vom Bundesverfassungsgericht als unzureichend bezeichneten schweren Nachteile eben doch eingetreten seien. Auch die Ärztegewerkschaft Marburger Bund, der sich während der gesamten Verhandlung als ewige Minderheit stilisierte, wiederholte noch einmal, dass die Ärzte im Betrieb wohl nicht mehrheitsbildend wirken könnten. Sie würden gerne eine Berufsgruppengewerkschaft bleiben, doch sehe man sich gerade wegen des neuen Gesetzes gezwungen, wenn dies erforderlich würde, eben eine Branchengewerkschaft für den ganzen Gesundheitsbereich zu werden. Auf diese Weise würden dann gerade Konkurrenzen entstehen. Die Bundesregierung jedoch zeigte sich weiterhin überzeugt, dass das Gesetz die Kooperation gerade fördere, diese aber auch nicht erzwingen. Der Mitgliederwerbungskampf sei doch zudem normal.

## G. Résumé

Abschließend lässt sich festhalten, dass ein Eindruck von großer Uneinigkeit über wesentliche Punkte des Gesetzes bleibt: Nicht nur zwischen den Gewerkschaften und der Bundesregierung, sondern auch unter den Richtern, die durch ihre Fragen teilweise der Bundesregierung und teilweise den Gewerkschaften immer wieder Bälle zuspielten, sodass sich die rechtliche

Bewertung der einzelnen Richter manchmal errahnen ließ.

Die Bundesregierung hatte zwar teilweise Schwierigkeiten ihr Gesetz überzeugend zu begründen, aber auch die Gewerkschaften hatten Probleme ihre konkrete Betroffenheit glaubhaft zu machen. Ihre Abneigung gegen das Gesetz wirkte ein wenig wie Prinzipienreiterei, die auf rein hypothetischen Überlegungen beruhte. Fraglich ist, ob es im Hinblick auf die Koalitionsfreiheit verhältnismäßig sein kann, dass es zu einer totalen Verdrängungswirkung des Tarifvertrages der Minderheitsgewerkschaften kommt, auch wenn das Nachzeichnungsrecht hingegen nur Teile des Mehrheitsvertrages erfasst. Auch die Anwendbarkeit des Gesetzes sowie die Frage nach dem Minderheitenschutz durch das Nachzeichnungsrecht konnte in der Verhandlung nicht geklärt werden. Es bleibt also abzuwarten, wie das Bundesverfassungsgericht voraussichtlich im Herbst dieses Jahres entscheiden wird. Vor dem Hintergrund der strittigen Punkte erscheint es unwahrscheinlich, dass das Gesetz für komplett verfassungsgemäß erklärt werden wird. Es ist allerdings denkbar, dass Teile unter Verweis auf den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers aufrechterhalten werden.

*\* Die Autorinnen studieren im dritten Fachsemester Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Beide sind studentische Hilfskräfte am Institut für Öffentliches Recht, Abt. 5: Verfassungsrecht, Lehrstuhlinhaber Bundesverfassungsrichter Prof. Dr. Johannes Masing. Anna Liesenfeld ist ferner studentische Hilfskraft am Institut für Medien- und Informationsrecht, Abt. 2: Europäisches Informations- und Infrastrukturrecht, Lehrstuhlinhaber Prof. Dr. Jens-Peter Schneider.*

# Die Pläne der Justizministerkonferenz zur Reform des Jurastudiums

## Eine Zwischenbilanz

Prof. Dr. Jan von Hein \*

Die Justizministerkonferenz bereitet gegenwärtig eine Reform des Jurastudiums vor, die zu einer Ausdünnung des Pflichtfachstoffs und zu einer geringeren Gewichtung der Schwerpunktbereiche in der Ersten Juristischen Prüfung führen soll. Im vorliegenden Beitrag wird eine kritische Zwischenbilanz der bisherigen reformpolitischen Diskussion, insbesondere im Hinblick auf die geplante Streichung des Internationalen Privatrechts aus dem Pflichtfachbereich, gezogen.

### A. Einführung

Die Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder (Justizministerkonferenz – JuMiKo) hatte am 6. 11. 2014 den Koordinierungsausschuss (KOA) damit beauftragt, Empfehlungen zu einer Reform der Juristenausbildung zu erarbeiten.<sup>1</sup> Dieser Bericht wurde im Herbst 2016 vorgelegt.<sup>2</sup> Der Anlass für die Änderungsbestrebungen bestand in einer doppelten Unzufriedenheit, erstens mit der durchschnittlichen Länge des juristischen Studiums,<sup>3</sup> zweitens mit der Ausgestaltung der Schwerpunktbereiche in der universitären Ausbildung. Der erste Punkt wird aus Sicht der JuMiKo auf eine wuchernde Stofffülle im Pflichtfachbereich zurückgeführt, die im Interesse einer besseren Studierbarkeit des Fachs beschnitten werden müsse.<sup>4</sup> Unausgesprochen dient die Vereinheitlichung des Pflichtfachkatalogs aber auch dem Eigeninteresse der Landesjustizprüfungsämter, leichter als bisher Klausuren über Ländergrenzen hinweg austauschen zu können, ohne diese an je nach Bundesland divergierende Vorgaben für den Pflichtfachstoff anpassen zu müssen. In Bezug auf die Schwerpunktbereiche werden vielfach unterschiedliche Standards in der Notengebung, eine Verzerrung der durchschnittlichen Noten nach oben sowie eine zu große Belastung der Studierenden beklagt, die sich negativ auf den Examenserfolg im Staatsteil auswirke.<sup>5</sup> Um diesen aus Sicht der JuMiKo vorhandenen Mängeln abzuhelfen, schlägt der KOA einschneidende Maßnahmen vor: erstens eine weitreichende Vereinheitlichung des Pflichtfachstoffkatalogs über Ländergrenzen hinweg,<sup>6</sup> zweitens eine drastische Reduzierung des Gewichts der Schwerpunktbereiche im

Examen.<sup>7</sup> Daneben enthält der Abschlussbericht der KOA mehrere, zum Teil eher technische Empfehlungen zu organisatorischen Fragen der Prüfungszulassung und -durchführung.<sup>8</sup> Auf ihrer Herbstkonferenz am 17. 11. 2016 fasste die JuMiKo den Beschluss, „dass der Bericht eine sachgerechte Diskussionsgrundlage für eine weitere Angleichung der Prüfungsbedingungen sowie für eine weitere Harmonisierung und Begrenzung des Pflichtstoffs der juristischen Fakultäten darstellt“.<sup>9</sup> In der Praxis, insbesondere in Kreisen der Anwaltschaft, sowie in der rechtswissenschaftlichen Fachöffentlichkeit sind aber einige wesentliche Punkte des von der KOA vorgelegten Reformprogramms auf heftigen Widerspruch gestoßen.<sup>10</sup> In dem vorliegenden Beitrag soll ein knapper Bericht über den gegenwärtigen Stand der Reformdiskussion gegeben werden.

