



FREILAW

Freiburg Law Students Journal



Mit guten Rechtssätzen ins neue Jahr?

1

Die Reform der kaufrechtlichen Mängelhaftung- ein Schritt zum einheitlichen europäischen Kaufrecht?

von Miroslav Georgiev, Marko Kolev

2

Anfängerklausur im Öffentlichen Recht: Ein medialer Gegenschlag vor Gericht von Dr. Timo Rademacher, MJur (Oxon)

3

Interview mit Sportrechtsanwalt Dr. Alexander Wild von Sonja Bühler

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

ISSN: 1865-0015



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 3/2017

Zivilrecht

Miroslav Georgiev / Marko Kolev

Die Reform der kaufrechtlichen Mängelhaftung – ein Schritt zum einheitlichen europäischen Kaufrecht? 73

Karen Kelat

Die arbeitnehmerähnliche Person – Begriff und rechtliche Stellung im Arbeitsrecht..... 80

Öffentliches Recht

Dr. Timo Rademacher, MJur (Oxon)

Anfängerklausur: Ein medialer Gegenschlag vor Gericht 87

Sina Spiegler

Selected aspects of the right of self-defence under public international law 94

Studium und Beruf

Sonja Bühler

Interview mit Sportrechtsanwalt Dr. Alexander Wild 97

Johannes Thierer

Das politische Mandat der verfassten Studierendenschaft..... 99

Rezension

Andreas Schubert

Gesellschaftsrecht von PD Dr. Sebastian Mock, LL.M. (NYU), 1. Auflage 2015..... 107

Emre Susamci

Staatsrecht III von Prof. Dr. Heiko Sauer, 4. Auflage 2016 108

Vorwort der Chefredaktion

Liebe Leserinnen und Leser,

mit der dritten Ausgabe im Jahr 2017 möchte *Freilaw* zum Jahresende noch einmal Ihr Leseinteresse wecken.

Die Ausgabe kann mit einer bunten Mischung an Beiträgen aufwarten. Mit Blick auf das neue Jahr haben sich *Miroslav Georgiev* und *Marko Kolev* in ihrem Artikel mit der Reform der kaufrechtlichen Mängelhaftung, die am 01. Januar 2018 in Kraft tritt, auseinandergesetzt.

Karen Kelat befasst sich in ihrem Beitrag mit der arbeitnehmerähnlichen Person und erläutert deren Begriff sowie deren rechtliche Stellung im Arbeitsrecht.

Von besonderem Interesse mag sowohl für Examenskandidaten als auch für Studierende jüngerer Semester die Anfängerklausur im Öffentlichen Recht von *Herrn Dr. Timo Rademacher, MJur (Oxon)* sein, deren Schwerpunkt auf der Abwägung zwischen dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und der Meinungsfreiheit liegt.

Sina Spiegler trägt zu dieser Ausgabe mit einem Essay zu dem Thema "Selected aspects of the right of self-defence under public international law" bei.

Lesenswert und motivierend im Hinblick auf den späteren Berufsweg ist das von *Sonja Bühler* geführte Interview mit Herrn Dr. Alexander Wild, Sportrechtsanwalt aus Stuttgart.

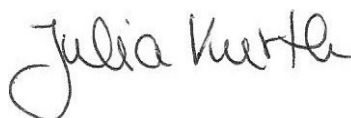
Johannes Thierer widmet seinen Beitrag der Hochschulpolitik. Anlässlich der geplanten Reform des Landeshochschulgesetzes thematisiert der Artikel das politische Mandat der Verfassten Studierendenschaft.

Rezensionen von *Andreas Schubert* und *Emre Susamci* runden diese Ausgabe ab.

Das neue Jahr birgt nicht nur wesentliche Gesetzesänderungen, sondern auch einen personellen Wechsel in der *Freilaw*-Redaktion. Wir, Julia Kurth und Sonja Bühler, verabschieden uns nach zweijähriger Chefredaktionstätigkeit und freuen uns, dieses Amt nun in die Hände von Joel Stumpp und Sarah Baukelmann zu legen.



(Sonja Bühler)



(Julia Kurth)

Die Reform der kaufrechtlichen Mängelhaftung – ein Schritt zum einheitlichen europäischen Kaufrecht?

Miroslav Georgiev / Marko Kolev*

Das Gesetz zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, das am 01.01.2018 in Kraft tritt, verfolgt in erster Linie die Integration der EuGH-Rechtsprechung in das deutsche Recht und soll damit die kraft Richterrechts geschaffene und vom geltenden Recht nicht mehr getragene Rechtslage zutreffend abbilden. Zugleich bezweckt die Neuregelung, die Rechtspositionen von Werkunternehmern bei Regressansprüchen zu stärken. Ob dies dem Gesetzgeber in hinreichend befriedigender Weise gelungen ist und welche Gesetzesänderungen er dafür vornahm, wird im vorliegenden Aufsatz dargestellt.

A. Erforderlichkeit der Gesetzesänderung

Der deutsche Gesetzgeber hatte vor mehr als fünfzehn Jahren die Aufgabe, die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (RL 1999/44/EG, „**VerbrauchsgüterRL**“) umzusetzen. Diese hatte einen begrenzten Anwendungsbereich und erfasste nur Kaufverträge zwischen Verbrauchern und Unternehmern über bewegliche Sachen¹. Inhaltlich regelte die Richtlinie die Rechte des Käufers bei Lieferung einer mangelhaften Sache mit Ausnahme der Schadenersatzansprüche, Mindeststandards für eine Garantie sowie der Möglichkeit einer Regresshaftung innerhalb der Verkäuferkette bis zum Hersteller². Die Umsetzung der Richtlinie nahm der Gesetzgeber damals zum Anlass, im Wege des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes die umstrittene sogenannte „große Lösung“ im Schuldrecht durchzuführen³. Viele Regelungen der Richtlinie entsprachen damals bereits erhobenen rechtspolitischen Forderungen, worauf der Gesetzgeber reagierte, indem er die Richtlinie als Vorbild sowohl für das allgemeine Kaufrecht (§§ 433 ff. BGB) als auch für die damit verknüpften Regelungen des allgemeinen Schuldrechts nahm (sog. überschießende Umsetzung)⁴. Dies führte zwangsläufig zu dem Verständnis, dass der Nacherfüllungsanspruch einen modifizierten Erfüllungsanspruch darstellt und daher nicht weitergehen kann als der originäre Erfüllungsanspruch selbst⁵. Daraus folgte, dass die Kosten bei mangelhafter Leistung dem Schaden zugerechnet werden, für den der Verkäufer nur bei Verschulden einzustehen hat⁶. Da die VerbrauchsgüterRL aber vertragliche Schadenersatzansprüche nicht behandelte und eine verschuldensunabhängige Nacherfüllungspflicht vorsah, war es nicht besonders fernliegend als der EuGH in der Entscheidung „*Weber und Putz*“ den Art. 3 Abs. 2 und 3 der VerbrauchsgüterRL dahingehend ausgelegt hat, dass im Wege der Nacherfüllung durch Ersatzliefe-

rung der Verkäufer sämtliche damit verbundenen Kosten, insbesondere Aus- und Einbaukosten, übernehmen muss und zwar unabhängig davon, ob ihn ein Verschulden trifft⁷. Daraufhin musste der BGH die Entscheidung des EuGH in das deutsche Recht umsetzen und die seit dem 01.01.2002 neu angeführten Regelungen der kaufrechtlichen Mängelhaftung beim Verbrauchsgüterkauf richtlinienkonform auslegen⁸. Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass richtlinienkonforme Rechtsfortbildung im Wege der teleologischen Reduktion eine verdeckte Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes voraussetzt⁹. Aus der Gesetzesbegründung ließ sich aber eine solche planwidrige Unvollständigkeit nicht eindeutig ableiten, mit der Folge, dass es dann grundsätzlich keinen Platz für eine richtlinienkonforme Auslegung gab¹⁰. Dieser unsauberen dogmatischen Lösung versucht der Gesetzgeber in der Neufassung der kaufrechtlichen Vorschriften entgegen zu kommen.

B. Neuerungen in der kaufrechtlichen Mängelhaftung

I. Die Änderung des § 439 BGB (Abs. 3 BGB n.F.)

1. Bisherige Rechtslage

Der zugrundeliegende Fall ist der sog. „*Fliesen-Fall*“¹¹ und besonders die Streitfrage, ob der Verkäufer die Pflicht hat, den Ausbau der mangelhaften Fliesen und den Einbau der neuen Fliesen vorzunehmen bzw. für die entsprechenden Kosten aufzukommen. Die Rechtsprechung und die Literatur waren zunächst mehrheitlich der Ansicht, dass eine solche Pflicht zum Ausbau nicht im Rahmen des Nacherfüllungsanspruchs, sondern im Rahmen eines Anspruchs gem. §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB als Schadenersatz neben der Leistung geltend gemacht werden kann¹². Dem ist der EuGH entgegengetreten, indem er den Verkäufer verpflichtete, die Aus- und Einbaukosten im Rahmen der Ersatzlieferung zu tragen¹³. Der BGH übernahm anschließend diese verbindliche Auslegung des EuGH in Bezug auf den Verbrauchsgüterkauf¹⁴. In einer späteren Entscheidung stellte der BGH jedoch klar, dass diese Interpretation des § 439 Abs. 1 BGB nicht auf den unternehmerischen Verkehr anzuwenden sei¹⁵. Im Ergebnis führte dies zu einer „gespaltenen“ Auslegung der einheitlichen Norm des § 439 Abs. 1 BGB und zwar einerseits richtlinienkonform,

⁷ EuGH, 16.06.2011, C-65/09, C-87/09, NJW 2011, 2269, 2271 f.

⁸ BGH, 21.12.2011, VIII ZR 70/08, BGHZ 192, 148, 155 f.

⁹ BGH, 26.11.2008, VIII ZR 200/05, BGHZ 179, 27, 34 f.

¹⁰ v. *Westphalen* BB 2015, 2883.

¹¹ BGH, Urt. v. 21.12.2011 - VIII ZR 70/08, BGHZ 192, 148 ff.

¹² *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II, S. 51, Rn. 132.

¹³ Siehe unter A.

¹⁴ Erman/*Grunewald*, 15. Aufl. 2017, BGB Kommentar, § 439 Rn. 6.

¹⁵ BGH, 02.04.2014, VIII ZR 46/13, NJW 2014, 2183, 2184 f.

¹ *Dauner-Lieb* NZBau 2015, 684.

² *Wagner* ZEuP 2016, 87, 89.

³ Erman/*Grunewald*, BGB Kommentar, 14. Aufl. 2014, Vor. § 433 Rn. 36.

⁴ MüKoBGB/*Lorenz*, Vor. § 474 Rn. 2.

⁵ Palandt/*Weidenkaff*, BGB Kommentar, § 439 Rn. 2.

⁶ *Looschelders*, Schuldrecht BT II S. 32, Rn. 90.

entsprechend der Vorgaben in Art. 3 Abs. 2 und 3 der VerbrauchsgüterRL, zum anderen aber nach dem herkömmlichen Schema des nicht vereinheitlichten deutschen Kaufrechts¹⁶. Der BGH sah sich zu diesem Schritt veranlasst, weil er der Auffassung war, der Gesetzgeber habe die maßgebenden Bestimmungen der VerbrauchsgüterRL fehlerhaft umgesetzt¹⁷.

2. Ziel der Vorschrift und Regelungsvorschlag

Der Kern des Gesetzes zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung erscheint auf den ersten Blick zunächst die Integration der EuGH-Rechtsprechung in das BGB, in Bezug auf die Ersatzfähigkeit von Aus- und Einbaukosten bei Mangelhaftigkeit der Kaufsachen zu sein¹⁸. Innovativ ist, dass diese verschuldensabhängige Einstandspflicht des Verkäufers für den Verbrauchsgüterkauf nunmehr auf Verträge zwischen Unternehmern ausgedehnt wird¹⁹. Die Ratio dieser Erweiterung ist die Entlastung von (häufig mittelständischen) Handwerkern und Bauunternehmern, die ihren Auftraggebern im Rahmen der kostspieligen Nacherfüllung den Aus- und Einbau schuldeten, ihrerseits aber nach bisher geltendem Recht von ihrem Verkäufer nur Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen können²⁰. Zur Umsetzung dieses Vorhabens wird in § 439 BGB ein neuer Abs. 3 eingefügt, an den sich die bisherigen Abs. 3 und 4 als neue Abs. 4 und 5 anschließen. § 440 BGB wird entsprechend angepasst. Der neue Abs. 3 lautet:

§ 439 BGB. Nacherfüllung (...)

(3) Hat der Käufer die mangelhafte Sache gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck in eine andere Sache eingebaut oder an eine andere Sache angebracht, ist der Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung verpflichtet, dem Käufer die erforderlichen Aufwendungen für das Entfernen der mangelhaften und den Einbau oder das Anbringen der nachgebesserten oder gelieferten mangelfreien Sache zu ersetzen. § 442 Absatz 1 ist mit der Maßgabe anzuwenden, dass für die Kenntnis des Käufers an die Stelle des Vertragsschlusses der Einbau oder das Anbringen der mangelhaften Sache durch den Käufer tritt.

3. Ursprünglicher Gesetzeswortlaut und entsprechende Kritik

Der ursprüngliche Gesetzesentwurf der Bundesregierung sah in § 439 Abs. 3 S. 1 BGB-E zunächst ein Wahlrecht des Verkäufers vor, ob er den Ausbau der mangelhaften und den Einbau der mangelfreien Sache selbst vornimmt oder stattdessen dem Käufer die bei der Selbstvornahme entstandenen Aufwendungen ersetzt²¹. Dieses Wahlrecht war zwar nach der ursprünglichen Fassung des § 439 Abs. 3 S. 1 BGB-E in den Fällen eingeschränkt, in denen der Käufer eine angemessene Frist zum Aus- und Einbau gesetzt hatte oder ein berechtigtes Interesse des Käufers entgegenstand. Wann genau ein solches „berechtigtes Interesse“ gegeben sein sollte, erschloss sich nicht aus der ursprünglichen Fassung des § 439 Abs. 3 BGB-E. Auch aus der Begründung des Gesetzesentwurfs ergaben sich keine objektiven Kriterien zur Auslegung des unbestimmten Begriffs des „berechtigten Interesses“ des Käufers.

¹⁶ BeckOK-BGB/Faust, § 439 Rn. 19.

¹⁷ BGH, 17.10.2012, VIII ZR 226/11, NJW 2013, 220, 222.

¹⁸ Dauner-Lieb NZBau, 2015, 684, 685.

¹⁹ Erman/Grünwald, BGB Kommentar, 15. Aufl. 2017, § 439 Rn. 6; Ulber JuS 2016, 584, 585.

²⁰ BT-DRs 18/8486 vom 18.05.2016, S. 39.

Dieser Vorschlag ist in der Literatur auf starke Kritik gestoßen²². Dagegen wurde vor allem vorgebracht, dass den Verkäufern regelmäßig die notwendigen Fachkenntnisse sowohl für den Ausbau als auch für den Einbau der Sache fehlen würden. Dies gehe insbesondere deshalb zulasten der Verbraucher, weil bereits der unsachgemäße Ausbau zu weitaus größeren Schäden als der Mangel allein führen kann. Ein weiteres Problem könnte auftreten, wenn der Käufer die mangelhafte Sache im Rahmen eines Werkvertrages bei einem Dritten eingebaut hat²³. In diesem Fall würde der Verkäufer, der den Aus- und Einbau schuldet, in ein fremdes Vertragsverhältnis eingreifen²⁴.

Dieser Vorschlag ist in der Literatur auf starke Kritik gestoßen²². Dagegen wurde vor allem vorgebracht, dass den Verkäufern regelmäßig die notwendigen Fachkenntnisse sowohl für den Ausbau als auch für den Einbau der Sache fehlen würden. Dies gehe insbesondere deshalb zulasten der Verbraucher, weil bereits der unsachgemäße Ausbau zu weitaus größeren Schäden als der Mangel allein führen kann. Ein weiteres Problem könnte auftreten, wenn der Käufer die mangelhafte Sache im Rahmen eines Werkvertrages bei einem Dritten eingebaut hat²³. In diesem Fall würde der Verkäufer, der den Aus- und Einbau schuldet, in ein fremdes Vertragsverhältnis eingreifen²⁴.

4. Reaktion des Gesetzgebers

Der Gesetzgeber hat sich einsichtig gezeigt. Auf Empfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz wurde das Wahlrecht des Verkäufers gestrichen und auf den Aufwendungsersatz begrenzt²⁵. Wenn der Käufer die mangelhafte Kaufsache vor Auftreten des Mangels im Rahmen eines Werkvertrages bei einem Dritten verbaut hatte, muss er dann auch in der Lage sein, die Sache selbst auszubauen. In diesem Sinne könnte von einem (eingeschränkten) Selbstvornahmerecht gesprochen werden²⁶. Ein Recht des Verkäufers, den Aus- und Einbau selbst vorzunehmen, sei auch nicht im Interesse einer Kostenbegrenzung erforderlich, denn der Verkäufer werde insoweit hinreichend dadurch geschützt, dass der Käufer nur Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen kann²⁷. Zur Auslegung dieses Begriffs verweist der Gesetzgeber auf die Rechtsprechung zu § 637 Abs. 1 und 2 BGB, die ebenfalls einen Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Aufwendungen vorsieht²⁸.

Weiterhin wurde im Gesetzeswortlaut das Wort „Anbringen“ einbezogen, da verdeutlicht werden soll, dass Verwendungen zur Durchführung einer Ersatzlieferung von Baumaterialien

²¹ BT-DRs 18/8486 vom 18.05.2016, S. 3.

²² Stellungnahme des DAV zum Gesetzesentwurf zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, S. 10.

²³ Grünwald/Tassius/Langenbach BB 2017, 1673; Faust ZfPW 2017, 250, 252.

²⁴ Dauner-Lieb NZBau, 2015, 684, 685; Grünwald/Tassius/Langenbach BB 2017, 1673.

²⁵ BT-DRs. 18/11437 vom 08.03.2017, S. 7.

²⁶ Erman/Grünwald, BGB Kommentar, 15. Aufl. 2017, § 439 Rn. 6; Grünwald/Tassius/Langenbach BB 2017, 1673 f.

²⁷ BT-DRs. 18/11437 vom 08.03.2017, S. 7, 40.

²⁸ BT-DRs. 18/11437 vom 08.03.2017, S. 40.

auch dann erfasst werden, wenn diese Baumaterialien nicht im Wortsinne in ein Bauwerk eingebaut, sondern an dieses angebracht werden (Dachrinnen, Leuchten, Farben etc.)²⁹.

5. Abdingbarkeit im unternehmerischen Bereich, § 309 Nr. 8b lit. cc) BGB n.F.

Als Folge des neuen § 439 Abs. 3 BGB n.F. wird die gegenwärtige gültige Bestimmung von § 309 Nr. 8b lit. cc) wie folgt geändert:

cc) (Aufwendungen bei Nacherfüllung)

die Verpflichtung des Verwenders ausgeschlossen oder beschränkt wird, die zum Zweck der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen nach § 439 Abs. 2 und 3 oder § 635 Abs. 2 zu tragen oder zu ersetzen.

Der Gesetzgeber ist der Ansicht, dass eine Abweichung von den dispositiven Regelungen des § 439 Abs. 3 BGB n.F. jedenfalls im Rahmen eines Individualvertrages möglich bleiben müsse³⁰, wenn die Lieferkette als letzten Käufer einen Unternehmer aufweist³¹. Allerdings stellt sich in der Praxis die entscheidende Frage, wie die Wirksamkeitsgrenzen des § 309 Nr. 8b lit. cc) BGB n.F. im Einzelnen ausgeleuchtet werden³². Der Gesetzgeber bemüht hierbei zwei Gedanken; zum einen stellt er auf die geringere Schutzbedürftigkeit eines Unternehmers gegenüber unwirksamen Klauseln im Verhältnis zum Verbraucher ab³³, zum anderen auf die über §§ 308, 309 BGB entwickelte „Indiz“-Rechtsprechung. Wenn eine Klausel bei ihrer Verwendung gegenüber einem Verbraucher unter das Verbot von §§ 308, 309 BGB falle, darf dies als „Indiz“ dafür angesehen werden, dass die betroffene Klausel auch im unternehmerischen Bereich unwirksam ist, es sei denn sie kann wegen der besonderen Interessen und Bedürfnisse des unternehmerischen Geschäftsverkehrs als angemessen bezeichnet werden³⁴. Der Gesetzgeber deutete in der Gesetzesbegründung an³⁵, dass aus seiner Sicht auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Bräuche hinreichend Rücksicht genommen werden müsse. Allerdings seien die Handwerker und Bauunternehmer, die unter Verwendung von AGB Baumaterial erwerben, ebenso schutzbedürftig. Dies gelte nur dann nicht, wenn aufgrund eines besonders günstigen Preises etwa eine fehleranfällige Sache, verbunden mit einer Haftungsbeschränkung, verkauft werde³⁶.