### B. Vereinheitlichung des Pflichtfachstoffs

Im strafrechtlichen Bereich fallen die vorgeschlagenen Änderungen gegenüber der bisherigen Rechtslage eher gering aus.<sup>11</sup> Im Öffentlichen Recht wecken die in Erwägung gezogene Herabstufung des Bauplanungsrechts und des Europarechts zu Überblicksfächern Bedenken, weil das Baurecht zum Kern jedes öffentlich-rechtlich arbeitenden Anwalts gehört und die Reduzierung des Europarechts auf ein bloßes Überblicksfach sich nur schwer damit verträgt, dass andererseits europarechtliche Bezüge der anderen Pflichtfächer als Prüfungsgegenstand ohne Einschränkung vorgesehen werden.<sup>12</sup> Ferner erscheint es wenig zeitgemäß, dass das Völkerrecht nicht explizit in den Pflichtfachkatalog aufgenommen werden soll.<sup>13</sup> Auch im Beamtenrecht werden praxisferne Lücken moniert.<sup>14</sup>

Im Zivilrecht werden in den Büchern 1 bis 3 des BGB eher überschaubare Änderungen vorgeschlagen, über die man im

<sup>7</sup> KOA II 84 ff.

<sup>8</sup> KOA III 1 ff.

<sup>9</sup>

Der Beschluss ist abrufbar unter [https://www.justiz.nrw/JM/leitung/jumiko/beschluesse/2016/Herbstkonferenz-2016/top8\\_-\\_bericht\\_des\\_ausschusses\\_zur\\_koordinierung\\_der\\_juristenausbildung\\_herbstkonferenz.pdf](https://www.justiz.nrw/JM/leitung/jumiko/beschluesse/2016/Herbstkonferenz-2016/top8_-_bericht_des_ausschusses_zur_koordinierung_der_juristenausbildung_herbstkonferenz.pdf).

<sup>10</sup> Siehe insbesondere zu den Streichungsplänen in Bezug auf das IPR und das Familienrecht sogleich unter II.

<sup>11</sup> KOA I 44 ff., vgl. die Stellungnahme der *Rechtswissenschaftlichen Fakultät* der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg zur geplanten Koordinierung der Juristenausbildung vom 14. 7. 2016, S. 3.

<sup>12</sup> KOA I 48 ff.; vgl. Stellungnahme der *Freiburger Fakultät* (Fn. 11), S. 3.

<sup>13</sup> KOA I 46 verweist auf Art. 23–25 GG; vgl. bereits die Resolution der *Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht (DGIR)* v. 16. 3. 2016, abrufbar unter [http://www.dgfir.de/workspace/media/documents/resolutiondgir\\_16-03-2016.pdf](http://www.dgfir.de/workspace/media/documents/resolutiondgir_16-03-2016.pdf), sowie *Hobe/Marauhn/Nolte*, Grundausbildung im Internationalen Recht, JZ 2013, 732 f.

<sup>14</sup> *Lege*, Zum Stand der Koordinierung der Juristenausbildung, JZ 2017, 88 (90).

<sup>1</sup> Der Beschluss ist abrufbar unter [https://www.justiz.nrw/JM/leitung/jumiko/beschluesse/2014/herbstkonferenz14/1\\_9.pdf](https://www.justiz.nrw/JM/leitung/jumiko/beschluesse/2014/herbstkonferenz14/1_9.pdf).

<sup>2</sup> Der Bericht ist abrufbar unter [https://www.justiz.nrw/JM/schwerpunkte/juristenausbildung/bericht\\_ausschuss/KOA-Gesamtbericht-Herbst-2016-2\\_.pdf](https://www.justiz.nrw/JM/schwerpunkte/juristenausbildung/bericht_ausschuss/KOA-Gesamtbericht-Herbst-2016-2_.pdf). Er gliedert sich in eine Einleitung und drei Teile, die im Folgenden als KOA I, II, III zitiert werden.

<sup>3</sup> Siehe zur Studiendauer die statistischen Angaben in KOA II 69 ff.

<sup>4</sup> Vgl. das Bekenntnis zum „exemplarischen“ Lernen in KOA Einl. 9 f.

<sup>5</sup> KOA II 6 ff.

<sup>6</sup> KOA I 1 ff.

Einzelfall streiten mag.<sup>15</sup> Allerdings ist insbesondere die vom KOA angeregte Herausnahme des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) aus dem Pflichtstoff auf die berechnete Kritik des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes (DArbGV) gestoßen.<sup>16</sup> Erheblich umfangreicher fallen die Änderungen im Bereich des Familien- und Erbrechts aus.<sup>17</sup> Hier werden empfindliche Lücken in elementaren Fragen des Rechtslebens aufgerissen (etwa in Bezug auf die Eingehung und Scheidung der Ehe sowie die Abstammung) und die verbleibenden Gegenstände auf bloßes Überblickswissen herabgestuft.<sup>18</sup> Gänzlich gestrichen werden soll aus dem Pflichtfachkatalog das Internationale Privatrecht (IPR), d.h. diejenigen Normen, die darüber bestimmen, welches Recht auf einen Sachverhalt mit Auslandsberührung überhaupt Anwendung findet.<sup>19</sup> Insbesondere die letzten beiden Punkte haben in der reformpolitischen Diskussion erhebliche Kritik auf sich gezogen. Zu den Streichungen im Familienrecht hat die Wissenschaftliche Vereinigung für Familienrecht e.V. wie folgt Stellung genommen:

*„Ist es [...] wirklich im Sinne einer effizienten Juristenausbildung, eine juristische Disziplin aus dem Studium zu verbannen, die nicht nur sämtliche Bürger im Alltag betrifft, sondern auch rechtspolitisch dynamisch wie kaum ein anderes Rechtsgebiet ist, deren Diskussionen interdisziplinär und rechtsvergleichend geführt werden und die in Zeiten der Migration stets einen grenzüberschreitenden Blick erfordert? Soll wirklich eine rechtswissenschaftliche Zukunftsdisziplin, die für einen Großteil der Studierenden die berufliche Heimat werden wird, sei es in der Familiengerichtbarkeit, in der Anwaltschaft, im Notariat oder – auch dort braucht man gute Familienrechtler – in den Justizministerien von Bund und Ländern, als Gegenstand universitärer Ausbildung eliminiert werden? Das Gegenteil ist geboten: Angesichts des familienrechtlichen Bedarfs wäre es an der Zeit, das Familienrecht in der universitären Ausbildung zu stärken, um die künftigen Volljuristen auf ihre berufliche Zukunft vorzubereiten.“<sup>20</sup>*

Den heftigsten Widerspruch hat aber wohl der Vorschlag einer Streichung des IPR aus dem Pflichtfachkatalog hervorgehoben. Zwar hält der KOA in seinem Abschlussbericht ausdrücklich die – eigentlich unbestrittene – Einsicht fest: „Das internationale Privatrecht erhält angesichts von Globalisierung und Internationalisierung von Rechtsbeziehungen generell eine immer stärkere Bedeutung.“<sup>21</sup> Dem kann man nur voll und ganz zustimmen.<sup>22</sup> In eklatantem Widerspruch zur eigenen Prämisse<sup>23</sup> spricht sich der KOA aber sodann dafür aus, das IPR aus dem Pflichtfachkatalog zu streichen, und zwar mit der erstaunlichen, rein formalen Begründung, dass „in vielen Fällen inter-

ationale Abkommen das nationale (Kollisions-)Recht verdrängen“, diese aber „häufig nicht Bestandteil der zugelassenen Gesetzessammlungen sind“.<sup>24</sup> Hier hätte schon ein kurzer Blick in den *Schönfelder* gereicht, um sich vom offensichtlichen Gegenteil zu überzeugen.<sup>25</sup> Neben dem autonomen deutschen IPR, das im EGBGB kodifiziert und seit jeher im *Schönfelder* enthalten ist (Nr. 21), fließt das Kollisionsrecht heute vornehmlich aus EU-Verordnungen (und nicht mehr vorrangig aus Staatsverträgen), so insbesondere den Rom I- und II-Verordnungen zum internationalen Schuldrecht und der Rom III-VO zum internationalen Scheidungsrecht (vgl. Art. 3 Nr. 1 litt. a, b und d EGBGB). Alle drei genannten Rechtsakte wurden aber in den *Schönfelder* aufgenommen (Nrn. 21 a bis c). Und selbst ein – in der aktuellen Flüchtlingskrise besonders wichtiger – Staatsvertrag, die Genfer Flüchtlingskonvention (GFK), ist dort zumindest auszugswise (Art. 12 GFK über das Personalstatut der Flüchtlinge) in einer Fußnote zu Art. 7 EGBGB abgedruckt.<sup>26</sup> Die Behauptung, man könne derartige Gegenstände allein deshalb nicht prüfen, weil den Kandidaten die maßgebenden Rechtsgrundlagen im Examen nicht zur Verfügung stünden, trifft daher nicht zu.

Zur inhaltlichen Begründung für die Streichung des IPR führt der KOA an, „das internationale Privatrecht [sei] durch ein in sich geschlossenes Regelungssystem mit zahlreichen Spezifika [gekennzeichnet], das sich nicht ohne Weiteres auf andere Rechtsinstitute übertragen lässt und damit zum exemplarischen Lernen nur wenig geeignet ist“.<sup>27</sup> Auch dieser Argumentation ist entschieden widersprochen worden, und zwar insbesondere aus Kreisen der Anwaltschaft.<sup>28</sup> Die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) hat hierzu ausführlich wie folgt Stellung genommen:

*„Es trifft nicht zu, dass sich das Internationale Privatrecht mit seinem geschlossenen Regelungssystem und seinen zahlreichen Spezifika nur wenig zum exemplarischen Lernen eignet. Denn gerade das Internationale Privatrecht lehrt Strukturen, die auch in zahlreichen anderen Rechtsgebieten (wie dem Vertragsrecht, dem Arbeitsrecht und dem Familienrecht) zu beachten sind, dort aber klassischerweise nicht hinreichend unterrichtet werden (wünschenswert wäre etwa bei der Unterrichtung des Kaufrechts stets auch vergleichend das häufig vorrangige UN-Kaufrecht mit zu unterrichten). Strukturell wichtig ist insbesondere die Vermittlung der im Rechtsalltag zu beachtenden Unterscheidung zwischen Völkerrecht, nach Artikel 288 Abs. 2 AEUV unmittelbar in allen Mitgliedsstaaten der EU anwendbarem Verordnungsrecht sowie harmonisierten und autonomen nationalem Recht. Diese Gründe tragen auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass mit der Einbeziehung des Europarechts und der europarechtlichen Bezüge in den Prüfungsstoff bereits grenzüberschreitende Rechtsbeziehungen im Prüfungsstoff berücksichtigt sind. Dabei ist schließlich zu bedenken,*

<sup>15</sup> KOA I 29 ff.; vgl. *Lege*, JZ 2017, 88 (89).

<sup>16</sup> KOA I 42 f.; vgl. *Deutscher Arbeitsgerichtsverband*, Stellungnahme zur geplanten Anpassung des Pflichtfachstoffs im staatlichen Teil der ersten juristischen Prüfung und zur Modifikation der universitären Schwerpunktprüfung, RdA 2016, 371 (372).

<sup>17</sup> KOA I 33 ff.

<sup>18</sup> Stellungnahme der *Freiburger Fakultät* (Fn. 11), S. 2.

<sup>19</sup> KOA I 43 f.

<sup>20</sup> *Wissenschaftliche Vereinigung für Familienrecht e.V.*, Staatsexamen ohne Familienrecht?, FamRZ 2016, 1617.

<sup>21</sup> KOA I 43.

<sup>22</sup> Siehe zahlreiche Beispiele bei *Mansel/v. Hein*, *Wider die Provinzialisierung der Juristenausbildung*, NJW-aktuell 27/2016, S. 17.

<sup>23</sup> Dies rügt bereits die Stellungnahme Nr. 9/2017 des *Deutschen Anwaltvereins (DAV)* zum Bericht des KOA (Februar 2017), abrufbar über juris, S. 10.