²⁹ BT-DRs. 18/11437 vom 08.03.2017, S. 46.

³⁰ Auch Grunewald/Tassius/Langenbach BB 2017, 1673, 1675.

³¹ BT-DRs 18/8486 vom 18.05.2016, S. 36.

³² v. Westphalen, BB 2015, 2883, 2889.

³³ BT-DRs 18/8486 vom 18.05.2016, S. 36; Faust ZfPW 2017, 250, 256.

³⁴ BGH, 19.09.2007, VIII ZR 141/06, NJW 2007, 3774, 3775; Dauner-Lieb/Langen/Kollmann, BGB Schuldrecht, § 310 Rn. 10.

³⁵ BT-DRs. 18/8486 vom 18.05.2016, S. 36 f.

³⁶ BT-DRs. 18/8486 vom 18.05.2016, S. 36.

II. Rückgriff des Verkäufers und Verjährung, §§ 445a, 445b BGB n.F.

1. Bisherige Rechtslage

Bei dem Verkauf von Verbrauchsgütern besteht auch zwischen dem Unternehmer, der an den Verbraucher verkauft und seinem Lieferanten ein Vertragsverhältnis³⁷. Erfüllt der Verkäufer einer neu hergestellten Sache die Gewährleistungsrechte des Verbrauchers, so muss ihm nach Art. 4 VerbrauchsgüterRL der Rückgriff auf seinen Lieferanten oder den Hersteller der Sachen ermöglicht werden³⁸. Diese Vorgaben hat der Gesetzgeber in den bisherigen §§ 478, 479 BGB verwirklicht³⁹. Die Regressregeln setzten in sachlicher Hinsicht einen Kaufvertrag voraus⁴⁰, in persönlicher Hinsicht musste der Vertrag zwischen einem Unternehmer als Käufer und einem Unternehmer als Verkäufer zustande gekommen sein⁴¹.

2. Ziel der Vorschrift und Regelungsvorschlag

Der § 445a BGB n.F. sieht eine Ausweitung von den bisher auf den Verbraucherschutz zugeschnittenen Regelungen im unternehmerischen Bereich vor, indem die Regressmöglichkeiten des Unternehmers gegenüber seinem Lieferanten im Rahmen des § 478 Abs. 2 BGB a.F. verallgemeinert werden⁴². Begründet wird dieser Schritt mit der Verbesserung der Rechtsposition von Werkunternehmern, die mangelhaftes Baumaterial gekauft haben⁴³. Ferner wird bezweckt, dass die bei Erfüllung von Nacherfüllungspflichten anfallenden Aufwendungen in der Lieferkette möglichst bis zum Verursacher des Mangels weitergereicht werden⁴⁴. Die Rückgriffregelungen des neuen § 445a BGB n.F. wurden wie gefolgt erfasst:

§ 445a. Rückgriff des Verkäufers

(1) Der Verkäufer kann beim Verkauf einer neu hergestellten Sache von dem Verkäufer, der ihm die Sache verkauft hatte (Lieferant), Ersatz der Aufwendungen verlangen, die er im Verhältnis zum Käufer nach § 439 Abs. 2 und 3 sowie § 475 Abs. 4 und 6 zu tragen hatte, wenn der vom Käufer geltend gemachte Mangel bereits beim Übergang der Gefahr auf den Verkäufer vorhanden war.

(2) Für die in § 437 bezeichneten Rechte des Verkäufers gegen seinen Lieferanten bedarf es wegen des vom Käufer geltend gemachten Mangels der sonst erforderlichen Fristset-

³⁷ Palandt/Weidenkaff, BGB-Kommentar, § 478 Rn. 1.

³⁸ Looschelders, Schuldrecht BT II S. 107, Rn. 276.

³⁹ BeckOK-BGB/Faust, § 478 Rn. 3.

⁴⁰ Ein Werklieferungsvertrag erfüllt auch die Voraussetzungen der Regressregeln.

⁴¹ MüKoBGB/Lorenz, § 478 Rn. 8 ff.

⁴² jurisPK-BGB/Ball, 8. Aufl. 2017, § 445b Rn. 1; Ulber JuS 2016, 584, 585.

⁴³ BT-DRs 18/8486 vom 18.05.2016, S. 26.

⁴⁴ BT-DRs 18/8486 vom 18.05.2016, S. 42 f.

zung nicht, wenn der Verkäufer die verkaufte neu hergestellte Sache als Folge ihrer Mangelhaftigkeit zurücknehmen musste oder der Käufer den Kaufpreis gemindert hat.

(3) Die Absätze 1 und 2 sowie § 478 finden auf die Ansprüche des Lieferanten und der übrigen Käufer in der Lieferkette gegen die jeweiligen Verkäufer entsprechende Anwendung, wenn die Schuldner Unternehmer sind.

(4) § 377 des Handelsgesetzbuchs bleibt unberührt.

§ 445b Verjährung von Rückgriffsansprüchen

(1) Die in § 445a Absatz 1 bestimmten Aufwendungsersatzansprüche verjähren in zwei Jahren ab Ablieferung der Sache.

(2) Die Verjährung der in den §§ 437 und 445a Absatz 1 bestimmten Ansprüche des Verkäufers gegen seinen Lieferanten wegen des Mangels einer verkauften neu hergestellten Sache tritt frühestens zwei Monate nach dem Zeitpunkt ein, in dem der Verkäufer die Ansprüche des Käufers erfüllt hat. Diese Ablaufhemmung endet spätestens fünf Jahre nach dem Zeitpunkt, in dem der Lieferant die Sache dem Verkäufer abgeliefert hat.

(3) Die Absätze 1 und 2 finden auf die Ansprüche des Lieferanten und der übrigen Käufer in der Lieferkette gegen die jeweiligen Verkäufer entsprechende Anwendung, wenn die Schuldner Unternehmer sind.

3. Einzelheiten

a) Rückgriff des Verkäufers

Der § 445a Abs. 1 BGB n.F. enthält eine Ergänzung der Definition des Lieferanten und entspricht im Wesentlichen inhaltlich dem § 478 BGB a.F. mit dem innovativen Unterschied, dass der Regressanspruch für alle Kaufverträge gilt und nicht nur wenn der Endabnehmer Verbraucher ist⁴⁵. Die Regresskette findet gem. § 445a Abs. 3 BGB n.F. auch auf die Ansprüche der übrigen Käufer gegen die jeweiligen Verkäufer entsprechend Anwendung. Dies sollte die Konsequenz haben, dass der Anspruch des Letztkäufers auf Aufwendungsersatz (Aus- und Einbau der mangelhaften Sache) die ganze Kette beherrscht und schließlich von dem Lieferanten zu zahlen ist, der die Ursache des Mangels gesetzt hat⁴⁶. Dabei liegt es nahe, dass auf der einzelnen Stufe des Regresses auch Bearbeitungs-

⁴⁵ BT-DRs 18/8486 vom 18.05.2016, S. 43; Erman/*Grunewald*, BGB Kommentar, 15. Aufl. 2017, § 445a Rn. 1.

⁴⁶ v. *Westphalen* BB 2015, 2883, 2888.

kosten wie Kosten der Schadensbearbeitung oder Personalkosten⁴⁷ als eigenständige Positionen des Aufwendungsersatzes eingeschlossen sind und daher auch gegenüber dem einzelnen Lieferanten verlangt werden können⁴⁸. Jedoch bleibt auch weiterhin die Rügeobliegenheit gem. §§ 445a Abs. 4 BGB n.F. i.V.m. 377 HGB (wie schon früher in § 478 Abs. 6 BGB a.F.) anwendbar, sodass die Verletzung der Untersuchungs- und Rügeobliegenheit das Entstehen der Regresskette verhindern kann⁴⁹.

b) Verjährung, § 445b BGB n.F.

Die Ansprüche nach § 445a Abs. 1 BGB n.F. verjähren grundsätzlich gem. § 438 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BGB in zwei Jahren ab dem Zeitpunkt der Ablieferung der Sache. Damit die Ansprüche des Verkäufers einer neu hergestellten Sache gegenüber seinem Lieferanten nicht schon vor der Lieferung an dem Käufer verjährt sind, stellt § 446a Abs. 2 BGB n.F. eine Ablaufhemmung fest⁵⁰. Die Verjährung des Regressanspruches tritt deswegen frühestens zwei Monate nach dem Zeitpunkt ein, in dem der Verkäufer die Ansprüche des Käufers erfüllt hat. Diese Ablaufhemmung endet spätestens fünf Jahre nach der Ablieferung der Sache an den Verkäufer.

Im Wesentlichen bildet § 445b BGB n.F. den Inhalt und die Systematik des geltenden § 479 BGB ab, unter Anpassung an die Ausdehnung der Regressregelungen auf die Fälle, in denen es sich beim letzten Kaufvertrag in der Lieferkette um ein Geschäft zwischen Unternehmen handelt (§ 445b Abs. 2 BGB n.F.)⁵¹.

III. Verbrauchsgüterkauf, §§ 474 ff. BGB n.F.

1. Bisherige Rechtslage

Da der Gesetzgeber die Regelungen der VerbrauchsgüterRL zu einem großen Teil auch für das allgemeine Kaufrecht übernommen hatte, konnte er in den §§ 474-479 BGB a.F. mit vergleichsweise wenigen ergänzenden Sondervorschriften auskommen⁵². Sie betreffen neben der Definition des Anwendungsbereichs (§ 474 Abs. 1 BGB a.F.), insbesondere die Gefahrtragung bei Versandungsverkauf (§ 474 Abs. 4 BGB a.F.), den Nutzungsersatz bei Nachlieferung (§ 474 Abs. 5 BGB a.F.), die Beweislastumkehr (§ 476 BGB a.F.), sowie Sonderbestimmungen für Garantien (§ 477 BGB a.F.)⁵³.

2. Ziel der Vorschrift und Regelungsvorschlag

In erster Linie verfolgt die Neuregelung der § 474 ff. BGB wohl ästhetisch-didaktische Ziele aus Gründen der Übersicht-

⁴⁷ Erman/*Grunewald*, BGB Kommentar, 14. Aufl. 2014, § 478 Rn. 15.

⁴⁸ v. *Westphalen* BB 2015, 2883, 2888.

⁴⁹ BT-DRs 18/8486 vom 18.05.2016, S. 42; Erman/*Grunewald*, BGB Kommentar, 15. Aufl. 2017, § 445a Rn. 15.

⁵⁰ jurisPK-BGB/*Ball*, 8. Aufl. 2017, § 445b Rn. 2, 8; Erman/*Grunewald*, BGB Kommentar, 15. Aufl. 2017, § 445b Rn. 3.

⁵¹ *Ulber* JuS 2016, 584, 586.

⁵² *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II, S. 90, Rn. 229.

⁵³ MüKoBGB/*Lorenz*, § 474 Rn. 1 ff.

lichkeit⁵⁴. Ferner wird klargestellt, dass ein Verbrauchsgüterkauf auch dann vorliegt, wenn ein Unternehmer eine Dienstleistung zu erbringen hat⁵⁵. § 474 BGB a.F. soll durch den folgenden §§ 474, 475 BGB n.F. ersetzt werden:

§ 474 Verbrauchsgüterkauf

(1) Verbrauchsgüterkäufe sind Verträge, durch die ein Verbraucher von einem Unternehmer eine bewegliche Sache kauft. Um einen Verbrauchsgüterkauf handelt es sich auch bei einem Vertrag, der neben dem Verkauf einer beweglichen Sache die Erbringung einer Dienstleistung durch den Unternehmer zum Gegenstand hat.

(2) Für den Verbrauchsgüterkauf gelten ergänzend die folgenden Vorschriften dieses Untertitels. Dies gilt nicht für gebrauchte Sachen, die in einer öffentlich zugänglichen Versteigerung verkauft werden, an der der Verbraucher persönlich teilnehmen kann.

§ 475 Anwendbare Vorschriften (...)

(3) § 439 Abs. 5 ist mit der Maßgabe anzuwenden, dass Nutzungen nicht herauszugeben oder durch ihren Wert zu ersetzen sind. Die §§ 445 und 447 Abs. 2 sind nicht anzuwenden.

(4) Ist die eine Art der Nacherfüllung nach § 275 Abs. 1 ausgeschlossen oder kann der Unternehmer diese nach § 275 Abs. 2 oder 3 oder § 439 Abs. 4 S. 1 verweigern, kann er die andere Art der Nacherfüllung nicht wegen Unverhältnismäßigkeit der Kosten nach § 439 Abs. 4 S. 1 verweigern. Ist die andere Art der Nacherfüllung wegen der Höhe der Aufwendungen nach § 439 Abs. 2 oder Abs. 3 S. 1 unverhältnismäßig, kann der Unternehmer den Aufwendersatz auf einen angemessenen Betrag beschränken. Bei der Bemessung dieses Betrages sind insbesondere der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand und die Bedeutung des Mangels zu berücksichtigen.

(5) § 440 S. 1 ist auch in den Fällen anzuwenden, in denen der Verkäufer die Nacherfüllung gemäß Abs. 4 S. 2 beschränkt.

(6) Der Verbraucher kann von dem Unternehmer für Aufwen-

dungen, die ihm im Rahmen der Nacherfüllung gemäß § 439 Abs. 2 und 3 entstehen und die vom Unternehmer zu tragen sind, Vorschuss verlangen.

3. Einzelheiten

a) Beschränktes Leistungsverweigerungsrecht

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist die Möglichkeit des Verkäufers, bei einem Verbrauchsgüterkauf die verbleibende Art der Nacherfüllung gem. § 439 Abs. 3 S. 3 Hs. 2 BGB a.F. zu verweigern, nicht mit der VerbrauchsgüterRL vereinbar⁵⁶. Dementsprechend wird diese Möglichkeit durch den Gesetzesentwurf jetzt nach § 475 Abs. 4 S. 1 BGB n.F. ausgeschlossen. Infolgedessen muss der Verkäufer stets die andere Art der Nacherfüllung erbringen⁵⁷. Gestattet wird jedoch, dem Verkäufer gem. § 475 Abs. 4 S. 2 BGB n.F. seine Aufwendungen, die im Rahmen des § 439 Abs. 2 und 3 BGB n.F. anfallen, auf einen angemessenen Betrag zu beschränken, damit der Anspruch des Verbrauchers auf Ersatz der Einbau- und Ausbaucosten in der Praxis nicht ausgehöhlt wird⁵⁸. Bei der Bemessung des angemessenen Betrages sind insbesondere der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand und die Bedeutung des Mangels zu berücksichtigen, § 475 Abs. 4 S. 3 BGB n.F.⁵⁹. Hierzu führte der Gesetzgeber in dem Gesetzesentwurf aus, dass es darauf ankommen solle, ob es sich um einen rein ästhetischen Mangel handele, der den Verwendungszweck der Sache nicht beeinträchtige und dem eine wesentlich geringere Bedeutung zukomme, oder aber eine Beeinträchtigung der Verwendungsfähigkeit der Sache vorliege⁶⁰. Aufgrund dessen muss dem Verkäufer das Recht zustehen, als Einrede seiner Zahlungspflicht nur auf einen angemessenen Teilbetrag zu reduzieren⁶¹, wobei die Angemessenheit anhand der bereits von EuGH festgelegten Kriterien bestimmt werden muss.

b) Vorschuss

Der § 439 Abs. 2 BGB wurde in der Vergangenheit vom BGH als Anspruchsgrundlage erachtet, woraus sich ein Vorschussanspruch des Käufers ergab, der die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen einschließlich notwendiger Aus- und Einbaukosten erfasste⁶². In § 475 Abs. 6 BGB n.F. soll dies nun ausdrücklich normiert werden, obwohl die Entwurfsverfasser selbst erkennen, dass

⁵⁶ EuGH, 16.06.2011, C-65/09, C-87/09, NJW 2011, 2269, 2273 f.

⁵⁷ BT-DRs 18/8486 vom 18.05.2016, S. 43; jurisPK-BGB/Ball, 8. Aufl. 2017, § 475 Rn. 28.

⁵⁸ BT-DRs 18/8486 vom 18.05.2016, S. 44; Grunewald/Tassius/Langenbach BB 2017, 1673, 1675.

⁵⁹ BT-DRs 18/8486 vom 18.05.2016, S. 44: „Diese Regelung folgt den Vorgaben, die der EuGH in der Entscheidung vom 16. Juni 2011 zu den Aus- und Einbauleistungen gemacht hat. Dieser hat ausgeführt, dass zum einen der Wert, den die Kaufsache hätte, wenn sie mangelfrei wäre und die Bedeutung des Mangels bei der Berechnung zu berücksichtigen sind, ob der Anspruch des Verbrauchers auf Erstattung der Aus- und Einbaukosten herabzusetzen ist.“

⁶⁰ BT-DRs 18/8486 vom 18.05.2016, S. 44.

⁶¹ JurisPK-BGB/Ball, 8. Aufl. 2017, § 475 Rn. 28.

⁶² BGH, 13.04.2011, VIII ZR 220/10, NJW 2011, 2278, 2281; JurisPK-BGB/Ball, 8. Aufl. 2017, § 475 Rn. 37.

⁵⁴ Dauner-Lieb NZBau, 2015, 684, 688.

⁵⁵ BT-DRs 18/8486 vom 18.05.2016, S. 44.

dieser Anspruch bereits aus dem geltenden Recht begründet wird⁶³. Die praktische Bedeutung des Anspruchs liegt wohl insbesondere in der Beförderung von größeren Waren, die online gekauft wurden, denn die Transportkosten sind in diesem Fall dann deutlich erheblicher als bei der Beförderung von kleineren Gegenstände.

C. Reaktionen auf den Gesetzesentwurf

I. Zentralverband des Deutschen Handwerks (ZDH)

Der Zentralverband des Deutschen Handwerks sieht in der Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung einen großen Erfolg für das Handwerk. Besonders positiv bewertet wurden die Regressvorschriften und die Praxisnähe des Gesetzesentwurfs⁶⁴.

II. Stellungnahme des deutschen Anwaltsvereins (DAV)

1. Zu § 439 Abs. 3 BGB n.F.

Der Deutsche Anwaltsvereins begrüßt die Klarstellung der Kostentragungspflicht des Verkäufers beim Einbau und Ausbau einer mangelhaften Sache. Gerügt wurde jedoch der Vorschlag, dass der Verkäufer den Aus- und Einbau selbst vornehmen dürfe⁶⁵. Dieser Vorschlag wurde schließlich vom Gesetzgeber fallen gelassen⁶⁶.

2. Zu §§ 445a, 445b BGB n.F.

Der Verweis des § 445a Abs. 4 BGB auf § 377 HGB sei zwar konsequent, aber für Werkverträge, die unter § 651 BGB fallen, nicht sachgerecht. Es könnten sich erhebliche Schwierigkeiten für den Bauunternehmer bei der Mangelbeseitigungsforderung des Bauherrn ergeben, wenn der Handwerker keinen Rückgriff auf seinen Lieferanten nehmen kann, weil es für beide Parteien ein Handelsgeschäft ist und die Mängelrechte des Handwerkers wegen der Versäumnis der Rüge nach § 377 HGB verloren sind⁶⁷. Nach Auffassung des Deutschen Anwaltsvereins könne Abhilfe hierüber nur geschaffen werden, indem man den § 651 BGB ändert und den Wortlaut mit „*wesentlichen Bestandteilen eines Bauwerks*“ ergänzt⁶⁸.

III. Reaktion im Schrifttum

Im Schrifttum stieß der Gesetzesentwurf auf Kritik in Bezug auf die dogmatische Sauberkeit der Neuregelungen⁶⁹. Die verschuldensunabhängige Haftung für die Aus- und Einbaukosten bildet einen Fremdkörper im deutschen Schuldrecht. Eine

weitere Ausdehnung dieser letztlich dem europäischen Verbraucherschutz geschuldeten Ausnahme sollte auf eine dogmatische Grundlage erfolgen⁷⁰. Insbesondere wird die Frage aufgeworfen, welche Konsequenzen diese Reform der kaufrechtlichen Mängelhaftung für das deutsche Konzept der vertraglichen Schadenersatzansprüche haben könnte und ob noch an der strikten Abgrenzung zwischen Erfüllung, Nacherfüllung und Schadenersatz festgehalten werden kann⁷¹.