<sup>24</sup> KOA I 43.

<sup>25</sup> So bereits *Pfeiffer*, *Internationales kleingeschrieben?*, IWRZ 2017, 3 (4).

<sup>26</sup> Was allerdings das OLG Karlsruhe nicht davon abhielt, (irrig) zu entscheiden, die Volljährigkeit eines Flüchtlings falle nicht unter Art. 12 GFK, s. OLG Karlsruhe NJW-RR 2015, 1284 mit abl. Anm. v. *Hein*, FamRZ 2015, 1820.

<sup>27</sup> KOA I 43.

<sup>28</sup> *Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK)*, Stellungnahme Nr. 8/2017 zum Bericht des KOA, abrufbar über juris, S. 3 f.; *DAV* (Fn. 23) 10; *Graf von Westphalen*, *Sehnsucht nach dem Tellerrand*, IWRZ 2016, 193 (194).



dass das Internationale Privatrecht mittlerweile in weiten Teilen EU-weit über Verordnungsrecht angeglichen ist, sodass die Unterrichtung des Internationalen Privatrechts die Vermittlung des Europarechts in der auf Grund der Bedeutung des Internationalen Privatrechts in der Praxis in der gebotenen Weise ergänzt.

Die Bundesrechtsanwaltskammer weist darauf hin, dass die beabsichtigte Streichung des Internationalen Privatrechts der enormen Praxisrelevanz des Stoffes widerspricht und die grundlegende Bedeutung dieses Faches für die Methodenlehre übersehen wird. [...] Die Gefahren für die Justizpflege im Allgemeinen und die Rechtsanwaltschaft im Besonderen aus der geplanten Streichung werden nicht berücksichtigt. Die Bedeutung des Internationalen Privatrechts ist für die Beratung und Betreuung von Mandanten entscheidend, die sich im 21. Jahrhundert gegenüber dem Druck ausländischen Wettbewerbs und/oder bei Nutzung von im Ausland belegen Möglichkeiten für Einkauf oder Verkauf behaupten wollen. Hierfür braucht die Praxis Juristen, die die Wirtschaft in einem internationalen Umfeld begleiten können. Dies ist aus Sicht der Bundesrechtsanwaltskammer besonders wichtig mit Blick auf die Werbung der Anwendung deutschen Rechts im internationalen Rechtsverkehr, wofür sich die Bundesrechtsanwaltskammer mit der Kampagne Law – Made in Germany seit Jahren einsetzt. Schon heute reichen die viel zu geringen Zahlen der in Deutschland international ausgebildeten Juristen bei weitem nicht aus, um den Bedürfnissen der Praxis gerecht zu werden.<sup>29</sup>

Der letztgenannte Aspekt wird angesichts des bevorstehenden „Brexit“ absehbar an Bedeutung gewinnen, denn der sich abzeichnende Ausstieg Großbritanniens aus dem europäischen Internationalen Privat- und Verfahrensrecht eröffnet dem Justizstandort Deutschland beträchtliche neue Chancen im „Wettbewerb der Rechtsordnungen“.<sup>30</sup>

Auch außerhalb der Anwaltschaft ist die geplante Streichung des IPR auf Kritik gestoßen. Der DArbGV hat gefordert, dass „die internationalen Bezüge des Rechts prüfungsrelevant bleiben“.<sup>31</sup> Obwohl das Bundesjustizministerium im KOA lediglich eine beratende Stimme hat,<sup>32</sup> ist es aufschlussreich, dass auch der Ministerialdirigent im BMJV, Dr. Johannes C. Wichard, mit Kritik an den Streichungsplänen seiner Länderkollegen nicht hinter dem Berg hält:

„Die Internationalisierung der Rechtswirklichkeit muss sich auch in der Ausbildung niederschlagen. In der Praxis erleben wir es immer noch viel zu häufig, dass Anwälte, Richter oder Verwaltungsbeamte mit grenzüberschreitenden Fällen überfordert sind. Zu einer ersten Begegnung mit dem internationalen Privat- und Verfahrensrecht sollte es deshalb nicht erst in der praktischen Arbeit kommen. Rechtliche Provinzialität ist für den Exportweltmeister Deutschland keine Option.“<sup>33</sup>

Angesichts dieser klaren Stellungnahmen aus der Praxis kann es nicht überraschen, dass die geplante Streichung des IPR von akademischer Seite erst recht nahezu einhellig abge-

lehnt worden ist.<sup>34</sup> Der Deutsche Rat für Internationales Privatrecht<sup>35</sup> hat sich dafür ausgesprochen, das IPR bundesweit in seinen Grundzügen als Pflichtfach auszuweisen,<sup>36</sup> zumindest sollte bei einer Realisierung des KOA-Kataloges denjenigen Ländern, in denen es schon heute zum Pflichtfachbereich zählt (insbesondere Baden-Württemberg und Nordrhein-Westfalen), eine entsprechende Optionsmöglichkeit eingeräumt werden.<sup>37</sup> Die Gesellschaft für Rechtsvergleichung hat ebenfalls eine Resolution verabschiedet, in der das Streichungsvorhaben als „anachronistisch und provinziell“ bezeichnet und demgegenüber die Notwendigkeit betont wird, den Studierenden methodische Grundfertigkeiten im Umgang mit grenzüberschreitenden Fällen zu vermitteln.<sup>38</sup>

Angesichts dieses deutlichen Meinungsbildes in Rechtspraxis und -wissenschaft bleibt abzuwarten, ob die JuMiKo den nicht hinreichend durchdachten Empfehlungen des KOA in Bezug auf das IPR tatsächlich folgen wird.