Ein weiterer Kritikpunkt stellt die Berufung des Gesetzgebers auf die „Indiz“-Rechtsprechung bei AGB-Klauseln dar. Es erscheint zweifelhaft, ob es in der Lieferkette eine unterschiedliche Schutzbedürftigkeit der einzelnen Verkäufer/Lieferanten im Sinne von § 445a BGB n.F. geben kann⁷². In der Literatur wird vertreten, dass §§ 445a, 445b BGB n.F. (auch durch AGB) abdingbar sind⁷³. Um den Handwerker, der regelmäßig in diesen Lieferketten schwächste Partei ist, hinreichend zu schützen, wäre es erforderlich, klar zu verdeutlichen, dass der sich aus § 439 Abs. 3 BGB n.F. ergebende Aufwendungsanspruch weder ausgeschlossen, noch eingeschränkt werden darf⁷⁴.

D. Wertung des gesetzgeberischen Vorhabens

Der deutsche Gesetzgeber stand vor der schwierigen Aufgabe, die Rechtsprechung des EuGH zur Nacherfüllungspflicht und zum (nicht möglichen) Totalverweigerungsrecht bei absoluter Unverhältnismäßigkeit normativ umzusetzen⁷⁵. Dabei hätte der Gesetzgeber zwei verschiedene Wege einschlagen können. Einerseits konnte der Gesetzgeber die EuGH-Rechtsprechung isoliert nur für den Verbrauchsgüterkauf ins BGB umsetzen; andererseits bestand die Möglichkeit, das allgemeine Kaufrecht an den europäischen Vorgaben anzunähern. Der Gesetzgeber entschied sich für die zweite Variante. Dabei ist anzuführen, dass diese nicht darauf abzielte, den Verbraucherschutz zu stärken⁷⁶, denn durch die Aufnahme der EuGH- und BGH-Rechtsprechung in das Gesetz wird dem Verbraucher letztendlich nichts Weiteres gewährleistet, was ihm nicht bereits durch die Gerichte zugesprochen wurde. Herzstück dieser Reform zur Änderung ist die Stärkung der mittelständischen Unternehmer, die mangelhaftes Material erworben haben.

Die Überarbeitung des ursprünglichen § 439 Abs. 3 BGB seitens des Gesetzgebers ist konsequent. Man darf nicht außer Acht lassen, dass die Vorschriften der Nacherfüllung in erster Linie dem Schutz der Käufersinteressen dienen. Dies wäre nicht vollständig erreichbar, überließe man dem Verkäufer ein Wahlrecht. Die nach dem früheren Wortlaut vorgesehene Beschränkung des Wahlrechts beim „besonderen Interesse“ des Käufers hätte zu einer unklaren Rechtslage geführt, weil eine Legaldefinition fehlte. Demnach hätte die Judikative diese Problemstellung anhand des Einzelfalls klären müssen. Wei-

⁶³ BT-DRs 18/8486 vom 18.05.2016, S. 47.

⁶⁴ Pressemeldung des ZDH vom 10.03.2017.

⁶⁵ Stellungnahme des DAV zum Gesetzesentwurf zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, S. 10.

⁶⁶ Siehe unter B.I.4.

⁶⁷ Erman/*Grunewald*, BGB Kommentar, 15. Aufl. 2017, § 445a Rn. 15; jurisPK-BGB/*Ball*, 8. Aufl. 2017, § 445a Rn. 41; Stellungnahme des DAV zum Gesetzesentwurf zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, S. 11.

⁶⁸ Stellungnahme des DAV zum Gesetzesentwurf zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, S. 12.

⁶⁹ *Dauner-Lieb* NZBau, 2015, 684, 686

⁷⁰ *Dauner-Lieb* NZBau, 2015, 684, 686.

⁷¹ *Dauner-Lieb* NZBau, 2015, 684, 689.

⁷² v. *Westphalen* BB 2015, 2883, 2889.

⁷³ Erman/*Grunewald*, BGB Kommentar, 15. Aufl. 2017, § 445b Rn. 8.

⁷⁴ v. *Westphalen* BB 2015, 2883, 2892.

⁷⁵ v. *Reichenberg/Jerger* ZRP 2015, 237, 240.

⁷⁶ *Dauner-Lieb* NZBau, 2015, 684, 689.

terhin bezweckt die Erweiterung des Wortlauts mit „Anbringen“ Klarheit bei strittigen Sachverhalten.

Ferner wird durch die Einführung der §§ 445a, 445b BGB n.F. das gesetzgeberische Anliegen fortgesetzt, die europäischen Regelungen des Verbrauchsgüterkaufs in das allgemeine deutsche Kaufrecht tiefgreifender einzubeziehen und damit auch in den unternehmerischen Bereich auszuweiten. Dadurch wird das unbillige Ergebnis verhindert, dass der Letztverkäufer alle Kosten der Nacherfüllung zu tragen hat, obwohl ihn kein Verschulden trifft. Allerdings bleibt für die Rechtsprechung festzustellen, in welchen Fällen die Regelung abdingbar wäre. Zudem muss man § 377 HGB und die Rügeobliegenheiten beim Handelskauf berücksichtigen.

Letztlich ist sich der Gesetzgeber durch die Normierung der EuGH-Rechtsprechung in Bezug auf das Verweigerungsrecht des Verkäufers bei absoluter Unverhältnismäßigkeit der Linie treu geblieben, alle möglichen Problempunkte, die der zuvor fehlerhaften Umsetzung der VerbrauchsgüterRL zugrunde lagen, zu beseitigen. Auch die davor angekündigte Zielsetzung, die Vorschriften des Verbrauchsgüterkaufs, §§ 474 ff. BGB übersichtlicher zu gestalten, ist durch die Einführung des § 475 BGB n.F. gelungen. Der § 475 BGB n.F. ermöglicht einen Gesamtüberblick über die Regelungen, die auf den Verbrauchsgüterkauf anwendbar sind. Bedenklich erscheint aber die Aufnahme des § 475 Abs. 4 BGB n.F. aufgrund der Stellung der Vorschrift innerhalb des Verbrauchsgüterkaufs, ergibt sich die Möglichkeit, im Umkehrschluss zu behaupten, dass außerhalb davon kein Vorschuss mehr verlangt werden könne⁷⁷. Entweder ist dem Gesetzgeber ein Versehen unterlaufen, indem er eine Anspruchsgrundlage doppelt aufgenommen hat⁷⁸ oder er bezweckt, dass ein Vorschuss nur bei Verbrauchsgüterkäufen geleistet werden muss bzw. nur dann der Käufer einen Anspruch auf Vorschuss hat. Diese Problemstellung wird mit Sicherheit zu einem späteren Zeitpunkt die Judikative beschäftigen, so dass eine Entscheidung hierüber abzuwarten ist.

E. Fazit

Das Gesetz zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung ist zu begrüßen. Zwar kann kritisiert werden, dass der Gesetzestext an einigen Stellen systematisch inkonsequent und dogmatisch auch schwer begründbar ist. Zugrunde liegt hierfür die Diskrepanz zwischen dem verschuldensabhängigen deutschen und den davon unabhängigen europäischen Richtlinien. Im Wege der Vereinheitlichung der zivilrechtlichen Rechtsordnungen in Europa muss ein Bruch in einigen Bereichen mit dem nationalen Rechtsverständnis erfolgen. Durch die Reform der kaufrechtlichen Mängelhaftung hat der deutsche Gesetzgeber einen richtigen Schritt in diese Richtung vorgenommen.

⁷⁷ v. Reichenberg/Jerger ZRP 2015, 237, 239.

⁷⁸ Siehe bereits unter B.III.3.b): Ein Vorschuss kann nach der bisherigen BGB-Rechtsprechung auch nach § 439 Abs. 1 BGB verlangt werden: BGH, 13.04.2011, VIII ZR 220/10, NJW 2011, 2278, 2281; JurisPK-BGB/Ball, 8. Aufl. 2017, § 475 Rn. 37.

**Miroslav Georgiev studierte Rechtswissenschaften sowie Law and Economics an der Rheinische Friedrich-Wilhelm-Universität Bonn und ist derzeit Rechtsreferendar im Bezirk des Oberlandesgerichts Köln. Marko Kolev studierte Rechtswissenschaften an der Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.*

Die arbeitnehmerähnliche Person – Begriff und rechtliche Stellung im Arbeitsrecht

Karen Kelat*

A. Einleitung

Entstanden ist das Arbeitsrecht im 19. Jahrhundert im Zuge der Industrialisierung als Schutzrecht der Arbeitnehmer¹. Hintergrund war das besondere Schutzbedürfnis der in den Fabriken Beschäftigten². Dieses Bedürfnis ergab sich aus dem Austauschverhältnis von Arbeit und Lohn und der daraus resultierenden Marktabhängigkeit³. Heute ergibt sich die Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer vor allem aus deren Unselbständigkeit⁴.

Wird ein Beschäftigter als Arbeitnehmer oder Arbeitnehmers⁵ eingestuft, so hat dies insofern weitreichende Konsequenzen, als dass sämtliche Regelungen des Arbeitsrechts anwendbar sind⁶. Gilt jemand hingegen als Selbständiger, so profitiert er nicht von diesen besonderen Schutzregeln⁷. Vielmehr finden dann nur die Regelungen des Zivil-, Handels- und Wirtschaftsrechts Anwendung⁸.

Irrtümlich wird oftmals angenommen, das Arbeitsrecht sei ein duales System, dass sich in Selbständige und Arbeitnehmer aufteilt. Jedoch gibt es zusätzlich zu diesen beiden Gruppen noch die arbeitnehmerähnlichen Personen, sodass sich das Arbeitsrecht eigentlich als ein dreigeteiltes System darstellt⁹. Die Figur der arbeitnehmerähnlichen Person könnte somit als Lösung zur „Alles-oder-Nichts“-Anwendbarkeit des Arbeitsrechts dienen. Dies wird zu ermitteln sein.

Gesetzlich wurden die arbeitnehmerähnlichen Personen das erste Mal 1926 im ArbGG aufgegriffen¹⁰. Seit dieser begrifflichen Einführung wurde die arbeitnehmerähnliche Person immer wieder in Rechtsprechung und Literatur thematisiert. Bedingt durch die technische Entwicklung und der Option Arbeit am Computer in der eigenen Wohnstätte verrichten zu können, vermehrte sich sodann die Zahl der sog. abhängigen Selbständigen¹¹. Auch aufgrund der schwierigen Arbeitsmarktsituation wurde auf Seiten der Beschäftigten eine atypische Beschäfti-

gung ohne arbeitsrechtlichen Schutz gegenüber der Arbeitslosigkeit bevorzugt¹².

Wenn man von arbeitnehmerähnlichen Personen spricht, so ist damit nicht eine große Gruppe Beschäftigter gemeint. Vielmehr gibt es die gesetzlich erwähnten Berufsgruppen wie die Heimarbeiter, die Handelsvertreter und die Künstler sowie sonstige Beschäftigte, die als arbeitnehmerähnliche Personen einzustufen sind¹³, wenn sie die durch die Rechtsprechung entwickelten Merkmale erfüllen. Der folgende Beitrag befasst sich mit den sonstigen arbeitnehmerähnlichen Personen, die weder den freien Mitarbeitern, den Handelsvertretern noch den in Heimarbeit Beschäftigten zuzuordnen sind.

B. Begrifflichkeiten

I. Arbeitnehmerbegriff

Zwar hat der Arbeitnehmer begrifflich in vielen Gesetzen Eingang gefunden, jedoch wird er dort zumeist unpräzise als „Arbeiter, Angestellter oder zur Berufsausbildung Beschäftigter“ beschrieben (vgl. § 5 Abs. 1 S. 1 ArbGG; § 5 Abs. 1 S. 1 BetrVG; § 2 S. 1 BUrlG). Eine Legaldefinition findet sich in § 611a I BGB¹⁴, die im Ergebnis nur die in der Literatur und Rechtsprechung zusammengetragenen Merkmale gesetzlich festhält¹⁵, jedoch damit keine Änderung in der Sache herbeigeführt hat¹⁶. Arbeitnehmer ist nach der von Hueck ursprünglich eingeführten Definition, „wer aufgrund privatrechtlichen Vertrages im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist“¹⁷. Die Einordnungsschwierigkeiten, die es vor der Einführung des § 611a I BGB gab, bestehen gleichwohl weiterhin. Dies erkennt man bereits an der Formulierung des § 611a I BGB: Um eine konkrete Bestimmung vornehmen zu können, kommt es nach § 611a I 4, 5, 6 BGB auf die Umstände des Einzelfalls und die Eigenart der jeweiligen Tätigkeit an.

II. Arbeitnehmerähnliche Personen

Erstmalig Erwähnung fanden die arbeitnehmerähnlichen Personen 1923 bei *Melsbach*. Dieser erkannte, dass nicht nur der klassische Arbeitnehmer schutzbedürftig ist, sondern darüber

¹ Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht Band 1/*Richardi*, 3. Auflage 2009, § 2 Rn. 5, 7.

² *Zeuner RdA* 1975, 84.

³ Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht Band 1/*Richardi*, § 2 Rn. 7.

⁴ *Mikosch FS Löwisch*, 2007, 189, 192.

⁵ Der besseren Lesbarkeit halber wird auf die Ausführung geschlechterspezifischer Begriffe verzichtet. Wird in dem Aufsatz von „Arbeitnehmer“ o.ä. gesprochen, sind stets Männer und Frauen gleichermaßen gemeint.

⁶ *Schliemann RdA* 1997, 322.

⁷ *Pfarr FS Kehrman*, 1997, 75, 76.

⁸ *Griebeling RdA* 1998, 208, 211.

⁹ Gemeinschaftskommentar zum KSchG/*Treber*, 11. Auflage 2016, Arbeitnehmerähnliche Personen Rn. 19.

¹⁰ *Kretzschmar Die Rolle der Koalitionsfreiheit für Beschäftigungsverhältnisse jenseits des Arbeitnehmerbegriffs*, 2003, S. 95.

¹¹ *Von Einem BB* 1994, 60.

¹² *Von Einem BB* 1994, 60.

¹³ *Wank Arbeitnehmer und Selbständige*, 1988, S. 244.

¹⁴ *ErFKomm ArbR/Preis*, 18. Auflage 2018, § 611a BGB Rn. 8.

¹⁵ *BT Dts.* 18/9232, S. 31.

¹⁶ *BeckOK ArbR/Joussen*, 48. Edition 2017, § 611a BGB vor Rn. 1; *HK ArbR/Kreuder/Matthiessen/Kreuder*, 4. Auflage 2017, §§ 611, 611a BGB Rn. 6.

¹⁷ *BAG*, 15.02.2012, 10 AZR 301/10, Rn. 13; *Hueck/Nipperdey* Band 1, 7. Auflage 1963, S. 34 f.

hinaus auch „[solche] „geistigen Arbeiter“ und [ähnlichen] Personen – und zwar gleichgültig, ob sie „im Betriebe“ oder „zu Hause“ oder weder dort noch hier tätig sind [...], die – kurz ausgedrückt – nicht Arbeitnehmer sind, aber unter ähnlichen wirtschaftlichen Bedingungen wie Arbeitnehmer tätig werden“¹⁸.

Die arbeitnehmerähnliche Person ist entgegen ihres Begriffes nicht der Gruppe der Arbeitnehmer zuzuordnen¹⁹. Sie wird nicht aufgrund eines Arbeitsverhältnisses für den Auftraggeber tätig, sondern vielmehr im Rahmen eines freien Dienstvertrages oder eines sonstigen zur Arbeit verpflichtenden Rechtsverhältnisses²⁰. Die arbeitnehmerähnliche Person ist somit Selbständiger²¹.

Heute lässt sich die arbeitnehmerähnliche Person in mehreren Gesetzen verorten. Ihre Arbeitsbedingungen können durch Tarifvertrag geregelt werden (§ 12a TVG). Sie haben Anspruch auf bezahlten Urlaub (§ 2 S. 2 BUrlG), genießen Arbeitsschutz (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 ArbSchG) und sie sind geschützt vor Benachteiligungen nach dem AGG (§ 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AGG). Zuständig für Klagen gegen ihre Auftraggeber sind die Arbeitsgerichte (§ 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG).

Sämtliche vorgenannte Normen bestimmen, dass arbeitnehmerähnliche Personen solche sind, die wirtschaftlich von ihrem Auftraggeber abhängig sind. Eine allgemeingültige gesetzliche Definition des Begriffs der arbeitnehmerähnlichen Person gibt es nicht²², vielmehr blieb die materiell-rechtliche Ausfüllung des Begriffes Aufgabe der Rechtsprechung und der Literatur²³.

Teile der Literatur sehen § 12a Abs. 1 Nr. 1 TVG als Legaldefinition²⁴. Anderen zufolge soll die dortige Definition nur die Anwendung der Vorschriften des Tarifvertragsgesetzes zur Folge haben²⁵. In der Rechtsprechung hat sich herauskristallisiert, dass für den Status einer arbeitnehmerähnlichen Person erforderlich ist, dass diese wirtschaftlich abhängig und mit einem Arbeitnehmer vergleichbar schutzbedürftig ist²⁶. Es kann also dahinstehen, ob § 12a Abs. 1 Nr. 1 TVG die Legaldefinition des Begriffes darstellt, da die Norm den Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person konkretisiert²⁷ und hierbei mit den in der Rechtsprechung genannten Charakteristika übereinstimmt.

1. Merkmale und Abgrenzung

Im Gegensatz zum Arbeitnehmer ist die arbeitnehmerähnliche Person nicht oder zumindest nicht in demselben Maße persön-

lich von ihrem Auftraggeber abhängig²⁸. Es besteht insbesondere nicht die für das Arbeitsverhältnis typische Weisungsgebundenheit²⁹. Vielmehr kennzeichnet sich die arbeitnehmerähnliche Person durch ihre wirtschaftliche Abhängigkeit und ihre soziale Schutzbedürftigkeit. Wie diese Erfordernisse konkret ausgestaltet sind, ist jedoch umstritten.

a) Wirtschaftliche Abhängigkeit

Die wirtschaftliche Abhängigkeit bzw. die wirtschaftliche Unselbständigkeit wird zwar vom Gesetz als Merkmal der arbeitnehmerähnlichen Person benannt (vgl. § 12a Abs. 1 Nr. 1 TVG, § 2 S. 2 BUrlG), jedoch mangelt es an einer näheren Erläuterung. In Rechtsprechung und Literatur wurde der Begriff vielfach noch konkretisiert. Teilweise wird § 12a TVG zur näheren Auslegung herangezogen, da dies die jüngste Norm ist, die eine Regelung für arbeitnehmerähnliche Personen enthält³⁰.

aa) Kriterien der Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung liegt wirtschaftliche Abhängigkeit vor, wenn der Beschäftigte „auf die Verwertung seiner Arbeitskraft und die Einkünfte aus der Dienstleistung zur Sicherung seiner Existenzgrundlage angewiesen ist“³¹. Erforderlich ist dafür die überwiegende Tätigkeit für einen Auftraggeber³². Unschädlich ist die Beschäftigung für mehrere Auftraggeber nur, solange die Vergütung aus einem dieser Tätigkeitsverhältnisse die wesentliche Grundlage der wirtschaftlichen Sicherung des Beschäftigten darstellt³³. Auch muss das jeweilige Rechtsverhältnis eine gewisse Dauerhaftigkeit aufweisen³⁴. Durch eine einmalige Beauftragung, die eine kurzfristige Beschäftigung zum Gegenstand hat, wird noch keine wirtschaftliche Abhängigkeit des Beschäftigten hervorgerufen³⁵. Die Arbeitsleistung, aufgrund derer es zur wirtschaftlichen Abhängigkeit kommt, kann sowohl im Rahmen eines Dienst- als auch eines Werkvertrages erbracht werden³⁶. Es kommt nicht auf den konkreten Vertragstyp an. Die Arbeitsleistung muss außerdem persönlich, also ohne die Zuhilfenahme anderer Personen, erbracht werden³⁷. Auch soll in Betracht gezogen werden, ob der Beschäftigte sich einen eigenen Markt erschließen kann, indem er seine Arbeitsergebnisse selbst verwertet oder ob er diese dem Auftraggeber zur Verfügung stellen muss³⁸. Letztlich soll es nicht darauf ankommen, ob die Möglichkeit besteht, anderweitig durch Verwertung seiner Arbeitskraft ent-

¹⁸ Melsbach Deutsches Arbeitsrecht, 1923, S. 24.

¹⁹ Junker Grundkurs Arbeitsrecht, 2017, Rn. 104; *Fitting*, Betriebsverfassungsgesetz: BetrVG, 28. Auflage 2016, § 5 Rn. 92.

²⁰ Boemke ZfA 1998, 285, 317.

²¹ Hromadka FS Söllner 2000, S. 461, 466; *Griebeling* RdA 1998, 208, 210.

²² Oetker FS Arbeitsrecht und Arbeitsgerichtsbarkeit, 1999, S. 311, 314.

²³ Pfarr FS Kehrman, 1997, S. 75, 77.

²⁴ *Kreber* Unternehmensübergreifende Arbeitsabläufe im Arbeitsrecht 2005, S. 156; *Wank* Arbeitnehmer und Selbständige, 1988, S. 9.

²⁵ *Willemsen/Münsterjering* NZA 2008, 193; *Kunze* UFITA 1975, 19, 21.

²⁶ BAG, 21.02.2007, 5 AZB 52/06, Rn. 11 ff.; *Pfarr* FS Kehrman 1997, S. 75, 87 f.

²⁷ Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht Band 1/*Richardi*, § 20 Rn. 10; vgl. *ErfKomm ArbR/Franzen*, § 12a TVG Rn. 4.

²⁸ *Falkenberg* DB 1969, 1409.

²⁹ *Boemke* ZfA 1998, 285, 317.

³⁰ *Wiedemann TVG/Wank*, 7. Auflage 2007, § 12a Rn. 40, 42; *Krause* Arbeitsrecht, 3. Auflage 2015, § 2 Rn. 30.

³¹ BAG, 17.01.2006, 9 AZR 61/05, Rn. 14; BAG, 26.09.2002, 5 AZB 19/01, Rn. 83.

³² BAG, 14.01.1997, 5 AZB 22/96, Rn. 12.

³³ BAG, 19.12.2000, 5 AZB 16/00, Rn. 17.

³⁴ BAG, 15.11.2005, 9 AZR 626/04, Rn. 20.

³⁵ BAG, 06.12.1974, 5 AZR 418/74, Rn. 13.

³⁶ LAG Köln, 29.09.2003, 13 Ta 77/03, Rn. 23.

³⁷ LAG Köln, 29.09.2003, 13 Ta 77/03, Rn. 23.

³⁸ Vgl. BAG, 03.04.1990, 3 AZR 258/88, Rn. 30; *Frey* Arbeitnehmerähnliche Personen in der Betriebsverfassung unter besonderer Berücksichtigung des Arbeitsschutzrechts, 2014, S. 28 f.

lohnt zu werden, sondern ob die tatsächliche Situation zur wirtschaftlichen Abhängigkeit führt³⁹.

bb) Einzelne Kriterien der Literatur

(1) Übersicht

Auch in der Literatur wurden viele mögliche Merkmale zur Ermittlung der wirtschaftlichen Abhängigkeit zusammengetragen. So sollen beispielsweise die Höhe der Vergütung, die Dauer und die Art der Tätigkeit sowie die soziale Stellung des Beschäftigten mit berücksichtigt werden⁴⁰. Ferner soll eine Rolle spielen, ob die Tätigkeit im Interesse des Auftraggebers, also fremdnützig, verrichtet wird⁴¹. Es wird auch vertreten, dass allein anhand der Höhe des Gesamteinkommens die *wirtschaftliche* Abhängigkeit ermittelt werden kann, da Zweck des Einkommens die Daseinsvorsorge ist⁴². Einigkeit herrscht darüber, dass der Beschäftigte jedenfalls nicht persönlich abhängig sein darf, da er ansonsten als Arbeitnehmer einzustufen wäre⁴³. Die genannten Kriterien sind jedoch nicht abschließend. Vielmehr kommt es auf den Einzelfall und dessen konkrete Umstände an, um die jeweiligen Kriterien zu bestimmen, anhand derer die wirtschaftliche Abhängigkeit festgemacht werden kann⁴⁴.

(2) Einbeziehung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse?

Ob die privaten Einkommens- und Vermögensverhältnisse mit in die Bestimmung der wirtschaftlichen Abhängigkeit einfließen sollen, ist in der Literatur umstritten⁴⁵.

Einer Ansicht zufolge sollen die privaten Einkommens- und Vermögensverhältnisse berücksichtigt werden⁴⁶. Argumentiert wird unter anderem damit, dass nicht die finanziellen Verhältnisse selbst, sondern die Auswirkung, die eine ausreichende finanzielle Sicherung zur Folge hat, einen entscheidenden Faktor darstellen – nämlich, dass der Beschäftigte vom Markt unabhängig ist⁴⁷. Auch wird vorgebracht, dass sich aus der Tatsache, ob der Beschäftigte an einen oder mehrere Auftraggeber gebunden ist, kein aussagekräftiger Schluss über dessen *wirtschaftliche* Abhängigkeit ziehen lässt⁴⁸. Der Höhe des Gesamteinkommens soll man hingegen eine konkrete Schlussfolgerung bezüglich der wirtschaftlichen Abhängigkeit entnehmen können⁴⁹. Diese finanzielle Sicherung darf jedoch für

eine wirtschaftliche Unabhängigkeit nicht nur aus unerheblich geringen Vermögensmengen oder Einkünften bestehen⁵⁰.

Der Gegenansicht zufolge sollen das Einkommen und das Vermögen bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Abhängigkeit außer Betracht bleiben⁵¹. Die Offenlegung dieser Verhältnisse würde einen nicht zumutbaren Eingriff in die Privatsphäre des Beschäftigten darstellen⁵². Außerdem würden bei der Prüfung der Arbeitnehmereigenschaft die Einkommens- und Vermögensverhältnisse auch nicht berücksichtigt, weswegen diese für die Einordnung als arbeitnehmerähnliche Person ebenfalls nicht relevant sein sollen⁵³. Nur solche Tatsachen, die mit dem Beschäftigungsverhältnis der arbeitnehmerähnlichen Person direkt zusammenhängen, dürften als Kriterien zur Ermittlung der wirtschaftlichen Abhängigkeit herangezogen werden⁵⁴.

Nach einer weiteren Auffassung soll nur die Höhe des Einkommens berücksichtigt werden⁵⁵. Da die Vergütung aus der Tätigkeit als Existenzgrundlage des Beschäftigten dient, darf diese nicht unermesslich hoch sein – eine relativ hohe Vergütung, schließt jedoch nicht per se die wirtschaftliche Abhängigkeit aus⁵⁶.

Im Ergebnis spricht mehr dafür, eine Einzelfallbetrachtung vorzunehmen, bei der unter Umständen auch die privaten Einkommens- und Vermögensverhältnisse berücksichtigt werden können. Grundsätzlich gilt es zu beachten, dass die arbeitnehmerähnliche Person in manchen Aspekten deswegen in den Schutzbereich des Arbeitsrechts miteinbezogen werden soll, weil eine besonders starke Bindung zu und Abhängigkeit von einem Auftraggeber besteht, weshalb eine zusätzliche Tätigkeit und somit eine weitergehende finanzielle Absicherung gar nicht möglich ist. Wenn sich jemand trotz vorhandener finanziellen Ressourcen, freiwillig nur in die Dienste *eines* Auftraggebers begibt und dann auf die Verrichtung weiterer Tätigkeiten verzichtet, so erscheint er nicht in demselben Sinne wirtschaftlich abhängig.

b) Soziale Schutzbedürftigkeit

Um die arbeitnehmerähnliche Person von den Selbständigen abzugrenzen bedarf es des Merkmales der sozialen Schutzbedürftigkeit, da der Selbständige trotz möglicher wirtschaftlicher Abhängigkeit nicht auf den arbeitsrechtlichen Schutz angewiesen ist⁵⁷.

Eine arbeitnehmerähnliche Person ist sozial schutzbedürftig, „wenn das Maß der Abhängigkeit nach der Verkehrsanschauung einen solchen Grad erreicht, wie er im Allgemeinen nur in einem Arbeitsverhältnis vorkommt und die geleisteten Dienste nach ihrer sozialen Typik mit denen eines Arbeitnehmers ver-

³⁹ LAG Köln, 29.09.2003, 13 Ta 77/03, Rn. 27.

⁴⁰ *Falkenberg* DB 1969, 1409, 1412.

⁴¹ *Schubert* Der Schutz der arbeitnehmerähnlichen Person, 2004, S. 30.

⁴² *Lieb* RdA 1974, 257, 263.

⁴³ *Kunze* UFITA 1975, 19, 23.

⁴⁴ *Von Hase/Lembke* BB 1997, 1095, 1096; *Herschel* DB 1977, 1185, 1188.

⁴⁵ Hinsichtlich der Rechtsfolge der Einbeziehung der finanziellen Verhältnisse herrscht auch Uneinigkeit, siehe hierzu: *Willemsen/Müntefering* NZA 2008, 193, 196; BAG, 02.10.1990, 4 AZR 106/90, Rn. 22; *Schubert* Der Schutz der arbeitnehmerähnlichen Person, 2004, S. 40.

⁴⁶ BAG, 13.12.1962, 2 AZR 128/62, Rn. 13; *Seidel* BB 1970, 971, 972.

⁴⁷ *Herschel* DB 1977, 1185, 1188.

⁴⁸ *Lieb* RdA 1974, 257, 263.

⁴⁹ *Lieb* RdA 1974, 257, 263.

⁵⁰ *Herschel* DB 1977, 1185, 1188.

⁵¹ *Wank* Arbeitnehmer und Selbständige, 1988, S. 241; *von Hase/Lembke* BB 1997, 1095, 1096; *Herschel* AuR 1982, 336, 339.

⁵² *Neuvians* Die arbeitnehmerähnliche Person, 2002, S. 74.

⁵³ *Von Hase/Lembke* BB 1997, 1095, 1096.

⁵⁴ *Neuvians* Die arbeitnehmerähnliche Person, 2002, S. 74.

⁵⁵ *Falkenberg* DB 1969, 1409, 1412.

⁵⁶ *Falkenberg* DB 1969, 1409, 1412.

⁵⁷ BAG, 17.01.2006, 9 AZR 61/05, Rn. 20.

gleichbar sind“⁵⁸. Weil anhand dieser vagen Definition eine konkrete Bestimmung der sozialen Schutzbedürftigkeit schwierig ist, bedarf es an sich spezifischerer Merkmale. In der Literatur herrscht diesbezüglich Uneinigkeit. Einer Ansicht zufolge soll diese Schutzbedürftigkeit abstrakt für die jeweilige Tätigkeitssparte ermittelt werden⁵⁹. Danach ist die wesentliche Frage, ob derartig Beschäftigte allgemein schutzbedürftig sind, nicht aber, ob die konkrete Person schutzbedürftig ist⁶⁰.

Einer anderen Ansicht zufolge soll es auf den Einzelfall und dessen Umstände unter Berücksichtigung der Verkehrsschauung ankommen⁶¹. Auf ein für und wider hinsichtlich dieser beiden Ansichten kommt es nicht an, da im Ergebnis jedenfalls festzuhalten ist, dass zur Beurteilung der wirtschaftlichen Abhängigkeit wie auch der sozialen Schutzbedürftigkeit, der Einzelfall gemeinsam mit den äußeren Umständen zu betrachten ist. Eine Beurteilung anhand festgesteckter Kriterien ist schon deshalb schwierig, weil in jeder Branche die Arbeitsleistungen anders ausgestaltet sind und ein anderer Bedarf an Arbeitskraft besteht.

III. Abgrenzung zum Scheinselbständigen

Die Einordnung eines Beschäftigten als Arbeitnehmer hat für dessen Arbeitgeber arbeitsrechtliche und sozialversicherungsrechtliche Folgen, vor allem in wirtschaftlicher Hinsicht⁶². Deswegen haben die Arbeitgeber vielfach versucht, durch die veränderte Bezeichnung des Arbeitsverhältnisses, beispielsweise als „freies Dienstverhältnis“, dem Anwendungsbereich des Arbeitsrechts und den damit verbundenen Folgen zu entgehen⁶³. Diese Vorgehensweise trat insbesondere in den sechziger Jahren auf, als viele Rundfunkanstalten ihre Beschäftigten nicht als Arbeitnehmer anstellten, sondern als sog. „freie Mitarbeiter“⁶⁴.

Bekannt wurde dieses Phänomen unter dem Titel der „neuen Selbständigkeit“ oder auch der „Scheinselbständigkeit“⁶⁵. Der Beschäftigte ist hierbei weiterhin persönlich abhängig und unterliegt den Weisungen des Arbeitgebers, ohne dass ein Arbeitsvertrag geschlossen wurde⁶⁶. Um zu beurteilen, ob jemand Selbständiger oder Arbeitnehmer ist, kommt es jedoch auf die tatsächliche Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses an⁶⁷. Da es nicht auf die Bezeichnung des Vertrages ankommt, sondern auf dessen tatsächliche Durchführung und den damit eintretenden Wirkungen, kann der Scheinselbständige arbeitnehmerähnliche Person oder auch Arbeitnehmer sein.

⁵⁸ BAG, 02.10.1990, 4 AZR 106/90, Rn. 22.

⁵⁹ Kempen/Zachert/Stein, 5. Auflage 2014, § 12a Rn. 31.

⁶⁰ Kempen/Zachert/Stein, § 12a Rn. 31.

⁶¹ Schwab/Weth/Kliemt, 4. Auflage 2015, § 5 Rn. 209; Neumann/Fenski/Kühn/Neumann, 11. Auflage 2016, § 2 Rn. 71.

⁶² Rolfs Arbeitsrecht: Studienkommentar, 2014, § 611 Rn. 17.

⁶³ Boemke ZfA 1998, 285, 288; vgl. Von Einem BB 1994, 60.

⁶⁴ Pfarr FS Kehrman 1997, S. 75, 79.

⁶⁵ Von Einem BB 1994, 60; Boemke ZfA 1998, 285, 288 f.

⁶⁶ Reinecke FS Dieterich 1999, S. 463.

⁶⁷ Joost FS Wiese 1998, S. 191, 192; vgl. im Übrigen B.I.

C. Arbeitsrechtliche Stellung der arbeitnehmerähnlichen Personen

I. Die arbeitnehmerähnliche Person im Individualarbeitsrecht

Für Arbeitnehmer bietet das Arbeitsrecht umfassenden Schutz. Wichtige Aspekte sind hier unter anderem der Kündigungsschutz sowie die Haftungsbeschränkung im Rahmen des innerbetrieblichen Schadensausgleiches. Hierdurch soll der Arbeitnehmer sozial abgesichert werden, da er auf die Verwertung seiner Arbeitskraft zur Sicherung seiner Existenzgrundlage angewiesen und dabei dem Unternehmer unterstellt ist⁶⁸. Es stellt sich damit die Frage, ob auch arbeitnehmerähnliche Personen ausreichend vor der Beendigung des Vertragsverhältnisses und damit vor dem Verlust ihres Einkommens sowie vor Gefahren, die von der Arbeitsstätte des Auftraggebers ausgehen, geschützt sind.

1. Kündigungsschutz für arbeitnehmerähnliche Personen

Art. 12 GG schützt nicht nur die freie Wahl des Arbeitsplatzes, sondern auch das Beibehaltungsinteresse des jeweiligen Beschäftigten hinsichtlich seines Arbeitsplatzes⁶⁹. Art. 12 GG bietet dadurch keinen Schutz vor dem Verlust des Arbeitsplatzes⁷⁰. Da der Schutzbereich jede berufliche Betätigung, auch die selbständige Beschäftigung erfasst⁷¹, ergibt sich jedoch aus dem aus Art. 12 GG abgeleiteten staatlichen Schutzauftrag, die Pflicht des Gesetzgebers den bestehenden Interessenkonflikt zwischen der arbeitnehmerähnlichen Person und dem jeweiligen Auftraggeber ebenfalls lösen zu müssen⁷². In diesem Interessenkonflikt stehen sich das Interesse der arbeitnehmerähnlichen Person am Bestandsschutz und der Wille des Auftraggebers gegenüber, frei über die Vergabe der Aufträge zu entscheiden⁷³.

a) Kündigungsschutzgesetz

Schutzgut des Kündigungsschutzgesetzes ist der Arbeitsplatz und die Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers, da diese beiden Elemente die Basis seiner wirtschaftlichen und sozialen Existenz darstellen⁷⁴. Auch bei der arbeitnehmerähnlichen Person ist die Beschäftigung Basis der wirtschaftlichen Existenz, sodass diese ebenso ein Bestandsschutzinteresse hat⁷⁵.

Der Anwendungsbereich und der Wortlaut des KSchG setzen die Arbeitnehmereigenschaft voraus (vgl. §§ 1, 23 Abs. 1 KSchG). Arbeitnehmerähnliche Personen gelten nicht als Arbeitnehmer im Sinne des KSchG und fallen somit nicht in den Anwendungsbereich⁷⁶. Eine analoge Anwendung kommt man-

⁶⁸ Krause Arbeitsrecht, § 1 Rn. 7.

⁶⁹ ErfKomm ArbR/Schmidt, 16. Auflage 2016, Art. 12 GG Rn. 4.

⁷⁰ Oetker FS Arbeitsrecht und Arbeitsgerichtsbarkeit, 1999, S. 311, 318.

⁷¹ ErfKomm ArbR/Schmidt, 18. Auflage 2018, Art. 12 GG Rn. 9.

⁷² Griese FS Otto, 2008, S. 109, 117.

⁷³ Griese FS Otto, 2008, S. 109, 117.

⁷⁴ BT Drucks. I/2090, S. 11.

⁷⁵ Mikosch FS Löwisch, 2007, S. 189, 197.

⁷⁶ Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht Band 1/Wank, § 109 Rn. 14; BeckOK ArbR/Volkering, § 23 KSchG Rn. 16.

gels planwidriger Regelungslücke nicht in Betracht⁷⁷: Der Gesetzgeber hat schon nicht alle abhängig Beschäftigten dem Schutz des KSchG unterstellt⁷⁸. Dies ist konkret der Kleinbetrieb-Regelung zu entnehmen: Hiernach muss der Arbeitgeber, der weniger als fünf Arbeitnehmer beschäftigt, die Kündigung nicht sozial rechtfertigen (vgl. §§ 23 Abs. 1 S. 2; 1 KSchG). Ferner sind auch die Kündigungsschutzbestimmungen für besonders geschützte Arbeitnehmer, wie beispielsweise § 2 ArbPISchG oder § 9 MuSchG, nicht auf arbeitnehmerähnliche Personen anwendbar⁷⁹.

b) Zivilrechtliche Generalklauseln

Eine Möglichkeit für den Bestandsschutz arbeitnehmerähnlicher Personen bieten die zivilrechtlichen Generalklauseln §§ 138, 242 BGB⁸⁰. Die Beendigung des Vertragsverhältnisses wird dabei auf mögliche Sittenwidrigkeit und auf Einhaltung der Grundsätze von Treu und Glauben geprüft⁸¹. Insbesondere gilt es seitens des Auftraggebers, nicht nur dessen eigene Interessen, sondern auch die des Beschäftigten miteinzubeziehen – jedoch bedarf es keiner Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG⁸² und auch keiner Abwägung der durch das KSchG aufgestellten Grundsätze im Rahmen des § 242 BGB⁸³.

§ 138 Abs. 1 BGB bietet aber keinen allgemeinen Kündigungsschutz für arbeitnehmerähnliche Personen⁸⁴. Erst wenn eine Kündigung in erheblichem Maße gegen grundrechtliche Wertungen verstößt, führt dies über § 138 Abs. 1 BGB wegen Sittenwidrigkeit zur Nichtigkeit⁸⁵. Eine Kündigung, die ausgesprochen wird, weil die arbeitnehmerähnliche Person ihre gesetzlichen Ansprüche geltend macht, ist ohne Zweifel sittenwidrig⁸⁶.

Vor willkürlichen Kündigungen bzw. Beendigungen der Tätigkeit werden arbeitnehmerähnliche Personen über § 242 BGB geschützt⁸⁷. Willkürlichkeit liegt vor, wenn die Kündigung nicht auf Gründen basiert, die mit der Beschäftigung zusammenhängen⁸⁸.

Grundsätzlich kann damit die Kündigung von Vertragsverhältnissen mit arbeitnehmerähnlichen Personen nach dem geltenden Recht zwar grundlos erfolgen⁸⁹. Festhalten kann man jedoch auch, dass die Beendigung des Vertragsverhältnisses

von arbeitnehmerähnlichen Personen aufgrund der Anwendung von §§ 138, 242 BGB nicht vollkommener Willkür unterliegt.

c) Verlängerte Kündigungsfristen

Im Dienst- als auch im Werkvertragsrecht gibt es jeweils Regelungen zur Beendigung des Vertragsverhältnisses und den einzuhaltenden Fristen, wenn es nicht schon aufgrund des reinen Zeitablaufes oder der Erfüllung zur Beendigung kommt (vgl. §§ 620, 621, 649 S. 1, 643, 650 BGB). Eine auf arbeitnehmerähnliche Personen anwendbare Vorschrift hinsichtlich verlängerter Kündigungsfristen besteht mit § 621 Nr. 5 Hs. 2 BGB. Jedoch kommt es nicht zur automatischen Anwendung der zweiwöchigen Kündigungsfrist, sondern der Dienstnehmer muss im Rahmen des Dienstverhältnisses von der Tätigkeit vollständig oder überwiegend in Anspruch genommen werden.