### C. Geringere Gewichtung des Schwerpunktbereichs

In Bezug auf die Schwerpunktbereichsausbildung empfiehlt der KOA

den Anteil der Schwerpunktbereichsnote am Gesamtergebnis der Ersten Juristischen Prüfung von derzeit 30 % auf 20 % herabzusetzen,

– den Umfang der Schwerpunktbereichsausbildung von aktuell 16 SWS auf 10 bis 14 SWS zu verringern sowie

– die erforderlichen Prüfungsleistungen auf künftig zwei bis drei, davon mindestens eine schriftliche, zu vereinheitlichen.<sup>39</sup>

Insoweit haben die Empfehlungen des KOA zumindest in der Anwaltschaft ein freundlicheres Echo gefunden.<sup>40</sup> Allerdings fragt die BRAK mit Recht skeptisch danach, was sich an dem angeblichen Problem der Noteninflation und der Verletzung der Chancengerechtigkeit denn nachhaltig ändern würde, wenn der Schwerpunktbereich nicht mehr 30 %, sondern nur noch 20 % des Gesamtergebnisses ausmache, denn die Kernfrage der Notenverzerrung bliebe dadurch ungelöst.<sup>41</sup> Deutlich gelassener wird dieser Aspekt in der Wissenschaft bewertet, da

<sup>34</sup> St. Lorenz, Reform des Jurastudiums: Zurück in die Provinz, Legal Tribune Online, 3. 1. 2017, [http://www.lto.de/persistent/a\\_id/21647](http://www.lto.de/persistent/a_id/21647); Mansel/v. Hein, NJW-aktuell 27/2016, S. 17; Mansel/v. Hein/M.-P. Weller, Reform der Juristenausbildung: Staatsexamen ohne Internationales Privatrecht?, JZ 2016, 855 f.; Pfeiffer, IWRZ 2017, 3 f.; Rühl, EuZW 2016, 761 (762); G. Schulze/M. Groß, Juristenausbildung und Transnationalität, AnwBl 2016, 710 ff.; vereinzelt blieb bislang die abweichende Ansicht eines Öffentlichrechtlers: Classen, Staatsexamen ohne IPR? Zur Reform der Juristenausbildung, JZ 2016, 1051 f.

<sup>35</sup> Ein Gremium von Fachvertretern, welches das BMJV bei der Gesetzgebung auf dem Gebiet des IPR/IZVR berät, vgl. hierzu Hausmann, The German Council for Private International Law, EuLF 2005, I-124 f. Präsident des Rates und Vorsitzender der 1. Kommission (Familien- und Erbrecht) ist Mansel, Vorsitzender der 2. Kommission (Wirtschaftsrecht) ist der Verfasser dieses Beitrags.

<sup>36</sup> Deutscher Rat für IPR, IPR und Vereinheitlichung des Stoffes der staatlichen Pflichtfachprüfung, IPRax 2016, 619.

<sup>37</sup> Deutscher Rat für IPR, IPRax 2016, 619.

<sup>38</sup> Zimmermann, Resolution Studienreform und IPR, IPRax 2017, 209.

<sup>39</sup> KOA II 84 ff.

<sup>40</sup> DAV (Fn. 23) 12 ff.; zurückhaltender BRAK (Fn. 28) 5.

<sup>41</sup> BRAK (Fn. 28) 5.

<sup>29</sup> BRAK (Fn. 28) 4; vgl. auch DAV (Fn. 23) 10.

<sup>30</sup> Rühl, Brexit: Chance für den Justizstandort Deutschland, EuZW 2016, 761 (762).

<sup>31</sup> DArbGV, RdA 2016, 371.

<sup>32</sup> Vgl. Lege, JZ 2017, 88 in Fn. 2.

<sup>33</sup> Wichard, Kodifikation des Internationalen Privatrechts: Deutsche Erfahrungen und europäische Perspektiven dreißig Jahre nach der großen EGBGB-Reform von 1986, IPRax 2017, 118 (119).

die Noten des Schwerpunktbereichs und der Pflichtfachprüfung schon heute getrennt ausgewiesen werden.<sup>42</sup> Soweit der KOA eine gewisse Uneinheitlichkeit der Schwerpunktausbildung beklagt,<sup>43</sup> erscheinen diese Bedenken weniger durchschlagend, da eine Differenzierung der Ausbildungsprofile einzelner Fakultäten durchaus gewollt war, was auch der DArbGV betont.<sup>44</sup> Die Tatsache, dass an anspruchsvollen Fakultäten nach wie vor mit einem zum Teil sehr niedrig gesetzten Numerus Clausus gearbeitet werden muss, um der Bewerberzahlen Herr zu werden, deutet darauf hin, dass auch Studienanfänger durchaus zwischen einer soliden Ausbildung und bloßen Gefälligkeitsnoten zu unterscheiden wissen – das dürfte man auch von potenziellen Arbeitgebern vermuten.

#### D. Weitere Fragen

Schließlich befasst sich der KOA u.a. mit den Regelungen der Notenverbesserung. Insofern existieren zwei unterschiedliche Grundmodelle: Während in acht Ländern (z.B. Hamburg und Nordrhein-Westfalen) die Möglichkeit zur Notenverbesserung nur nach bestandenem Freiversuch eröffnet ist, können in den anderen Ländern (darunter Baden-Württemberg und Bayern) auch Erstsemester den Versuch einer Notenverbesserung unternehmen.<sup>45</sup> Der KOA erblickt hierin jedoch nach eingehender Erörterung keine statistisch signifikante Verzerrung der Chancengleichheit und hält es deshalb nicht für geboten, für sämtliche Länder eine einheitliche Regelung vorzuschlagen.<sup>46</sup> Hiergegen ist nicht zu Unrecht eingewandt worden, weshalb man, wenn die Notenverbesserung nach einem regulären Versuch

den Prüflingen nachweislich keinen statistisch nennenswerten Vorteil bringe, überhaupt an der Gewährung dieser Möglichkeit festhalten sollte, denn schließlich würden hiermit den Prüfern und Prüferinnen nicht unerhebliche zusätzliche Korrekturleistungen abverlangt.<sup>47</sup>

#### E. Ausblick

Es ist bedauerlich, dass die juristischen Fakultäten und die Anwaltschaft erst in vollem Umfang mit den Plänen der JuMiKo konfrontiert wurden, als diese bereits in Gestalt des Abschlussberichts des KOA weitgehend festgezurrt waren. Eine frühzeitigere Einbeziehung anwaltlicher Berufserfahrung und rechtswissenschaftlichen Sachverständigen hätte dazu beigetragen, den Anforderungen an eine zeitgemäße, weltoffene und international anschlussfähige Juristenausbildung in den Überlegungen des KOA ein stärkeres Gewicht zu geben, als dies im vorliegenden Bericht der Fall ist. So bleibt nur die Hoffnung, dass die JuMiKo sich noch zu den dringend notwendigen sachlichen Korrekturen der Empfehlungen des KOA entschließt.