Bei Arbeitsverhältnissen verlängern sich die Kündigungsfristen grundsätzlich bei langjähriger Vertragsdauer nach Maßgabe des § 622 Abs. 2 BGB. Es kommt im Arbeitsverhältnis damit auf die zeitliche Komponente an. Umstritten ist, ob sich die Kündigungsfristen der Beschäftigungsverhältnisse arbeitnehmerähnlicher Personen entsprechend verlängern sollten.

Eine Ansicht vertritt, dass eine solche Verlängerung der Kündigungsfristen nicht in Betracht kommt⁹⁰. Die Gegenansicht befürwortet eine Anwendung der Normen über die verlängerten Kündigungsfristen⁹¹.

Der Gesetzgeber hat die verlängerten Kündigungsfristen des § 622 Abs. 2 BGB für die Heimarbeiter, der Hauptgruppierung der arbeitnehmerähnlichen Personen, in § 29 Abs. 4 HAG übernommen. Dies ist mit der vergleichbaren Schutzbedürftigkeit zu begründen: Der langjährig beschäftigte Arbeitnehmer, wie auch der Heimarbeiter sind schutzbedürftig – beide benötigen ausreichend Zeit bei Beendigung des jeweiligen Vertragsverhältnisses, um sich neu orientieren zu können⁹². Da sonstige arbeitnehmerähnliche Personen auch mit den Heimarbeitern vergleichbar schutzbedürftig sind, spricht dies für eine Analogiefähigkeit der Schutzvorschriften der Heimarbeiter zugunsten sonstiger arbeitnehmerähnlicher Personen⁹³.

Ferner dürfen die arbeitnehmerähnlichen Personen allein wegen Art. 12 GG bei der Kündigung des Rechtsverhältnisses durch den Auftraggeber nicht ohne Schutz dastehen – die Anwendung von §§ 622 Abs. 2 BGB, 29 Abs. 4 HAG bietet in diesem Sinne systemgerechten Mindestschutz⁹⁴.

Auch in ähnlich gelagerten Fällen werden in der Rechtsprechung die verlängerten Kündigungsfristen angewendet, so beispielsweise auf die Dienstverhältnisse von GmbH-Geschäftsführern, mit der Begründung, dass diese auch von

⁷⁷ BAG, 20.01.2004, 9 AZR 291/02, Rn. 66; *Griese FS Otto*, 2008, S. 109, 117.

⁷⁸ *Appel/Frantzoch AuR* 1998, 93, 96.

⁷⁹ Däubler TVG/*Reinecke/Rachor*, 4. Auflage 2016, § 12a Rn. 62; *Palandt/Weidenkaff*, Einf v § 611 Rn. 9.

⁸⁰ *Appel/Frantzoch AuR* 1998, 93, 96 f.; *Gemeinschaftskommentar zum KSchG/Treber*, Arbeitnehmerähnliche Personen Rn. 53.

⁸¹ *Endemann AuR* 1954, 210, 213.

⁸² *Appel/Frantzoch AuR* 1998, 93, 97.

⁸³ *Oetker FS Arbeitsrecht und Arbeitsgerichtsbarkeit*, 1999, S. 311, 326.

⁸⁴ *Frantzoch Abhängige Selbständigkeit im Arbeitsrecht*, 2000, S. 202.

⁸⁵ Vgl. *Schubert Der Schutz der arbeitnehmerähnlichen Personen*, 2004, S. 454 f.; *Frantzoch*, *Abhängige Selbständigkeit im Arbeitsrecht*, 2000, S. 202.

⁸⁶ BAG, 14.12.2004, 9 AZR 23/04, Rn. 23.

⁸⁷ *Schubert Der Schutz der arbeitnehmerähnlichen Personen*, 2004, S. 468; *Frantzoch Abhängige Selbständigkeit im Arbeitsrecht*, 2000, S. 223.

⁸⁸ *Frantzoch Abhängige Selbständigkeit im Arbeitsrecht*, 2000, S. 223.

⁸⁹ *Hromadka FS Söllner*, 2000, S. 461, 475.

⁹⁰ BAG, 08.05.2007, 9 AZR 777/06, Rn. 12 ff.; *ErfKomm ArbR/Müller-Glöge*, § 622 BGB Rn. 6; *BeckOK BGB/Fuchs*, 43. Edition 2017, § 622 Rn. 4.

⁹¹ LAG Köln, 29.05.2006, 14 (5) Sa 1343/05, Rn. 69; *Oetker FS Arbeitsrecht und Arbeitsgerichtsbarkeit*, 1999, S. 311, 324.

⁹² LAG Köln, 29.05.2006, 14 (5) Sa 1343/05, Rn. 75.

⁹³ *Hromadka NZA* 1997, 1249, 1256; *Beuthien/Wehler RdA* 1974, 2, 10.

⁹⁴ *Griese FS Otto*, 2008, S. 116, 122 f.

ihrer Gesellschaft wirtschaftlich abhängig seien⁹⁵. Dass der Gesetzgeber eine Neuregelung der Kündigungsfristen für die Arbeitnehmer vorgenommen und dabei die verlängerten Kündigungsfristen nicht auf GmbH-Geschäftsführer erstreckt hat, soll der analogen Anwendung nicht entgegenstehen⁹⁶. Vielmehr sind keine sachlichen Gründe ersichtlich, weshalb arbeitnehmerähnliche Personen schlechter gestellt werden sollten als GmbH-Geschäftsführer⁹⁷. Arbeitnehmerähnliche Personen erscheinen vielmehr sogar schutzbedürftiger als Beschäftigte in der Stellung des Geschäftsführers⁹⁸.

Nach der die Anwendung der verlängerten Kündigungsfristen ablehnenden Ansicht sind die Vorschriften der Heimarbeiter als für diese Personengruppe geltenden besonderen Schutzvorschriften nicht verallgemeinerungsfähig⁹⁹. Der Gesetzgeber hat zwar die arbeitnehmerähnlichen Personen in einigen Gesetzen den Arbeitnehmern gleichgestellt, für verlängerte Kündigungsfristen hat er aber eine solche Regelung nicht getroffen¹⁰⁰. Auch wird vorgebracht, dass es mit § 621 Nr. 5 BGB eine Regelung gibt, die auf arbeitnehmerähnliche Personen anwendbar ist, weshalb es bereits an der für eine Analogie erforderlichen Regelungslücke mangelt¹⁰¹.

Überzeugend ist im Ergebnis die Anwendung der verlängerten Kündigungsfristen auf arbeitnehmerähnliche Personen. Bereits im Zivilrecht wird der mit der Zeit steigenden sozialen Schutzbedürftigkeit bei Bestehen von Dauerrechtsverhältnissen durch verlängerte Kündigungsfristen Rechnung getragen (vgl. § 89 Abs. 1 HGB, § 573c BGB)¹⁰². Außerdem ist § 621 BGB dispositiv¹⁰³. Die Norm wird dem Bestandsschutzinteresse der arbeitnehmerähnlichen Personen somit nicht gerecht, weswegen eine entsprechende Anwendung des § 29 Abs. 4 HAG geboten erscheint¹⁰⁴.

Nichts anderes kann im Übrigen auch gelten, wenn der jeweilige Vertragstyp als Werkvertrag einzuordnen ist, sofern sich zwischen der arbeitnehmerähnlichen Person und dem Auftraggeber eine Dauerbeziehung entwickelt hat¹⁰⁵.

2. Haftung der arbeitnehmerähnlichen Personen

Schädigt der Arbeitnehmer die Rechtsgüter des Arbeitgebers im Rahmen einer betrieblich veranlassten Tätigkeit, so wird je nach Grad des Verschuldens der Umfang der Haftung erleichtert, es sei denn, die Schädigung wurde vorsätzlich begangen¹⁰⁶. Grundgedanke ist, dass der Arbeitgeber durch sein Weisungsrecht die Arbeitsumgebung prägen kann (sog. Be-

triebsrisiko) und eine unbeschränkte Haftung für den Arbeitnehmer wirtschaftlich unzumutbar wäre¹⁰⁷.

Umstritten ist die Anwendung der durch Richterrecht entwickelten Grundsätze der Haftungsprivilegierung auf arbeitnehmerähnliche Personen. Teilweise wird vertreten, dass die Haftungsprivilegierung auch auf arbeitnehmerähnliche Personen anwendbar sein soll¹⁰⁸. Die Gegenansicht lehnt die Anwendung der Grundsätze zugunsten arbeitnehmerähnlicher Personen ab¹⁰⁹.

Nach ersterer Ansicht, soll das „Ob“ der Anwendung der Grundsätze der Haftungsprivilegierung nicht nach dem Status des Beschäftigten, sondern nach dessen Funktion beurteilt werden¹¹⁰. Entscheidend ist somit, ob die arbeitnehmerähnliche Person betrieblich eingegliedert ist und dadurch an der Erfüllung des Betriebszweckes beteiligt ist¹¹¹. Obwohl die arbeitnehmerähnliche Person mangels ihrer persönlichen Abhängigkeit nicht weisungsgebunden ist, hat auch sie keinerlei reale Einwirkungsmöglichkeit auf die Gefahren, die im Betrieb entstehen¹¹². Ferner steht ihre Vergütung für die jeweilige Tätigkeit meist außer Relation zu dem Risiko der Schadensersatzverpflichtung¹¹³. Da sich im Übrigen die Abgrenzung zwischen Dienst-, Werk- oder Arbeitsvertrag oftmals schwierig gestaltet, sind die Arbeitnehmerstellung wie auch die Fürsorgepflicht für den Arbeitnehmer nicht als geeignete Kriterien zur Beurteilung der Anwendung der Haftungsgrundsätze anzusehen¹¹⁴. Vielmehr muss es darauf ankommen, ob die Situation des Einzelfalls eine Verteilung des Risikos auf Auftraggeber und arbeitnehmerähnliche Person rechtfertigt¹¹⁵.

Laut der die Haftungsprivilegierung ablehnenden Ansicht ist Grund für die Haftungsprivilegierung des Arbeitnehmers die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, da dieser nicht die durch seinen Betrieb und seine Weisungen geschaffenen Gefahren und Belastungen auf den Arbeitnehmer abwälzen darf¹¹⁶. Die arbeitnehmerähnliche Person ist gerade nicht weisungsgebunden, weshalb nicht wie beim Arbeitnehmer der Arbeitgeber Art und Umfang des Haftungsrisikos bestimmt¹¹⁷. Die sich aus der wirtschaftlichen Abhängigkeit ergebende Schutzbedürftigkeit kann nicht mit der Risikoverteilung im Arbeitsverhältnis gleichgesetzt werden und stellt somit keinen gewichtigen Faktor dar, um die Haftungsprivilegierung auf arbeitnehmerähnliche Personen anzuwenden¹¹⁸. Außerdem wird der selbständig Beschäftigte tätig, um den von ihm vereinbarten Vertrag zu

¹⁰⁷ HK BGB/Schreiber, 9. Auflage 2017, § 619a Rn. 4.

¹⁰⁸ LAG Hessen, 02.04.2013, 13 Sa 857/12, Rn. 46; Otto/Schwarze/Krause/Otto, 4. Auflage 2014, § 7 Rn. 7; Brox/Walker DB 1985, 1469, 1477; Schubert Der Schutz arbeitnehmerähnlicher Personen, 2004, S. 419.

¹⁰⁹ BGH, 01.02.1963, VI ZR 271/61, Leitsatz 1; LAG Berlin, 29.10.1990, 9 Sa 67/90, Leitsatz 1; ErfKomm ArbR/Preis, § 619a BGB Rn. 19.

¹¹⁰ Pallasch RdA 2013, 338, 350.

¹¹¹ Pallasch RdA 2013, 338, 347.

¹¹² Zeuner RdA 1975, 84, 87.

¹¹³ Krause NZA 2003, 577, 582.

¹¹⁴ Brox/Walker DB 1985, 1469, 1477; vgl. Gamillscheg/Hanau Die Haftung des Arbeitnehmers, 1974, S. 22.

¹¹⁵ Gamillscheg/Hanau Die Haftung des Arbeitnehmers, 1974, S. 22.

¹¹⁶ LAG Berlin, 29.10.1990, 9 Sa 67/90, Rn. 3.

¹¹⁷ BeckOK ArbR/Hesse, § 619 a BGB Rn. 6.

¹¹⁸ BeckOK ArbR/Hesse, § 619 a BGB Rn. 6.

⁹⁵ BGH, 29.01.1981, II ZR 92/80, Rn. 6.

⁹⁶ LAG Köln, 29.05.2006, 14 (5) Sa 1343/05, Rn. 77.

⁹⁷ Boemke, jurisPR-ArbR 49/2007 Anm. 2.

⁹⁸ Kittner/Däubler/Zwanziger/Zwanziger, 9. Auflage 2014, § 621 BGB Rn. 6; Schubert Der Schutz der arbeitnehmerähnlichen Personen, 2004, S. 441.

⁹⁹ BAG, 08.05.2007, 9 AZR 777/06, Rn. 18.

¹⁰⁰ BAG, 08.05.2007, 9 AZR 777/06, Rn. 20, 23.

¹⁰¹ BAG, 08.05.2007, 9 AZR 777/06, Rn. 21 ff.

¹⁰² Griese FS Otto, 2008, S. 109, 123.

¹⁰³ Jauernig/Mansel, 16. Auflage 2015, § 621 Rn. 1.

¹⁰⁴ Oetker FS Arbeitsrecht und Arbeitsgerichtsbarkeit, 1999, S. 311, 327.

¹⁰⁵ Gemeinschaftskommentar zum KSchG/Treber, Arbeitnehmerähnliche Personen Rn. 92.

¹⁰⁶ BeckOK ArbR/Hesse, § 619a BGB Rn. 5.

erfüllen, nicht aber um Weisungen des Auftraggebers gerecht zu werden¹¹⁹. Schließlich würde die Anwendung der Grundsätze auf Dienstverträge eine Durchbrechung des zivilrechtlichen Prinzips der totalen Schadensreparation und dem Grundsatz, dass der Schuldner jede Form von Fahrlässigkeit zu vertreten hat, darstellen¹²⁰.

Eine pauschale Anwendung oder Nichtanwendung der Haftungsprivilegierung erscheint verfehlt. Erneut ist die Schutzbedürftigkeit der arbeitnehmerähnlichen Person zu beachten. Eine Anwendung der Haftungsgrundsätze erscheint dann gerechtfertigt, wenn die arbeitnehmerähnliche Person für den Auftraggeber innerhalb dessen Betriebes tätig wird und mit den anderen Betriebsangehörigen zusammenarbeitet, da sie sich so in die Risikosphäre des Auftraggebers begibt¹²¹. Darf die arbeitnehmerähnliche Person die Ausübung ihrer Tätigkeit jedoch selbst organisieren und gestalten, kann nicht der Auftraggeber mit dem dadurch entstehenden Risikopotential belastet werden¹²². In solch einem Fall erscheint die Anwendung der Haftungsprivilegierung unbillig und ist abzulehnen.

II. Die arbeitnehmerähnliche Person im kollektiven Arbeitsrecht

1. Betriebsverfassungsrecht

Von dem Anwendungsbereich des BetrVG ist die arbeitnehmerähnliche Person aufgrund des klaren Wortlautes von § 5 Abs. 1 S. 1 BetrVG nicht erfasst. Eine analoge Anwendung des § 5 Abs. 1 S. 2 BetrVG ist aufgrund der Begrenzung des Personenkreises durch den Gesetzgeber und der damit einhergehenden Wertentscheidung abzulehnen¹²³. Diskutiert wird in der Literatur, ob nicht dennoch vereinzelt Vorschriften des BetrVG analog auf arbeitnehmerähnliche Personen angewendet werden sollen¹²⁴. Konkret wird die Anwendbarkeit von §§ 81 f. und §§ 92 Abs. 1, 99 BetrVG erörtert¹²⁵. Im Ergebnis spricht die Wertentscheidung des Gesetzgebers auch hier gegen eine analoge Anwendung. Nichts anderes ergibt sich, wenn man den Zweck des BetrVG betrachtet: Dieser erstreckt sich auf die Schaffung einer kollektive Interessenvertretung, um die bestehende strukturelle Ungleichheit zwischen den Arbeitnehmern zu kompensieren und die Beschäftigten an den sie berührenden betrieblichen Arbeitsabläufen teilhaben zu lassen, wobei es in erster Linie gerade nicht um die Verfolgung und Durchsetzung der Individualinteressen geht¹²⁶.

2. Tarifvertragsrecht

Mit der Einführung des § 12a TVG besteht im Übrigen die Möglichkeit des Abschlusses von Tarifverträgen mit arbeitnehmerähnlichen Personen, soweit die Voraussetzungen der Norm erfüllt sind. Eine Erstreckung des BetrVG auf arbeit-

nehmerähnliche Personen durch Tarifvertrag ist hingegen nicht möglich¹²⁷.

D. Zusammenfassung

Der individualrechtliche Schutz arbeitnehmerähnlicher Personen ist nicht mit dem der Arbeitnehmer vergleichbar, es sei denn, man befürwortet die analoge Anwendung sämtlicher arbeitsrechtlicher Regelungen¹²⁸. Nur die in Heimarbeit Beschäftigten haben mit dem Heimarbeitsgesetz ein Regelwerk, das dem Arbeitsschutz der Arbeitnehmer nahe kommt¹²⁹.

Auch die Einführung des § 12a TVG hat keine Abhilfe für die dürftigen Regelungen für arbeitnehmerähnliche Personen geschaffen. Die Regelung war insbesondere für die freien Mitarbeiter im Bereich Rundfunk und Presse gedacht¹³⁰. § 12a TVG kann konkret nur dort Schutz entfalten, wo es zum Abschluss von Tarifverträgen kommt. Die Wirkung der Norm wird durch dieses Erfordernis dadurch von vorneherein beschränkt.

Im Ergebnis stellen die gesetzlichen Regelungen für arbeitnehmerähnliche Personen keine Brücke zwischen dem Arbeitnehmer, dem vollständiger Schutz angedeiht und dem Selbständigen, dem kein arbeitsrechtlicher Schutz zugutekommt, dar¹³¹. Dies mag daran liegen, dass sich schon bei der begrifflichen Bestimmung der „arbeitnehmerähnlichen Person“ Schwierigkeiten ergeben, da Rechtsprechung und Literatur keinen einheitlichen Maßstab anlegen. Seitens des Gesetzgebers besteht somit Handlungsbedarf einerseits, um die Möglichkeit der Einordnung eines Beschäftigten als arbeitnehmerähnliche Person zu vereinfachen und andererseits, um eine klare Abgrenzung zum Arbeitnehmer vornehmen zu können. In der Folge ist dann zu ermitteln, wie der Schutzwürdigkeit von arbeitnehmerähnlichen Personen besser Rechnung getragen werden kann. Die Möglichkeit vor die Arbeitsgerichte ziehen zu können, ist jedenfalls nicht ausreichend, wenn nicht materiell-rechtliche Gesetze die Position der wirtschaftlich abhängigen arbeitnehmerähnlichen Personen stärken.

**Die Autorin studiert Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg im 9. Fachsemester. Der Artikel basiert auf einer Arbeit, die im Rahmen des Seminars „Rechtsfragen von Sonderformen der Beschäftigung“ von Prof. Dr. Sebastian Krebber im Sommersemester 2016 entstand.*

¹¹⁹ Isele NJW 1963, 1100.

¹²⁰ Isele NJW 1963, 1100 f.

¹²¹ Pallasch RdA 2013, 338, 347.

¹²² Otto/Schwarze/Krause/Otto, § 7 Rn. 7.

¹²³ BAG, 12.02.1992, 7 ABR 42/91, Rn. 14.

¹²⁴ Plander FS Däubler, 1999, S. 272, 285; ders. DB 1999, 330, 331 f.

¹²⁵ Plander DB 1999, 330, 331 ff.

¹²⁶ ErfKomm ArbR/Koch, § 1 BetrVG Rn. 1.

¹²⁷ Frey Arbeitnehmerähnliche Personen in der Betriebsverfassung unter besonderer Berücksichtigung des Arbeitsschutzrechts, 2014, S. 124.

¹²⁸ Kretzschmar Die Rolle der Koalitionsfreiheit für Beschäftigungsverhältnisse jenseits des Arbeitnehmerbegriffs, 2003, S. 101.

¹²⁹ Neuvians Die arbeitnehmerähnliche Person, 2002, S. 171.

¹³⁰ Müller Die arbeitnehmerähnliche Person im Arbeitsschutzrecht, 2009, S. 130.

¹³¹ Kretzschmar Die Rolle der Koalitionsfreiheit für Beschäftigungsverhältnisse jenseits des Arbeitnehmerbegriffs, 2003, S. 104.

Anfängerklausur: Ein medialer Gegenschlag vor Gericht

Dr. Timo Rademacher, MJur (Oxon)*

Die Klausur behandelt im Schwerpunkt die – v.a. in der Darstellung nicht ganz einfache – Abwägung zwischen allgemeinem Persönlichkeitsrecht und Meinungsfreiheit. Die Klausur wurde in leicht abgewandelter Form im Rahmen der Übung im Öffentlichen Recht für Anfänger II (Kleine Übung) im Wintersemester 2016/2017 gestellt.

Sachverhalt

Im Jahr 2013 lernte die vermögende Unternehmerin W den C kennen. Im Zuge der sich anschließenden Liebesbeziehung zog W den C auch in geschäftlichen Dingen zu Rate und gewährte ihm freien Zugriff auf ihr Vermögen. Als die Beziehung 2015 ein Ende fand, zeigte W den C u.a. wegen Untreue in besonders schwerem Fall an (mit bis zu 10 Jahren Freiheitsstrafe bedroht): Zwischen 2014 und 2015 war es zu Vermögenstransfers in Millionenhöhe zu Lasten der W und zu Gunsten des C gekommen, was W erst jetzt bemerkt habe. C bestreitet nicht, dass Geld an ihn „geflossen“ ist, behauptet aber, dass es sich um Schenkungen der W an ihn gehandelt habe.

In dem sich anschließenden, medial erhebliche Aufmerksamkeit erregenden Strafprozess wird C freigesprochen: Die vorgeworfene Tat sei ihm nicht nachweisbar. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass es sich um von W ausgeführte oder zumindest autorisierte Schenkungen gehandelt habe.

Unmittelbar nach Rechtskraft des Freispruchs gibt C einer bundesweit erscheinenden Illustrierten ein Interview; er führt u.a. aus:

„Ich habe ja schon früh gemerkt, dass W krankhaft eifersüchtig ist. Aber dass sie auch noch so dermaßen rachsüchtig ist, dass sie versuchen würde, mich mit miesen Lügen ins Gefängnis zu bringen, nein, das habe ich mir nicht vorstellen können.“

W reagiert auf diese Aussagen, indem sie zwei Tage später in derselben Illustrierten auch ein Interview gibt:

„Wer C kennt, der weiß, dass er schuldig ist; wer mich kennt, weiß, dass ich das Geld nicht verschenkt habe. Aber so ist er: manipulativ und verschlagen, und in der Lage, andere für seine miesen Tricks einzuspannen.“

Übrigens habe der C sie einmal sogar mit dem Tode bedroht.

C ist ob des Interviews von W außer sich vor Wut: Nach dem Freispruch müsse er sich Ws Lügen doch wohl nicht mehr gefallen lassen. Er geht gegen W gerichtlich vor: Gestützt auf §§ 823, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB, § 186 StGB, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verurteilt das zuständige Zivilgericht die W unter Androhung eines Ordnungsgeldes, die oben weitergegebenen Aussagen zu unterlassen. Auch soweit sich W auf das Grundrecht der Meinungsfreiheit berufen könne – freilich ohnehin nur teilweise –, hätten weniger emotionale, sach-

lich vorgetragene und damit weniger beleidigende Informationen zur Interessenwahrnehmung völlig ausgereicht. Angesichts der hohen Intensität, mit der die Aussagen der W in Cs Recht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG eingriffen, sowie mit Blick darauf, dass W sich ja letztlich eigennützig äußere und daher ihrerseits nur abgeschwächten Grundrechtsschutz genieße, obsiege bei der notwendigen Gesamtabwägung C.

Rechtsmittel der W bis zum Bundesgerichtshof (BGH) bleiben erfolglos. Gegen die letztinstanzliche Entscheidung erhebt W form- und fristgerecht Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht (BVerfG). Sie verstehe nicht, wie ihre Meinungsfreiheit so heruntergespielt werden könne.

Hat die Verfassungsbeschwerde der W Aussicht auf Erfolg?

Hinweise für die Bearbeitung:

Die §§ 823, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB, § 186 StGB sind formell und materiell verfassungskonform, erfüllen insbesondere auch die Anforderungen an ein allgemeines Gesetz i.S.v. Art. 5 Abs. 2 GG.

Gehen Sie außerdem davon aus, dass die Normen des BGB (hier in Verbindung mit der Strafvorschrift sowie Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) im Allgemeinen geeignet sind, die ausgeworfene Rechtsfolge – Verurteilung zur Unterlassung ehrverletzender Äußerungen – zu liefern.

Im Übrigen ist auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Fragen – ggf. hilfsgutachtlich – einzugehen.

Hingewiesen wird auf folgende Normen des StGB:

§ 186 StGB [Üble Nachrede]

Wer in Beziehung auf einen anderen eine Tatsache behauptet ..., welche denselben ... in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigend geeignet ist, wird, wenn nicht diese Tatsache erweislich wahr ist, ... bestraft.

§ 190 [Wahrheitsbeweis durch Strafurteil]

Ist die behauptete ... Tatsache eine Straftat, [ist] der Beweis der Wahrheit ... ausgeschlossen, wenn der Beleidigte vor der Behauptung ... rechtskräftig freigesprochen worden ist.

§ 193 [Wahrnehmung berechtigter Interessen]

Äußerungen, welche ... zur Wahrnehmung berechtigter Interessen gemacht werden ..., sind nur insofern strafbar, als das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der Äußerung

oder aus den Umständen, unter welchen sie geschah, hervor-
geht.

Lösung

Die Verfassungsbeschwerde der W hat Aussicht auf Erfolg, soweit sie zulässig (A) und begründet ist (B).¹

A. Zulässigkeit

I. Zuständigkeit BVerfG

Das BVerfG ist nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG für Verfassungsbeschwerden zuständig.

II. Beschwerdeberechtigung

Beschwerdeberechtigt ist nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG „jedermann“, damit also auch W als natürliche Person.

III. Beschwerdegegenstand

Als Beschwerdegegenstand kommt jeder Akt öffentlicher Gewalt in Betracht, § 90 Abs. 1 BVerfGG. W wendet sich gegen eine letztinstanzliche Entscheidung der Zivilgerichte. Anders als bei Art. 19 Abs. 4 GG (grds. nur Exekutive) fällt unter den Begriff der „öffentlichen Gewalt“ in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG und § 90 Abs. 1 BVerfGG auch die Judikative, was sich grundgesetzlich aus der umfassenden Grundrechtsbindung aller drei Gewalten in Art. 1 Abs. 3 GG und einfachrechtlich zudem aus §§ 94 Abs. 3, 95 Abs. 2 BVerfGG ergibt.

Das zivilgerichtliche Urteil ist als Akt der Judikative folglich tauglicher Beschwerdegegenstand.

IV. Beschwerdebefugnis

W muss behaupten können, durch die zivilgerichtliche Entscheidung möglicherweise in einem ihrer Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte verletzt und darüber hinaus auch selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen zu sein.

1. Möglichkeit der Grundrechtsverletzung

a. Schutzgut (sachlicher Schutzbereich)

Da W durch die zivilgerichtliche Entscheidung bestimmte Aussagen untersagt werden, kommt eine Verletzung ihrer Meinungsfreiheit in Betracht, Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG.

Fraglich ist allerdings, ob auch oder ggf. nur (im Fall von Spezialität) die Pressefreiheit verletzt ist: Die Pressefreiheit schützt (u.a.) die im Pressewesen tätigen Personen in Ausübung ihrer Funktion, d.h. insbesondere beruflich-institutionelle Rahmenbedingungen u.ä. W ist aber schon selbst

¹ Der Fall ist inspiriert von einem Beschl. der 3. Kammer des Ersten Senats des BVerfG v. 10.3.2016 – 1 BvR 2844/13. Voraufgehend LG Köln, Urteil v. 30.5.2012 – 28 O 1065/11. Das BVerfG „überspringt“, da ständige Rspr., zahlreiche Prüfungspunkte, die hingegen im Rahmen der Anfängerübung bzw. der Klausur anzusprechen waren. Das gilt etwa für die Frage der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte. Der Verfasser dankt PD Dr. Mathias Hong für wertvolle Anmerkungen.

nicht Teil der Presse; außerdem zieht die Pressefreiheit eine bestimmte (unterstellt: Meinungs-) Äußerung nicht gleichsam „an sich“, nur weil die Äußerung in der Presse publiziert wurde;² und schließlich richtet sich die zivilgerichtliche Entscheidung nicht (nur) gegen die Aussagen der W in Form des Interviews, sondern verbietet ihr deren Wiederholung unabhängig vom Medium. Eine Verletzung der Pressefreiheit erscheint daher von vornherein nicht als möglich.

b. Grundrechtsbindung des C?

Einer Verletzung der W in ihrer Meinungsfreiheit könnte jedoch von vornherein entgegenstehen, dass sie eine zivilgerichtliche Entscheidung angreift, die einen Rechtsstreit zwischen Privaten zum Gegenstand hat.

Zwar sind die in der Sache entscheidenden Zivilgerichte nach Art. 1 Abs. 3 GG ohne Zweifel an die Grundrechte gebunden („Ob“ der Grundrechtsbindung). Doch haben diese Gerichte die Grundrechte nur zu beachten, soweit sie auch inhaltlich gelten („Wieweit“ der Grundrechtsbindung). Fraglich ist daher, ob die Grundrechte im Verhältnis der privaten Streitparteien überhaupt eine Geltung beanspruchen:³

Die fehlende Erwähnung von Privatrechtssubjekten in der zentralen, der Frage der Grundrechtsbindung *allgemein* gewidmeten Vorschrift des Art. 1 Abs. 3 GG zusammen mit der vereinzelt positiven Nennung Privater in *speziellen* grundgesetzlichen Bestimmungen z.B. in Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG („Abreden“) oder Art. 20 Abs. 4 GG („gegen jeden“) – e contrario-Schluss – belegen zunächst, dass C als Privater grundsätzlich nicht selbst (oder nicht „direkt“) an die Grundrechte gebunden ist.

Das heißt aber nicht, dass Grundrechte im Verhältnis Privater zueinander gar keine Rolle spielen. Indem die Grundrechte bestimmtes Verhalten und bestimmte Güter *gegen* den Staat schützen (status negativus), verdeutlichen sie, dass Verhalten bzw. Güter nach dem Willen des Grundgesetzgebers gesellschaftlich schützens- und förderungswert sind (sog. „objektive Werteordnung“ oder „objektive Dimension“ der Grundrechte). Zusammen mit der Einsicht, dass der Realisierbarkeit der grundrechtlichen Schutzgüter nicht (mehr) nur Gefahr von staatlicher, sondern gerade auch von privater Seite drohen kann, folgt daraus der Auftrag des Staates im Sinn einer Leistungspflicht, die Rechtsordnung so zu gestalten, dass die Grundrechte realisierbar sind/bleiben. Wo es an entsprechenden Regeln fehlt, muss der Staat sie schaffen („Schutzpflicht“), wo es sie schon gibt, sind Gerichte und Verwaltung gehalten, die Normen des einfachen Rechts so auszulegen und anzuwenden, dass das grundrechtlich geschützte Verhalten/Gut möglichst weitgehend zur Geltung gebracht wird („Ausstrahlungswirkung“ oder „mittelbare Drittwirkung“).

D.h., dass zumindest die Möglichkeit besteht, dass die Zivilgerichte das existierende einfache Recht (§§ 823 Abs. 1,

² Kingreen/Poscher, Grundrechte, 32. Aufl. 2016, 637. Krit Trute, in: Merten/Papier, HdB Grundrechte Bd. IV, 2011, § 104 Rn 19.

³ Vertretbar ist es, die Möglichkeit der (mittelbaren) Drittwirkung hier nur knapp zu bejahen und erst im Rahmen der Begründetheit näher zu erläutern.

1004 Abs. 1 S. 2 BGB, § 186 StGB) in einer Weise ausgelegt haben, die die Ausstrahlungswirkung konkret der Meinungsfreiheit der W entweder übersehen oder falsch gewichtet und damit spezifisches Verfassungsrecht verletzt hat.

c. Eigene, gegenwärtige und unmittelbare Beschwer

Durch die letztinstanzliche Entscheidung des BGH ist die W auch selbst (als Beklagte bzw. Revisionsklägerin), gegenwärtig (seit Wirksamkeit des Äußerungsverbots) und unmittelbar (d.h. ohne weiteren erforderlichen Zwischenakt) beschwert.

V. Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität

Ein Rechtsmittel gegen die letztinstanzliche Entscheidung des BGH steht der W nicht zu, der Rechtsweg ist daher i.S.v. § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG erschöpft. Auch ist keine im Sinne des richterrechtlich entwickelten Grundsatzes der Subsidiarität andere Möglichkeit zur Abwendung der – unterstellten – Grundrechtsverletzung ersichtlich.

VI. Form und Frist

Form- und Fristanforderungen (§§ 23 Abs. 1 S. 2, 92 f. BVerfGG) sind laut Sachverhalt eingehalten.

VII. Zwischenergebnis

Die Verfassungsbeschwerde der W ist zulässig.

B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde der W ist begründet, soweit die letztinstanzliche Entscheidung der Zivilgerichte in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit der W oder eines anderen Grundrechts oder grundrechtsgleichen Rechts eingreift und dieser Eingriff nicht gerechtfertigt ist.

W wendet sich damit gegen eine gerichtliche Entscheidung (sog. Urteilsverfassungsbeschwerde). Obgleich die umfassend richtige Auslegung und Anwendung der §§ 823 Abs. 2, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB, 186 StGB durch die Fachgerichte wegen des diese bindenden Vorrangs des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG) streng genommen auch eine Frage des Verfassungsrechts ist, darf die Überprüfung des Urteils das BVerfG nicht in die Rolle einer Superrevisionsinstanz drängen, in der es überfordert wäre und die auch der Wertung des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG widerspricht (Verfassungsbeschwerde als Sonderrechtsbehelf). Prüfungsmaßstab ist daher nicht das gesamte einfache Recht, also die (umfassend) richtige Auslegung/Anwendung von §§ 823 Abs. 2, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB, 186 StGB, sondern nur die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte (sog. spezifisches Verfassungsrecht). Die ist missachtet, wenn das Urteil ein einschlägiges Grundrecht ganz übersehen oder doch zumindest grundlegend falsch angewandt, d.h. seine interpretationsleitende Wirkung verkannt hat;⁴ oder wenn dem Gericht Rechtsanwendungsfehler unterlaufen sind, die den (objektiven) Eindruck von Willkür erwecken, die Rechtsfindung oder deren

Ergebnis also unter keinem denkbaren Gesichtspunkt noch als juristisch vertretbar erscheinen.⁵

I. Meinungsfreiheit

1. Schutzbereich⁶

a. Persönlicher Schutzbereich

Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG normiert ein Menschenrecht, steht W also insbesondere ungeachtet ihrer (nicht bekannten) Nationalität zu.

b. Sachlicher Schutzbereich

Das von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG u.a. geschützte Verhalten ist das Äußern einer Meinung. Ein Äußerungsverbot liegt ausdrücklich vor, fraglich ist, ob es sich auf Meinungen bezieht.

(1) Definition Meinung

„Meinung“ bezeichnet jedenfalls Werturteile, d.h. solche Aussagen, die durch ein Element der Stellungnahme, des Dafürhaltens gekennzeichnet sind.

Dem gegenüber steht die Tatsachenbehauptung als Aussage, die dem Beweis zugänglich, deren Wahrheit oder Unwahrheit also objektiv feststellbar ist. Zumindest wenn man den Wortlaut eng deutet und unter „Meinung“ nur das Werturteil versteht, fällt die Tatsachenbehauptung nicht unter den Schutz von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG; die Norm statuiert kein allgemeines Recht auf „free speech“. Tatsachenbehauptungen sind im Sinne einer effektiven Grundrechtsgewährleistung aber dann in den Schutzbereich einzubeziehen, wenn sie Voraussetzung für eine Meinungsbildung sind, sich ein Werturteil also auf eine bestimmte Tatsache stützt. Entsprechendes gilt, wenn sich Tatsache und Wertung so „verbinden“ (oder „vermischen“), dass sie nicht ohne Sinnverfälschung voneinander getrennt werden können.

Selbst bewusst oder erwiesen unwahre Tatsachenbehauptungen sind zwar als solche nicht vom Schutzbereich erfasst; sie können jedoch als Voraussetzung von Werturteilen oder (sonst) in Verbindung mit ihnen in den Schutzbereich fallen.⁷

Fraglich ist, wie sich die einzelnen, der W untersagten Äußerungen in diese Kategorien einordnen lassen:

⁵ Ausführungen zum Prüfungsmaßstab des BVerfG können ebenso gut bereits im Rahmen der Zulässigkeit → Beschwerdebefugnis oder auch erst unter I.3.e – Anwendung im Einzelfall – angebracht werden.

⁶ Gut vertretbar sind angesichts der Drittwirkungsproblematik auch ein Schutzpflichten-/Anspruchsaufbau (I. Schutzbereich – II. Bestehen einer Schutzpflicht zugunsten W – III. Verletzung der Schutzpflicht der W durch Übergewichtung der Schutzpflicht zugunsten des C, also unangemessene Abwägung der widerstreitenden Interessen im Einzelfall).

⁷ Bes. klar ist die Rspr. des BVerfG hier nicht, vgl. s. etwa BVerfG-K v. 9.11.2011, 1 BvR 461/08, Rn. 18, 22 – Holocaust-Leugnung: „Zwar leugnen [die strafrechtlich geahndeten Aufsätze des Beschwerdeführers] das historische Gesamtgeschehen des Holocaust. Dieses ... Massenvernichtungsunrecht ist aber eine geschichtlich erwiesene Tatsache, deren Leugnen folglich als erwiesen unwahr allein für sich betrachtet nicht dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit unterfällt. Im Gesamtkontext der jeweiligen Aufsätze betrachtet sind die den Holocaust leugnenden Äußerungen vorliegend jedoch untrennbar mit Meinungsäußerungen verbunden.“

⁴ Vgl. etwa BVerfGE 120, 180 (199 f., 209 f.).

(2) „manipulativ“, „verschlagen“, „miese Tricks“

Eindeutig negativ wertenden Charakter haben die Bezeichnungen des C als „manipulativ“, „verschlagen“, sowie die Qualifizierung des Verhaltens von C als „miese Tricks“. Soweit sie Elemente von Tatsachenbehauptungen (über ihnen zugrundeliegendes tatsächliches Verhalten des C) enthalten, sind diese als Voraussetzung dieser Werturteile mitgeschützt.

Dabei schützt Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG grundsätzlich auch überspitzte und emotionale Meinungsäußerungen.⁸

(3) „Schuld“ und „Geschenk“

Demgegenüber betreffen die „Schuld“ des C wie auch die Aussage, W habe das Geld „nicht verschenkt“, objektive, juristisch mit richtig oder falsch zu bezeichnende Umstände; es sind also Tatsachenbehauptungen.

Dieser Status darf sich auch nicht etwa dadurch hin zur Meinung ändern, dass der Beweis ihrer Wahr- oder Unwahrheit im Strafverfahren gescheitert ist. Die Behauptungen sind dadurch nicht weniger als vorher dem Beweis zugänglich. Außerdem darf die Einordnung nicht von der reinen Zufälligkeit des tatsächlichen Beweises abhängen, zumal sich diese im Laufe der Zeit ja doch einstellen kann. Was heute Meinung ist, wäre dann morgen Tatsache.⁹ Angesichts dessen liegt hier auch keine *erwiesene* unwahre Aussage vor. Auch § 190 StGB – an dessen Wertung das BVerfG ohnehin nicht gebunden wäre – ergibt hier nichts anderes, da darin der Wahrheitsbeweis ausgeschlossen, aber nicht die Unwahrheit als feststehend fingiert wird.

Allerdings dienen die Aussagen zur Schuldfrage des C gerade als Beleg für den „manipulativen und rücksichtslosen“ Charakter des C, sind daher Voraussetzung für diese Wertungen und damit mit von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG geschützt.

(4) Drohung mit dem Tod

Auch die Behauptung, der C habe sie vor ihrer Anzeige mit dem Tode bedroht, ist dem Beweis zugänglich, und daher zunächst eine offensichtliche Tatsachenbehauptung. Fraglich ist, ob auch insofern eine Verbindung mit wertenden Elementen der Aussage der W besteht. Bei einer sozusagen globalen Betrachtung ihrer Äußerungen im Sinne eines „C ist ein böser Mensch“ hätte die behauptete Todesdrohung tatsächlich einen diese Aussage stützenden Charakter; sie wäre daher nach den oben aufgestellten Maßstäben in den Schutzbereich einbezogen. Freilich sagt W das nicht, sondern bewertet C wesentlich konkreter als „manipulativ“ und „verschlagen“. Die angebliche Todesdrohung stützt diese Charakterisierungen nicht, sondern würde eher eine Qualifizierung als „grob und gewalttätig“ tragen. Diese ist jedenfalls nicht erkennbar geäußert und auch

⁸ StRSpr., vgl. etwa Beschl. der 3. Kammer des Ersten Senats des BVerfG v. 10.3.2016 – 1 BvR 2844/13 – Rn 25.