*\* Der Autor ist seit April 2013 Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Ferner ist Prof. Dr. v. Hein professoraler Ansprechpartner für die Schwerpunktstudierenden im Bereich „Europäisches und Internationales Privat- und Wirtschaftsrecht“.*

<sup>42</sup> Lege, JZ 2017, 88 (89).

<sup>43</sup> KOA II 30 ff.

<sup>44</sup> DArbGV, RdA 2016, 371 (372).

<sup>45</sup> KOA III 24.

<sup>46</sup> KOA III 26 f.

<sup>47</sup> Lege, JZ 2017, 88 (89).

# „Denn ein Jurist, der nicht mehr denn ein Jurist ist, ist ein arm Ding“ ( Martin Luther)

## Ein Bericht über die Freiburg Refugee Law Clinic

*Manuel Leidinger\**

Während andere Freiburger Jurastudierende ihre freien Nachmittage nutzen, um Hausarbeiten zu schreiben oder sich auf Scheinklausuren vorzubereiten, bieten die Teilnehmer des Ausbildungsprogramms der Refugee Law Clinic regelmäßig Rechtsberatung für Geflüchtete an. Das Projekt ist in vollem Gange. Was es alles zu bieten hat und wie auch ihr es unterstützen und mitmachen könnt, erfahrt ihr in folgendem Artikel.

Vor den Räumlichkeiten der Refugee Law Clinic Freiburg am Schwabentorring herrscht großer Andrang. Jeweils zwei Beratungsteams, bestehend aus vier Personen, erwarten - mit Gesetzestexten zum Ausländerrecht ausgestattet – Ratsuchende aus Syrien, Afghanistan, Gambia, China und anderen Ländern. Die Geflüchteten wurden meistens in ihren Unterkünften auf die studentische Rechtsberatung aufmerksam gemacht.

Viele möchten wissen, was sie bei der Anhörung beim Bundesamt für Migration und Flüchtlinge erwartet und wie ihre Chancen für eine Aufenthaltserlaubnis oder Duldung stehen. Anderen kann schon mit der Weitergabe von Kontakten Freiburger Anwälte im Asyl- und Ausländerrecht geholfen werden. Zunächst nehmen die jungen Rechtsberater die Personalien und das Anliegen des Ratsuchenden auf. Dann entscheiden sie, ob sie sich dem Mandat fachlich gewachsen fühlen und es übernehmen dürfen. Den rechtlichen Rahmen ihrer unentgeltlichen Rechtsberatung steckt § 6 Abs. 2 Rechtsdienstleistungsgesetz ab.

Nachdem die ersten Refugee Law Clinics seit 2007 auf dieser Grundlage gegründet wurden, entstand die Refugee Law Clinic Freiburg offiziell im Juli 2015.

Einer der Initiatoren ist Paul König. „Während eines Praktikums in Mexiko nach dem Abitur habe ich ein größeres Problembewusstsein für die weltweite Abschottungspolitik gegenüber Geflüchteten entwickelt“, erklärt der Studierende im 6. Semester seine Motivation, die Refugee Law Clinic Freiburg mit ins Leben zu rufen.

Im Sommersemester 2016 ging das Ausbildungsprogramm an den Start. Dieses besteht aus einem Theorie-Modul, einem Praxis-Modul sowie einem Beratungsmodul. Im Rahmen des Theorie-Moduls wird unter anderem eine Vorlesung im Flüchtlingsrecht von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät angeboten. Die Teilnahme an einer Übung und einem Fallseminar im Migrationsrecht ist für das Praxis-Modul verpflichtend.

Zu dem Beratungskonzept erklärt Paul König: „In jedem Beratungsteam sollte eine Person sein, die das Ausbildungs-

programm bereits vollständig durchlaufen hat. Bei fachlichen Fragen sollte zudem jederzeit ein Anwalt kontaktiert werden. Aber natürlich werden die Studierenden anfangs ins kalte Wasser geworfen und auf Probleme stoßen, auf die sie nicht vorbereitet sind.“

Um die Beratungen zu optimieren, findet seit dem Wintersemester 2016/17 einmal monatlich ein Supervisionstreffen statt, bei dem die Teams Erfahrungen und Empfehlungen während ihrer Beratungstermine miteinander austauschen können. Zudem ist immer ein Anwalt dabei, der die Teams in fachlicher Hinsicht unterstützt.

Die Aktivitäten der Refugee Law Clinic beschränken sich aber nicht nur auf die studentische Rechtsberatung.

„Seit November 2016 bieten wir in Zusammenarbeit mit dem Diakonischen Werk Baden eine Fortbildung für die Anhörungsvorbereitung an. Diese richtet sich auch an Studierende anderer Fachrichtungen oder sonstige Interessenten“, erzählt Carolin Heinzel, die zur Zeit mit Fabian Grona den Vorstandsvorsitz der Refugee Law Clinic Freiburg innehat. „Außerdem finden regelmäßig Vorträge zu migrationspolitischen Themen statt. Im letzten Sommer haben wir zum Beispiel einen Paternalismus-Workshop organisiert, der auf die Gefahr der Bevormundung von Geflüchteten in der Asylpolitik aufmerksam macht.“

Inzwischen ist das Projekt innerhalb und außerhalb der Uni sehr gut vernetzt.

„Wir erfahren von vielen Lehrstühlen ein großes Entgegenkommen.“, so Fabian Grona. „In Freiburg pflegen wir formelle und informelle Kontakte zu karitativen Organisationen, wie dem Deutschen Roten Kreuz oder der Diakonie. Es ist uns auch wichtig, uns mit anderen Vereinen und Initiativen wie „Start with a friend“ auszutauschen und uns gegenseitig zu unterstützen.“

Bei Studierenden, die bereits von Anfang an berufspraktische Erfahrungen sammeln und dies mit einer sinnvollen, ehrenamtlichen Tätigkeit verbinden wollen, stößt die Refugee Law Clinic auf großes Interesse. Wie aber bekommt man die ehrenamtliche Beratungstätigkeit mit dem arbeitsintensiven Jurastudium unter einen Hut?