⁹ Offenbar a. (sehr überraschende) A. die 3. Kammer des Ersten Senats des BVerfG, Beschl. v. 10.3.2016 – 1 BvR 2844/13 – Rn 21: „Nach dem Freispruch des Klägers stellen sich deshalb die verschiedenen Wahrnehmungen als subjektive Bewertungen eines nicht aufklärbaren Geschehens dar, die nicht als Tatsachenbehauptungen, sondern als Meinungen zu behandeln sind“.

nicht implizit über den mit der Anzeige erhobenen Tatvorwurf der Untreue kommuniziert. Das spricht entscheidend dafür, die angebliche Todesdrohung als bezugslose neue Tatsachenbehauptung zu betrachten. Sie liegt zu den bisherigen Ausführungen quer, lässt sich gerade nicht mit ihnen „verbinden und vermischen“.¹⁰

Insofern ist der Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG also schon nicht eröffnet.

c. Zwischenergebnis

Der Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG ist daher nur für einen Teil der Aussagen der W eröffnet, was das Landgericht auch zutreffend erkannt hat.

2. Eingriff in den Schutzbereich

Dadurch, dass W durch die zivilgerichtliche Entscheidung die weitere Äußerung ihrer Meinung über C unter Androhung eines Ordnungsgeldes verboten wird, wird ihr das grundrechtlich geschützte Verhalten durch rechtsverbindlichen und zwangsbewehrten Befehl gezielt und ohne weiters erforderlichen Zwischenakt (also final, unmittelbar, rechtsverbindlich und zwangsbewehrt) verboten. Es liegt mithin ein sog. klassischer Grundrechtseingriff vor. Auf dessen Weiterungen hin zum modernen Eingriffsbegriff kommt es nicht an. Dass hinter dem staatlichen Eingriff materiell eine private Durchsetzung einfachen Zivilrechts steht, hindert angesichts der Ausstrahlung der Grundrechte der W in das Verhältnis zu C (s.o.) die Annahme eines Grundrechtseingriffs nicht.¹¹

3. Rechtfertigung des Eingriffs

Die Meinungsfreiheit ist allerdings nicht vorbehaltlos gewährleistet, sondern ist durch „allgemeines Gesetz“, Art. 5 Abs. 2 GG, und vorbehaltlich der Beachtung der weiteren Schrankenforderungen des Grundgesetzes beschränkbar.

Der Eingriff muss also auf einer tauglichen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage beruhen (a), die formell und materiell verfassungskonform ist (b/c), sowie auch im Einzelfall verfassungskonform, d.h. im Lichte der besonderen Bedeutung der Meinungsfreiheit ausgelegt und angewandt worden ist (d).

a. Ermächtigungsgrundlage

Mit §§ 823 Abs. 2, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB, § 186 StGB in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG liegt eine grundsätzlich taugliche Ermächtigungsgrundlage in Form eines „allgemeinen Gesetzes“ (Art. 5 Abs. 2 GG) vor.

¹⁰ Begründete a.A. vertretbar.

¹¹ Nochmals: Ein Schutzpflichtenaufbau wäre ebenfalls sehr gut vertretbar.

b. formelle Verfassungskonformität der Ermächtigungsgrundlage – zu unterstellen

c. materielle Verfassungskonformität der Ermächtigungsgrundlage – zu unterstellen

d. verfassungskonforme Auslegung und Anwendung im Einzelfall

Die Qualifizierung der §§ 823 Abs. 2, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB, § 186 StGB als allgemeines sowie grundsätzlich verhältnismäßig auslegbares Gesetz reicht aber noch nicht aus, um die Rechtfertigung der Untersagung durch das Zivilurteil zu bejahen. Die Zivilgerichte müssten auch die besondere interpretationsleitende Bedeutung von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG bei der Auslegung und Anwendung von §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 BGB analog, § 186 StGB im konkreten Fall ausreichend berücksichtigt haben, so dass der „wertsetzende Gehalt der Grundrechte auch auf der Rechtsanwendungsebene gewahrt“ blieb¹² (sog. Wechselwirkung zwischen allgemeinem Gesetz und Meinungsfreiheit).

Das setzt voraus, dass die sich gegenüberstehenden Güter von W und C durch die Zivilgerichte in Ansehung ihrer jeweiligen Wertigkeit *generell* (also zum Beispiel auch: liegt ein Werturteil oder eine Tatsachenbehauptung vor)¹³ sowie insbesondere mit Blick auf die konkreten Umstände *des Einzelfalls* erkannt und dann so ins Verhältnis zueinander gesetzt wurden, dass ihnen jeweils *angemessen* Rechnung getragen ist.

(1) Gefördertes Rechtsgut

Fraglich ist daher zunächst, ob die Zivilgerichte zu Gunsten des C das richtige Rechtsgut in die Abwägungsentscheidung eingestellt haben.

Die Zivilgerichte verweisen in ihrer Begründung auf Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, d.h. auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht des C. Dieses schützt den Einzelnen unter dem Aspekt des Rechts auf Selbstdarstellung u.a. vor herabsetzender Darstellung in der Öffentlichkeit.

Die Anschuldigung, ein Vergehen begangen und sich damit gegen die weit verstandenen Interessen der Gesellschaft gestellt zu haben, ist grundsätzlich dazu geeignet, den Beschuldigten in der öffentlichen Wahrnehmung herabzusetzen. Die Behauptung ist – *jedenfalls* dann, wenn sie nicht zutrifft – ehrenrührig.

Die Fachgerichte haben daher auf Seiten des C das einschlägige Rechtsgut zutreffend identifiziert.

(2) Gewichtung des geförderten Rechtsguts in concreto

Darüber hinaus dürfen die Gerichte die Bedeutung des Rechtsguts im konkreten Fall nicht verkannt, also aus Sicht der Beschwerdeführerin nicht deutlich zu hoch angesetzt haben.

Die Fachgerichte gingen von einer „hohen Eingriffsintensität“ der Aussagen der W aus. Da die W den C in aller Öffentlichkeit (Breitenwirkung des Mediums!) eines nicht unerheblichen Vergehens bezichtigt hat, das mit bis zu 10 Jahren Freiheitsstrafe bedroht ist (§§ 266 Abs. 2, 263 Abs. 3 Nr. 2 StGB) und das die Ausnutzung eines persönlichen Vertrauensverhältnisses zusammen mit einem massiven Vermögensschaden betrifft, ist der damit potentiell verbundene Ansehensverlust in der Öffentlichkeit vertretbar als hoch einzuschätzen.

Ebenfalls zugunsten des C streitet der Freispruch, der, auch wenn er aus Mangel an Beweisen erfolgte, bedeutet, dass sich C jedenfalls nicht mehr unbegrenzt mit den „abverhandelten“ Vorwürfen wird konfrontieren lassen müssen.¹⁴ Auch diesen Umstand haben die Fachgerichte zutreffend erkannt und frei von verfassungsrechtlichen Bedenken zugunsten des C eingestellt.

Zumindest keine ausdrückliche Berücksichtigung fand in der Begründung der Zivilgerichte die von W behauptete Todesdrohung. Sie streitet aber angesichts der Massivität dieses Vorwurfs wenn, dann nur zugunsten der Annahme einer hohen Belastungswirkung der Aussagen der W, und kann daher die getroffene Abwägungsentscheidung der Gerichte zugunsten von C nicht in Zweifel ziehen.

(3) Beeinträchtigttes Rechtsgut

Zugunsten der W streitet, wie bereits dargelegt, deren Meinungsfreiheit bzgl. derjenigen Aussagen, die deren Schutz unterfallen

(4) Gewichtung des beeinträchtigten Rechtsguts in concreto

Unterstellt, W ist tatsächlich Opfer der C vorgeworfenen Tat geworden, so erscheint ihr persönliches Interesse an den Äußerungen prima facie sehr groß, entsprechend der Schwere des Vorwurfs.

Hinzu kommt, dass W – erneut die Richtigkeit der Aussagen unterstellt – eigenes Erleben/eigene Wahrnehmung schildert. Solches zu untersagen würde eine besondere, auch psychologische Schwere in Form eines – untechnischen – Zensurgefühls nach sich ziehen.

Auch ist die Grenze zur Formalbeleidigung oder zur Schmähkritik von W nicht überschritten worden.¹⁵ Die von W verwandten Adjektive sind zwar nicht freundlich, haben aber doch einen sachlichen Bezugspunkt und sind von einer *bloßen* Diffamierung der Person des C auch grammatisch weit entfernt.

¹² Beschl. der 3. Kammer des Ersten Senats des BVerfG v. 10.3.2016 – 1 BvR 2844/13 – Rn. 23.

¹³ Das BVerfG prüft bei Eingriffen in die Meinungsfreiheit auch in privatrechtlichen Konstellationen – nach der Feststellung, es sei keine Superrevisionsinstanz – ausdrücklich intensiv, d.h. ob die Äußerung tatsächlich richtig erfasst wurde und ob sie zutreffend als Meinung, Tatsache, Schmähkritik etc. eingestuft wurde, s. z.B. BVerfGE 85, 1 (14).

¹⁴ So auch das BVerfG, Beschl. v. 10.3.2016 – 1 BvR 2844/13, Rn. 27.

¹⁵ Vgl. BVerfGE 93, 266 (294) m.w.N.

Fraglich ist insoweit allerdings, ob das Gewicht der Meinungsfreiheit der W dadurch abgemildert wird, dass sich W hier eventuell vor allem „eigennützig“ geäußert hat. Die Fachgerichte gingen davon ausdrücklich aus. Zwar ist den Gerichten insoweit beizutreten, als das Grundrecht der Meinungsfreiheit in einer pluralistischen Demokratie auch eine besondere öffentliche Funktion oder Wertigkeit zukommen kann, nämlich dann, wenn sich der oder die Betreffende zu öffentlich relevanten Belangen äußert. Ob hier ein solcher Belang schon deshalb vorliegt, weil das Verfahren um W und C große mediale Aufmerksamkeit erregte, kann aber deshalb offenbleiben, weil die Meinungsfreiheit jedenfalls auch ein sozusagen normales/privates Grundrecht ist, also Schutz gerade auch zur eigenen Interessenwahrnehmung im Sinne des Eigennutzes genießt. Schematisch ausgedrückt mag das Gewicht einer Meinung gegenüber dem Normalfall bis hin zu einer „Vermutung für die freie Rede“ steigen,¹⁶ weil sie öffentlich relevant ist; umgekehrt sinkt das Gewicht aber nicht schon *allein* deshalb unter die Linie einer hypothetischen Normal-Konstellation, weil sie nur eigennützig ist. Eine solche Wertung wäre mit dem Charakter der Grundrechte als zuvörderst individuelle Freiheit sichernder Positionen nicht vereinbar, so dass hier die Fachgerichte die interpretationsleitende Wirkung der Meinungsfreiheit der W in diesem Punkt nicht grundrechtsgemäß in ihre Abwägung eingestellt haben.¹⁷

(5) Abwägung

Allerdings könnte das von den Zivilgerichten gefundene Rechtsanwendungsergebnis dann doch angemessen sein, wenn trotz der Fehlgewichtung der Meinungsfreiheit der W das Schutzinteresse des C bei der Gegenüberstellung der Güter offensichtlich überwiegt.

Ein solches Überwiegen könnte sich eben aus dem Umstand des rechtskräftigen Freispruchs ergeben, nämlich in dem Sinn, dass C nun tatsächlich einen unbedingten Anspruch darauf hat, von den unbewiesenen und zumindest zum jetzigen Zeitpunkt offenbar auch nicht beweisbaren Vorwürfen verschont zu bleiben.¹⁸ Diese Wertung ist *einfachrechtlich* auch in § 186 StGB enthalten, wenn es dort heißt, dass herabsetzende Tatsachen schon dann *nicht* verbreitet werden dürfen, wenn sie nicht erweislich *wahr* sind.

Zwar hat W ihre Äußerungen mit Meinungen verbunden, doch wären diese ohne (explizite oder implizite) Behauptung

¹⁶ Siehe BVerfGE 93, 266 (294 f.). Allg. und gut lesbar zur Ausstrahlungswirkung der Meinungsfreiheit in den zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz *Schulze-Fielitz*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, 3. Aufl. 2013, Art. 5 I, II, Rn. 277 ff., für diese Klausur bes. interessant 286, 290.

¹⁷ Ebenfalls gut vertretbar ist es, das öffentliche Interesse zu bejahen, und schon allein deshalb zu einem Abwägungsfehler zu kommen, weil nicht von der „Vermutung für die freie Rede“ ausgegangen wurde. Auch Bearbeiter und Bearbeiterinnen, die diesen Weg wählen, müssen aber im Folgenden die – möglicherweise gegen die Vermutung sprechende – Bedeutung des Freispruchs thematisieren. Ohnehin gilt: das Problem, ob Art. 5 Abs. 1 GG nur im Fall öffentlich interessierender Fragen voll greift, ist im Sachverhalt angelegt und sollte daher auf die ein oder andere Art angesprochen werden.

¹⁸ H.M. für *Medienberichterstattung* nach einem Freispruch: Der Freigesprochene hat nun einen Anspruch auf Anonymität, vgl. Palandt/*Sprau*, 76. Aufl. 2017, § 823 Rn. 106.

der – unbeweisbaren – Tatsache der Untreue zu ihren Lasten unverständlich.

Ein solches Ergebnis würde allerdings nicht berücksichtigen, dass das Interview der W eine unmittelbare Reaktion auf das siegestrunkene Interview des C war. Seine darin enthaltene Behauptung, W habe gelogen, ist selbst nicht erweislich wahr, da der Freispruch gerade „nur“ aus Mangel an Beweisen erging. Auch insofern ließe sich – einfachrechtlich – § 186 StGB anführen, diesmal gegen C gerichtet, und auf eine Verringerung seiner Schutzwürdigkeit erkennen.

Zudem unterstellt C der W mit seinen Äußerungen öffentlich eine falsche Verdächtigung allein schon durch ihre damalige Anzeige. Hiergegen könnte sich W, wollte man dem rechtskräftigen Freispruch eine endgültige Wirkung beimessen, öffentlich nicht mehr zur Wehr setzen. Das Interview der W ist daher letztlich ein kommunikativer Gegenschlag, geführt auf den herausfordernden Schlag des C hin, der selbst nicht über jeden rechtlichen Zweifel erhaben ist. Einen solchen Schlagabtausch schützt Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG auch.¹⁹

§ 186 StGB steht diesem Abwägungsergebnis auch nicht entgegen, vielmehr erlaubt § 193 StGB gerade die Berücksichtigung der von Verfassungs wegen „berechtigten Interessen“ der W; § 186 StGB muss daher auch nicht verfassungskonform reduziert werden.²⁰

Freilich sind auch die Fachgerichte nicht davon ausgegangen, dass der W jede Form der Erwiderung verboten gewesen wäre – sie hätte diese nur weniger „emotional“ führen müssen. Ungeachtet dessen, dass aber zumindest die Äußerungen der W zur Schuld des C relativ sachlich waren, entspricht es dem Bild des Gegenschlags, der Reaktion dieselbe Tonlage wie der Aktion zuzugestehen. Das Interview des C selbst war emotional und im Ton aggressiv („rachsüchtig“, „miese Lügen“), daher durfte W entsprechend reagieren. Das entspricht der Idee der kommunikativen Waffengleichheit.

Wenn nicht schon als reine Tatsachenbehauptung ausgeschlossen:

Keinen Bezug zu dem Interview des C haben allerdings die Äußerungen der W, soweit sie dem C eine Todesdrohung unterstellt. Hier spricht verfassungsrechtlich nichts dagegen, die

¹⁹ *Schulze-Fielitz*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, 3. Aufl. 2013, Art. 5 I, II, Rn. 290. A.A. – mit dem LG im Ausgangsfall – vertretbar: Die Äußerungen der W bezögen sich nicht (hinreichend) erkennbar auf das Interview des C, so dass ein von der Meinungsfreiheit privilegierter Gegenschlag *nicht* vorliege. Die Verfassungsbeschwerde dürfte dann wohl insgesamt keinen Erfolg haben. LG Köln, Urteil v. 30.5.2012 – 28 O 1065/11 – Rn. 60 bei juris.

²⁰ A.A. gut vertretbar: § 186 StGB, v.a. i.V.m. § 190 StGB bringe die verfassungsrechtlich haltbare Idee zum Ausdruck, dass bei Nicht-Erweislichkeit von herabsetzenden Tatsachen in Form eines Freispruchs kein öffentlicher kommunikativer Schlagabtausch stattzufinden habe – W wäre zur Interessenverteidigung dann schlicht auf eine Anzeige des C wegen übler Nachrede verwiesen. Wichtig war an dieser Stelle v.a. zu erkennen, dass §§ 186, 190, 193 StGB als Auslegungshilfen verwendet werden können, dass aber nicht deren Voraussetzungen im Stile eines Straf- oder Zivilgerichts „durchzuprüfen“ waren. Das BVerfG erwähnt die Normen in seinen Entscheidungsgründen bezeichnender- und gut vertretbarer Weise überhaupt nicht.

Wertung der §§ 186, 190 StGB zu übernehmen, und eine solche herabsetzende Behauptung im Falle ihrer fehlenden Nachweisbarkeit nicht zu tolerieren. Dafür, dass W diesen Nachweis erbracht hat oder noch erbringen kann, gibt es keinerlei Anhaltspunkte.

4. Ergebnis für Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG

Die Entscheidung des BGH verletzt die W in ihrem Grundrecht der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, *soweit* ihr darin untersagt wird, den C als „manipulativ“, „verschlagen“, mit „miesem Tricks“ arbeitend und ihn als der ihm vorgeworfenen Untreue „schuldig“ zu bezeichnen

II. Art. 2 Abs. 1 GG bzgl. Todesdrohung²¹

1. Schutzbereich

Art. 2 Abs. 1 GG schützt in seiner Funktion als allgemeine Handlungsfreiheit entsprechend dem Willen des historischen Grundgesetzgebers, d.h. über seinen enge Auslegung nahegelegenen Wortlaut hinaus, die Freiheit „zu tun und zu lassen“ was eine(r) will. Dazu zählt grundsätzlich auch die Äußerung einer Tatsache, soweit sie nicht unter den Schutz von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG fällt. Überhaupt keinen Schutz – d.h. auch nicht von Art. 2 Abs. 1 GG – dürfte, wenn überhaupt, dann nur die bewusst unwahre Tatsachenbehauptung genießen.²² Dass es sich bei der Todesdrohung des C gegen die W darum handelt, kann mangels entsprechender Anhaltspunkte nicht unterstellt werden.

2. Eingriff

Mit dem ordnungsgeldbewehrten Äußerungsverbot liegt ein klassischer Grundrechtseingriff vor, trotz des privatrechtlichen Hintergrunds der staatlichen Maßnahme.

3. Rechtfertigung

Korrespondierend mit dem weiten Schutzbereich kann das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit unter der Schranke der „verfassungsmäßigen Ordnung“ durch jedes formell und materiell verfassungskonforme Gesetz eingeschränkt werden, also namentlich auch durch §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB, § 186 StGB.

Fraglich ist daher nur, ob diese Norm auch im Einzelfall verfassungskonform angewandt wurde. Das ist zu bejahen, da mit der angeblichen Todesdrohung ein massiver, das Ansehen von C (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) ganz erheblich herabsetzender Vorwurf geäußert wurde, der nicht erweislich wahr ist. Die einfachrechtliche Wertung des § 186 StGB ist hier von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden. Ein überwiegendes gegenläufiges Interesse der W, diese mit dem vorausgegangen Verfahren zusammenhangslose Behauptung in die Welt zu setzen, ist nicht erkennbar.²³

4. Ergebnis für Art. 2 Abs. 1 GG

Die allg. Handlungsfreiheit der W ist nicht verletzt.

5. Ergebnis

Die Verfassungsbeschwerde der W ist teilweise begründet. Das BVerfG wird die Sache gem. §§ 95 Abs. 2, 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG an den BGH zurückverweisen.

²¹ Falls die Todesdrohung als von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG geschützt eingeordnet wurde, muss sich die Prüfung des Art. 2 Abs. 1 GG auf die Feststellung seiner Subsidiarität beschränken.

²² In diese Richtung z.B. *Schemmer*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 33. Ed. 1.6.2017, Art. 5 Rn. 6.1.

²³ A.A. mit guter Begründung (z.B. unter Verweis auf die eigene Wahrnehmung des angeblichen Geschehens und damit verbundene besonders hohe Anforderungen an die Untersagung) vertretbar.

Selected aspects of the right of self-defence under public international law

Sina Spiegler*

I. Introduction

Art. 51 of the Charter of the United Nations stipulates that nothing 'shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a member of the United Nations'. Yet a closer look at this right of self-defence raises numerous questions as to the specific criteria to be met in order for a state to permissibly strike with force, and to whether the very framework of the right of self-defence under contemporary international law is equipped to tackle modern day threats.