„Wie gut das machbar ist, ist natürlich von der Phase des Studiums abhängig“, sagt Carolin Heinzel. „Ich habe gelernt, die Arbeit für die Refugee Law Clinic in meinen Studienalltag

zu integrieren. Außerdem versuchen wir, die Aufgaben gut zu verteilen und möglichst viele Leute einzubinden.“

Durch die bundesweite Initiative RLCs abroad haben Freiburger Studierende aktuell auch die Möglichkeit einen kurzen Freiwilligendienst auf der griechischen Insel Chios zu absolvieren. Sie gilt als Transitzone für Geflüchtete, die aufgrund des EU-Türkei-Deals von dort aus zurück in die Türkei abgeschoben werden sollen. Auf Chios soll ein dauerhaftes Rechtsberatungsprojekt etabliert werden. Ziel ist es, die Geflüchteten über den Ablauf des Asylverfahrens und die Anhörung, welche über ihre Rückführung in die Türkei entscheidet, aufzuklären.

Die Studierenden wirken zusammen mit Volljuristen beim Aufbau des Projektes mit. Die Tätigkeit kann auch als juristisches Pflichtpraktikum anerkannt werden.

Die ersten drei Freiburger Jurastudierenden sind seit April 2017 auf Chios im Einsatz. Bis zum Ende des Projektzeitraums Ende April 2018 werden weitere „legal volunteers“ gesucht.

Von Martin Luther stammt das Zitat: „Denn ein Jurist, der nicht mehr denn ein Jurist ist, ist ein arm Ding.“ Auf die Teil-

nehmer der Refugee Law Clinic trifft dies sicher nicht zu. Hausarbeiten, Klausuren, Schwerpunktbereichsprüfungen und Examensvorbereitung machen für sie das Jurastudium noch lange nicht aus. Stattdessen werden sie durch ihr Ehrenamt als Rechtsberater an praktischen und zwischenmenschlichen Erfahrungen reicher.

Ihr könnt das Projekt refugee law clinics abroad durch eine Spende auf [betterplace.org](https://www.betterplace.org)<sup>1</sup> unterstützen. Außerdem ist jeder herzlich eingeladen, in das Ausbildungsprogramm der Refugee Law Clinic Freiburg einzusteigen. Nähere Informationen erhaltet ihr beim nächsten Mitgliederplenum oder auf [www.rlc-freiburg.org](http://www.rlc-freiburg.org).

*\* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und Redaktionsmitglied bei Freilaw.*

---

<sup>1</sup> [https://www.betterplace.org/de/projects/53040?utm\\_campaign=ShortURLs&utm\\_medium=project\\_53040&utm\\_source=PlainShortURL](https://www.betterplace.org/de/projects/53040?utm_campaign=ShortURLs&utm_medium=project_53040&utm_source=PlainShortURL)

# Rezension zu „Examensrepetitorium Zivilrecht“ von Prof. Dr. Christian Heinrich, 2016 (1. Auflage)

C.H. Beck, 44,90 € (ISBN 978-3-406-67024-4)

*cand. jur. Tilman Imm\**

Lange Zeit arbeitet man darauf hin und manches Mal scheint es wie ein Damoklesschwert über einem zu schweben: Das Erste Staatsexamen ereilt jeden angehenden Juristen früher oder später. Sechs Aufsichtsarbeiten in drei Wochen – die Hälfte davon im Privatrecht. Dementsprechend wichtig erscheint es, hier inhaltlich und zeitlich einen besonderen Schwerpunkt zu legen. Ob Examen mit oder ohne Repetitor: Gerade die letzten Wochen vor den Prüfungen sind von der Wiederholung des bereits Gelernten geprägt und können auch dazu dienen, noch einmal an der eigenen Falllösungstechnik zu feilen. Dabei stellt sich aufgrund der knapp bemessenen Zeit die Frage, welche studierendensorientierte Literatur einen guten Querschnitt bietet und zugleich vom Wissensstand eines unmittelbar angehenden Prüflings ausgeht, also zugleich einen Mehrwert bieten kann.

Christian Heinrich glaubt, genau hier eine Marktlücke entdeckt zu haben<sup>1</sup>, die er mit seinem Werk „Examensrepetitorium Zivilrecht – Examensklassiker anhand originalgetreuer Klausuren“ adressieren möchte. Auf knapp 600 Seiten widmet er sich in 22 Fällen weiten Teilen des examensrelevanten Privatrechts.

Dabei ist zunächst die Haptik des Werkes auffällig: Man hat das Gefühl, einen wertigen Katalog in den Händen zu halten. Das liegt zum einen daran, dass kein DIN A4 Format gewählt wurde und zum anderen an dem angenehm schweren Papier. Auch der Schriftsatz wurde gut ausgesucht, die Darstellung ist stets übersichtlich und es werden in vorbildlicher Weise Freiflächen an den Rändern genutzt, um zahlreiche Aufbauschemata und Hinweise zu Problemschwerpunkten zu integrieren. Kurz: Die optische Aufmachung des Werkes ist meiner Meinung nach tadellos und das Auge isst ja schließlich auch bei Lehrmaterial zu einem gewissen Grad mit.

Inhaltlich gleich eines vorweg: Wer einen Übungsfall in diesem Buch anfangen möchte, sollte ausreichend Zeit mitbringen, falls er – was zu empfehlen ist – eine eigene Lösungsskizze anfertigen, die Lösung lesen und sich nicht mehrmals wegen Unterbrechungen neu eindenken möchte. Das Konzept dieses Buches ist nämlich die Kombination aus Falllösung und Repetitorium. Dazu weist jeder Fall einen anderen inhaltlichen Schwerpunkt auf, der dann abseits von der eigentlichen Lösung mit „Wiederholungskästen“ zum jeweiligen Thema angereichert ist und der Repetition gern geprüfter Inhalte dient.

Dabei ist klar: Das examensrelevante Privatrecht ist bei weitem zu vielfältig, um hier auch nur ansatzweise einen Anspruch auf Vollständigkeit erheben zu können – falls die Rechtswissenschaften eine solche überhaupt kennen. Der Schwerpunkt der Auswahl aus 22 Fällen ist schuldrechtlich angesiedelt. Davon abgesehen sind sechs Fälle sachenrechtlicher Natur; zwei dem Arbeitsrecht und je ein Fall dem Familien- und Erbrecht gewidmet. Positiv fällt dabei auf, dass viele der Klausuren zivilprozessuale Teilaufgaben aufweisen, sodass gerade diesbezüglich ein ordentlicher Teil klassischer Probleme abgedeckt wird.

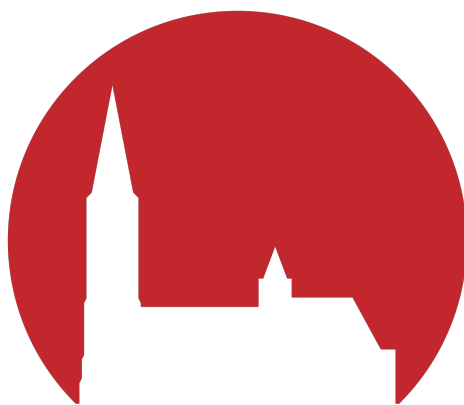
Die Klausuren selbst sind stets umfangreich und – dem Anspruch des Werkes entsprechend – zumeist von recht hohem Schwierigkeitsgrad, der auch Examenskandidaten zur gebotenen Konzentration zwingt. Die Darstellung der Schwerpunkte und Probleme der Fälle in den Lösungen gelingt gut und die zum Teil divergierenden Meinungen werden stets in Form von anschaulichen Diagrammen dargestellt.

Negativ ist jedoch anzumerken, dass über jedem Fall unübersehbar die jeweiligen inhaltlichen Schwerpunkte aufgelistet sind. Zur Übung für den Ernstfall gehört nach meinem Erachten zu einem wesentlichen Teil die unvoreingenommene Analyse möglichst vieler Sachverhalte, um für bestimmte Formulierungen und Hinweise des Aufgabenstellers sensibilisiert zu werden. Dem könnte man hier – wie fairerweise aber auch in sehr vielen anderen Fallbüchern – besser dadurch gerecht werden, dass man neutrale Überschriften wählt und die Sichtung der Problemkreise vollständig den Bearbeitern überlässt und Problemschwerpunkte in das Inhaltsverzeichnis verbannt. Außerdem sollte die Preispolitik überdacht werden. Zwar verbringt man wirklich einige Zeit mit diesem Buch, wenn man alle Fälle sauber und gewinnbringend bearbeiten will. Knapp 45 € sind für ein studierendensorientiertes Werk aber absolut an der Schmerzgrenze, wenngleich sie sicherlich keine Fehlinvestition darstellen.

Nichtsdestotrotz gelingt Christian Heinrich mit der ersten Auflage „Examensrepetitorium Zivilrecht“ ein gutes bis sehr gutes Werk, das seinem Anspruch als Begleiter für die „heiße Phase“ vor den Prüfungen gerecht wird und definitiv einen Blick lohnt.

*\* Der Autor studiert Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Er ist als studentische Hilfskraft am Institut für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie bei Prof. Dr. Ralf Poscher tätig.*

<sup>1</sup> „An entsprechender Literatur für die letzten Wochen unmittelbar vor dem Examen fehlt es allerdings weitgehend.“ – Vorwort.



# FREILAW

Freiburg Law Students Journal

## **Wer sind wir?**

**FREILAW** ist die studentisch-juristische Zeitschrift der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und besteht als Projekt Freiburger Studierender nun schon seit zehn Jahren. Neben wissenschaftlichen Artikeln veröffentlichen wir auch solche, die über das Fachliche hinausgehen und für einen Jurastudenten lesenswert sind. Die Zeitschrift erscheint in der Regel dreimal jährlich online.

## **Wir suchen Euch!**

Egal, ob im ersten oder letzten Semester: Ihr könnt euch jederzeit in die Redaktionsarbeit einbringen oder eigene Artikel veröffentlichen.

## **Was erwarten wir?**

In der Redaktion benötigen wir kreative und engagierte Studierende, die Interesse an der Weiterentwicklung von **FREILAW** haben.

## **Was erwartet Euch?**

Unsere Aufgaben reichen von der Covergestaltung über die Korrektur und Formatierung von Artikeln bis hin zu Public Relations.

## **Worauf wartet Ihr?**

Kommt einfach zu unserer nächsten Redaktionssitzung vorbei! Wo und wann diese stattfindet, erfahrt Ihr sowohl auf unserer Homepage ([www.freilaw.de](http://www.freilaw.de)), als auch auf unserer Facebook-Seite.



# Eins drauflegen.

Was gute Juristen noch besser macht.



## ReferendarAcademy

Besondere Talente verdienen besondere Förderung. Für diesen Anspruch steht unsere ReferendarAcademy. Mit Ihrem Referendariat machen Sie die ersten Schritte im praktischen Berufsalltag. Für den Erfolg im Assessorexamen und später als Anwalt genügt reine Praxiserfahrung jedoch nicht. Hinzu kommen müssen u.a. vertieftes juristisches Fachwissen sowie Fähigkeiten und Kenntnisse, die für eine spätere Beraterpersönlichkeit entscheidend sind. Dafür legt die ReferendarAcademy den Grundstein. In Zusammenarbeit mit dem Repetitorium KAISERSEMINARE bieten wir unseren Referendaren eine Reihe von Vorbereitungskursen für das schriftliche Examen. Ergänzend hinzu tritt ein Kurs zum „Aktenvortrag“, der auf die mündliche Prüfung mit Hilfe von Videoanalysen vorbereitet und unter kompetenter Anleitung rhetorische Fähigkeiten verbessert. Darüber hinaus bieten wir Seminare zu „Business Skills“ wie Rechtsenglisch, Präsentationstechniken und Verhandlungsführung an. Einführungskurse in verschiedene Rechtsbereiche

vermitteln zudem einen Überblick über die Palette unserer Beratungsleistungen und damit über die Vielfalt Ihrer Spezialisierungsmöglichkeiten. Unser Anspruch: Wir bieten unseren Referendaren eine qualitativ hochwertige praktische Ausbildung und machen sie fit für das Examen – auch in der Theorie. Möchten Sie davon profitieren? Richten Sie bitte Ihre Bewerbung an: Dr. Christian Vogel, LL.M. (Düsseldorf), 0211 4355-5268, christian.vogel@cliffordchance.com / Nele Gorny, LL.M. (Frankfurt am Main), 069 7199-4280, nele.gorny@cliffordchance.com / Tim Schreiber, LL.M. (München), 089 21632-8384, tim.schreiber@cliffordchance.com oder Thomas Weitkamp (München), 089 21632-8384, thomas.weitkamp@cliffordchance.com.

### Career starts with C

Informationen zu uns und der ReferendarAcademy finden Sie unter: [www.cliffordchance.com/karriere](http://www.cliffordchance.com/karriere) – oder den QR-Code scannen.

**C L I F F O R D**  
**C H A N C E**