In this context, preemptive self-defence remains a particularly controversial topic. While there are tendencies within international law to construe an extensive right of preemptive self-defence, emphasis should be placed on the character of the right of self-defence as an exception to the general ban of force, thus requiring a narrow set of criteria for legal preemptive strike.

II. "Armed Attack"

Judicial consideration of the right of self-defence under Art. 51 makes it clear that not all armed activities can amount to an 'armed attack', sufficient to trigger permissible self-defence.

In *Eritrea Ethiopia Claims Commission*,¹ the Commission stated that localized border encounters between small infantry units, even if they involve loss of life, do not constitute an 'armed attack' for the purposes of the Charter. This also echoed in the *Armed Activities on the Territory of the Congo Case*.² Not every unlawful use of force necessarily constitutes an armed attack under Art. 51. In the *Oil Platforms Case*³, the USA argued that rather than a major episode, a series of repeated, relatively small-scale incidents over a period of time such as rocket launches, isolated attacks and small armed incursions can constitute an armed attack. Yet, the ICJ found that the USA could not prove that the incidents were attributable to Iran, wherefore it did not consider whether self-defence would have been justified because of such an accumulation of attacks. On the other hand, the fact that the Court avoided deciding whether in principle such events could trigger self-defence could be seen as support for the US' view. Regarding an attack on merchant or naval vessels flying a state's flag, the Court did not exclude the possibility that this

might be sufficient to amount to an armed attack under Art. 51.⁴

In *Nicaragua v USA*, the USA claimed its actions were justified as they assisted the governments of El Salvador, Honduras and Costa Rica in the form of collective self-defence against Nicaragua which was assisting rebels. Yet, the ICJ held that Nicaraguan assistance to rebels did not constitute an 'armed attack' under Art. 51. The Court's definition was that an armed attack requires the sending of armed bands by or on behalf of the aggressor state, to conduct an operation that meets the Court's 'scale and effects' test.⁵ Contrary to customary international law, most cases of indirect use of force by assisting rebels would therefore not generate the right of self defence.

The suggestion of a less restrictive interpretation of the requirement of an 'armed attack' can be found in the dissenting opinion of Sir Robert Jennings⁶, arguing that the mere provision of arms cannot amount to an armed attack but when coupled with other kinds of involvement, such as logistical or other support, it may amount to an armed attack.

However, the 1974 Resolution on the Definition of Aggression⁷ already provides states with the possibility to take proportionate countermeasures against the intervening state in circumstances where the assistance may not amount to an armed attack. Therefore, a restrictive interpretation of the criterion of an 'armed attack' seems adequate and the 'scale and effects' test is a suitable way of measurement.

III. Non-State Forces

Art. 51 initially envisaged the right of self-defence against attacks by a state, when responsibility was attributed to that state. Thus, questions arise regarding the degree of directness and involvement of a state needed to constitute a qualifying attack by non-state actors.

In *Nicaragua v USA*, the Court held, that the US had infringed the rule prohibiting the threat or use of force by 'arming and training the contras', but it had not done so by 'the mere supply of funds'.⁸ While assisting rebels may be an indirect use of force contrary to customary international law, the degree of assistance that constitutes a qualifying attack remains debated. The Court distinguished between forms of

¹ Eritrea Ethiopia Claims Commission, Partial Award, Jus Ad Bellum Ethiopia's Claims 1-8 (The Federal Democratic Republic of Ethiopia v The State of Eritrea) (2006).

² Democratic Republic of the Congo v Uganda.

³ Islamic Republic of Iran v United States of America.

⁴ Nicaragua v USA Judgment, para. 64, 72.

⁵ Nicaragua v USA Judgment, para. 195.

⁶ I.C.J. Rep. 1986, p.543.

⁷ Resolution on the Definition of Aggression 1974, General Assembly resolution 3314 (XXIX).

⁸ Nicaragua v USA Judgment, para. 228.

assistance: Financial assistance was seen as more indirect and remote, echoing the fact that the Principle of Use of Force of the 1970 Declaration⁹ does not expressly prohibit financial assistance, whereas the 1965 Non-Intervention Declaration¹⁰ does. Therefore a state's establishment, organization or control of a rebel force which transforms it into an arm of the state itself, or the giving of material support such as logistic support and bases is needed to trigger self-defence.

In the *Palestinian Wall Advisory Opinion*, the Court portrays a similarly strict view on the directness of the state's involvement, assuming that Art. 51 is available only in the event of a *state's* armed attack on another.

Even though this issue is left unresolved in the *Armed Activities on the Territory of the Congo Case*¹¹, Judges Kooijmans and Simma addressed it, arguing that self defence may extend to armed attacks by non-state actors whenever they emanate from a territory where there is an almost complete absence of governmental authority by the respective state.¹² This is contrary to the Court's opinion in the *Palestinian Wall case*¹³ but in line with state practice after the 9/11 attacks, which led the Security Council to its first-time recognition of self-defence against terrorist attacks.

This view exceeds the traditional model of self-defence. It widens the concept of an armed attack by holding that a terrorist attack by a non-state actor on another state's territory may constitute an 'armed attack' by the state harboring those responsible. The initially very high degree of state involvement required thus seems to have decreased in light of modern day threats.

IV. Preemptive Self-Defence

Possibly one of the most controversial issues regarding the right of self defence is whether it may be executed preemptively.

A number of states argue that aggression can take many forms. Besides classical attacks against territory, attacks against state interests such as economic assets or nationals abroad can be equally destructive. Though it remains a topic of debate whether this is sufficient to trigger a forceful response in self-defence.

Under the regime of customary international law, before the UN Charter was adopted, it was generally accepted that preemptive force was permissible in self-defence. In the *Caroline* incident, a doctrine of anticipatory self-defence was formulated that established two criteria for (preemptive) self-

defence: Necessity and proportionality. Consequently, the customary right of self-defence permitted the use of force in anticipation of an immediate armed attack or threat to the state's security, as it was for example alleged by Israel as justification for its strike against an Iraqi nuclear reactor in 1981. Self-defence could also be exercised in response to a threatened attack against state interests, such as territory, nationals, property and rights guaranteed under international law. It was even permissible when the attack did not involve any measures of armed force, only economic aggression and propaganda. The sole requirement was an instant and overwhelming necessity for forceful action.¹⁴

With the introduction of Art. 2(4) of the UN Charter, the right of self-defence became significantly narrower as it constituted an exception to the general ban on the use of force, though the extend of the right of preemptive self-defence remains controversial. Art. 51 does not stipulate that it is solely triggered if an armed attack occurs, or that this attack must emanate from a state. Therefore, it is not undisputed whether the pre 1945 right of anticipatory self-defence and the right of protection of nationals abroad still exist.

The history of Art. 51 suggests that it was meant to safeguard, not restrict the right of anticipatory self-defence.¹⁵ Ultimately, no state can be expected to await an initial attack which, in the present state of armaments, may destroy that state's capacity for further resistance and jeopardize its very existence. On the other hand, the ordinary meaning of the phrasing of Art. 51, '*an armed attack occurs*', seems to preclude preemptive action and the drafting of the Charter does not suggest that something broader than implied by the wording was intended.

If the right of self-defence was phrased and intended as an exception, then it should be limited to actual armed attacks that are clear, unambiguous subject to proof, and that are not easily open to misinterpretation or fabrication, thus discouraging states to strike first under the pretext of prevention.¹⁶ Although, due to the restrictive definition of an "armed attack",¹⁷ one might argue that the scope of potential claims is considerably limited already.

In *Nicaragua v USA*, the issue of the legitimacy of preemptive self-defence was expressly reserved by the Court. The majority tended to favour the restrictive view, whereas Judge Jennings and Schwebel argued that the Charter had not removed the customary right of taking preemptive action. Eventually, it was the tragical events of 9/11 that brought a revolutionary challenge to the doctrine of self-defence and led to a reassessment in the law of this area.¹⁸ While the use of force in response to terrorist attacks had been highly controversial, and Israel and the USA had been the only states claiming to exercise a preemptive right of self-defence, the *Operation Enduring Freedom* received massive support.

⁹ Resolution adopted by the General Assembly 2625 (XXV). Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations.

¹⁰ Resolution adopted by the General Assembly 2131 (XX). Declaration on the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States and the Protection of Their Independence and Sovereignty.

¹¹ Democratic Republic of the Congo v Uganda.

¹² Armed Activities Case judgment, paras 9 et seq.

¹³ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, 43 ILM (2004), 1009

¹⁴ Dixon, *International Law* (7th edn 2013), p.328.

¹⁵ Bowett, *Self defence in International Law* (1958), pp. 188-192.

¹⁶ Henkin, *How Nations Behave*, (2 edn 1979), pp.141 f.

¹⁷ *Nicaragua v USA*.

¹⁸ Byers (2002) 51 I.C.L.Q 401.

Except for Iraq and Iran expressly challenging the legality of the operation, it was nearly universally accepted as the exercise of self-defence. The NATO evoked Art. 5 of its treaty and even many states that in the past had rejected the legality of preemptive self-defence now accepted this wide right of self-defence that the US claimed with their Operation. For the first time, the Security Council recognized the right of self-defence against terrorist attacks.

Though in the case of such a series of attacks against a state, preemption is not necessarily the core issue. The USA and its allies were arguably simply engaging in standard self-defence against an ongoing, armed attack. A general standard for terrorism, particularly in cases where a group has not yet committed an action but seems likely to act at some point in the near future, cannot be concluded from this incident. Opinions continue to differ on the criteria to be met, in order for a state to lawfully preempt a group whose behaviour falls short of an imminent attack.

The USA makes a very ambitious claim to the right of preemptive self-defence and proposes its adaption to the modern day circumstances so as to exclude the requirement of imminence. In its National Security Strategy¹⁹, it stated that for centuries, international law recognized that nations need not suffer an attack before they can lawfully take action to defend themselves against forces that present an imminent danger of attack. According to this view, the condition for the legitimacy of preemption which used to be the existence of an imminent threat such as visible mobilization of armies, navies and air forces preparing for attack, must be adapted to fit the objectives of modern day adversaries, rogue states and terrorists using unconventional means of attack.

Neither weapons of mass destruction nor terrorist actors were envisioned in the UN Charter framework and both WMD and terrorism can strike at states in ways that have not extensively been addressed in customary international law either. However, the relaxation of the criterion of necessity entails great risks as to where to draw the line. If imminence were no longer a prerequisite for preemptive force, what would restrict the right of self-defence in an equally reasonable and predictable way? With respect to WMD, would the sole possession of such weapons be sufficient?

One might consider hostile intent as a criterion, meaning that if the state that possesses these weapons has hostile intent towards other states, this would justify preemption. But a hostile-intent approach might be even more permissive. In a way, Israel was making this claim when it struck the Osirak reactor in 1981 and this was clearly rejected by the Security Council.

Even though the invasion of Afghanistan was generally supported and had an implied approval by the Security Council,²⁰ it remains unclear whether this can be construed as a general acceptance of anticipatory self-defence outside the context of terrorism and there is a lot of controversy regarding

the scope of this right. Though the proposal to reconsider the notion of imminence in the light of new threats to international peace and security²¹ has not undergone great approval. There is no right of self-defence if the threat of an armed attack is not imminent. In situations where there are good arguments for a preventive military action, with good evidence to support them, the matter may be brought to the Security Council which can authorize action if it chooses to. The ban of force, the global order and the principle of non-intervention ultimately outweigh a right of unilateral preventive action.²²

V. Conclusion

The right of self-defence is an inalienable right and in order to effectively serve its purpose, States should be able to exercise this right preemptively.

However, great dangers lie within preemptive self-defence and the potential for abuse is high. Especially in regard to terrorist attacks, the focus should be redirected towards the necessity aspect of self-defence. The right of self-defence should not be misconstrued into a right of retaliation. Defence implies a counteraction to minimize an imposed threat or attack. Yet, it seems doubtful whether classical symmetric warfare is even suitable to efficiently deal with the asymmetric threat posed by terrorism.

Though a true and appealing notion lies within the principle that *'the right need not yield to the wrong'*, as the increasing popularity of 'stand your ground' laws shows, fear remains to be a poor advisor. The criteria for the right to self-defence need to be narrowed, not widened, and emphasis should be put on the exceptional character of the right of self-defence. It is an exception to the ban of force, to the limitation of armed conflict, and to peace, the very purpose of international law.

** Die Autorin studiert Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im zehnten Fachsemester. Der Essay entstand während ihres Auslandsstudiums an der University of Oxford.*

¹⁹ US National Security Strategy (2002) 41 I.L.M 1478.

²⁰ SC resolution 1368 expressly recognizing the right of self-defence.

²¹ Foreign Affairs Committee, Second Report 2002-3, HC 196, para.150.

²² Evans, International Law (2nd edn 2004), p.604.

Interview mit Sportrechtsanwalt Dr. Alexander Wild

von Sonja Bühler*

Dr. Alexander Wild ist Anwalt in Stuttgart bei Falkenstein Rechtsanwälte. Sein Tätigkeitsschwerpunkt liegt im Sportrecht. Im Rahmen seiner Promotion hat sich Dr. Alexander Wild mit den Rechtsfragen des Dopings im deutschen Lizenzfußball, insbesondere dem Gesetz gegen Doping im Sport, befasst (Dissertation im Erscheinen). Die Rechtsprechung des CAS im Bereich des Fußballs ist Gegenstand des von ihm im Jahr 2011 herausgegebenen Buches *CAS and Football: Landmark Cases*. Insbesondere durch die Entscheidung von Lizenzierungsstreitigkeiten als Schiedsrichter trat Dr. Alexander Wild zuletzt des Öfteren medial in Erscheinung.

Sportrecht ist ein Rechtsgebiet, welches an der Universität in der Regel nicht gelehrt wird und ist dementsprechend unbekannt bei Studierenden. Wie kamen Sie zu Ihrer Leidenschaft für das Sportrecht?

Als leidenschaftlicher (Amateur-)Sportler und Sportbegeisterter lag es schon immer nahe, dass eine Spezialisierung auf das Sportrecht erfolgt. Das Sportrecht ist ein äußerst lebendiger Rechtsbereich. Normen und Rechtsprechung sind in Bewegung. Dass dies auch die staatliche Gerichtsbarkeit betrifft, zeigen eindrucksvoll im vergangenen Jahr die Entscheidungen des BGH in den Fällen *SV Wilhelmshaven* und *Pechstein*. Für das erste Quartal 2018 ist mit einer Entscheidung des BAG im Fall des ehemaligen Mainzer Torhüters *Heinz Müller* zu rechnen. Auch beim EuGH stehen wichtige Entscheidungen aus. Zu Zeiten des Studiums genoss das Sportrecht in der Lehre, von einigen wenigen Universitäten abgesehen, weitestgehend ein Schattendasein. Bezüge zum Sportrecht wurden nur punktuell hergestellt; etwa im Zusammenhang mit dem Strafrecht oder der wegweisenden *Bosman*-Entscheidung des EuGH zu den Grundfreiheiten im Europarecht. Als originell habe ich die Fallbesprechung im Strafrecht zur Übung für Fortgeschrittene in Erinnerung behalten. Sämtliche der dort besprochenen Fälle wiesen einen Bezug zum Fußball auf. Ich habe letztlich das Referendariat genutzt, um eine Brücke zum Sportrecht zu schlagen. Intensiv mit der Materie des Sportrechts im engeren Sinne beschäftigt habe ich mich während meiner Wahlstation.

Sportrecht ist sehr weit gefächert. Welche Bereiche fallen darunter und haben Sie sich nochmals innerhalb des Sportrechts spezialisiert?

Beratungsbedarf besteht weit überwiegend bei Vereinen, Verbänden, Trainern, Sportlern, Vermittlern, Beratern, Ausrüstern und Vermarktern. Die Menge der mit dem Sport verbundenen Rechtsfragen und Rechtsbeziehungen definiert den Begriff des Sportrechts im weiteren Sinne. Als Querschnittsmaterie weist das Sportrecht mannigfache Berührungspunkte zu verschiedenen Rechtsgebieten auf. Das Sportrecht ist demnach geprägt durch das sog. Zweisäulensystem: es gilt das von Verbänden

und Vereinen privatautonom gesetzte Recht und das staatliche Recht. Beispiele für Sportrecht können sein: die zivil- und strafrechtliche Haftung bei Mannschaftssportarten, das Recht des Handelsvertreters, etwa im Zusammenhang mit der Vermittlung neuer Sponsoren, die nationale und internationale Schiedsgerichtsbarkeit zur Entscheidung von Streitigkeiten, sportinstitutionelle Fragen wie etwa Lizenzierungsverfahren oder auch das Arbeitsrecht, wobei hierbei jeweils die rechtliche Stellung des Akteurs zu klären wäre, und natürlich das Verbandsrecht, etwa die Verhängung von Sperren. Eine Spezialisierung im Sinne einer nur eingeschränkten Bearbeitung sportrechtlicher Mandate kann anhand der aufgezeigten Rechtsgebiete oder aber aufgrund der privatautonomen Rechtssetzung nach den Sportarten erfolgen. Wir bieten dank eines starken Netzwerkes eine ganzheitliche Beratung.

Was sehen Sie als besondere Herausforderung in Ihrem Beruf?

Der Beruf des Rechtsanwalts erfordert neben einem hohen Maß an Empathie – sowohl im Hinblick auf den Mandanten als auch auf die gegnerische Seite bzw. den Vertragspartner – die Fähigkeit, mitunter äußerst komplexe Sachverhalte der am besten passenden Lösung zuzuführen. Dafür benötigt es zunächst der gemeinsamen Eruiierung des Sachverhalts mit dem Mandanten. Auf dieser Basis ist sodann die Würdigung der Rechtsprobleme vorzunehmen, an deren Ende die Ausarbeitung einer „maßgeschneiderten“ Strategie steht. Die Arbeit des Anwalts ähnelt hierbei dem Lösen eines Puzzles. Die Größe des Puzzles steht in Abhängigkeit zu der Komplexität des jeweiligen Falles. Klar ist: Je früher der Anwalt eingebunden wird, desto eher lässt sich das Puzzle vollständig lösen. Der Grund hierfür ist schlicht die Möglichkeit, durch geschicktes Handeln den Sachverhalt für den Mandanten vorteilhaft zu konturieren.

Was sind typische Mandate, die zu Ihnen gelangen? Können Sie ein Beispiel anhand eines besonders spannenden Falles geben?

Das „typische Mandat“ im Sinne des Prototypen gibt es – Sie werden es sicherlich mit Blick auf die bereits geschilderte Diffusität und Komplexität des Sportrechts bereits ahnen – nicht. Die Struktur der Mandate spiegelt die gesamte Bandbreite des Sportrechts wider.

Ein äußerst spannender Fall war sicherlich die Vertretung einer Mandantin mit dem Ziel, die Lizenz für die Handball Bundesliga der Männer zu erlangen. Spannend war der Fall zum einen deshalb, da für die Bearbeitung des Mandates lediglich ein Zeitfenster von Freitag bis Sonntag blieb und zum anderen aufgrund der immensen wirtschaftlichen und sportlichen Brisanz. Letztlich ist es uns nach äußerst arbeitsamen, von wenig Schlaf geprägten 72 Stunden gelungen, eine bereits

sportlich abgestiegene Mannschaft qua Entscheidung am grünen Tisch (einstweilige Verfügung eines staatlichen Gerichtes), durch Aufstockung der Liga um eine Mannschaft, in der Bundesliga zu halten. Das Beispiel zeigt: Das Sportrecht eröffnet dem Rechtsanwalt stellenweise die Möglichkeit, auf den sportlichen Wettbewerb, hier den Spielbetrieb, durch geschickte Rechtsanwendung, direkt einzuwirken. Hierin zeigt sich für mich mitunter die besondere Faszination des Sportrechts.

Welchen Regelungen unterliegen Sportler und Vereine? Wie hat man sich das vorzustellen?

Sowohl Sportler als auch Vereine unterliegen – wie jeder Bürger – dem staatlichen Recht. Hinzu treten die Bestimmungen der Verbände. Voraussetzung für Letzteres ist aber, dass der Sportler bzw. Verein sich diesem wirksam unterworfen hat. Es empfiehlt sich dies im Einzelfall gewissenhaft zu prüfen. Durch den monopolistisch hierarchisch-pyramidalen Aufbau des Verbandswesens wird eine übersichtliche Organisationsstruktur geschaffen. Hierdurch soll eine einheitliche Regelgeltung innerhalb der jeweiligen Sportart gewährleistet werden. Als vereinfachtes Beispiel mögen die Spielregeln im Fußball dienen: Die FIFA verpflichtet ihre derzeit 211 Mitgliedsverbände nach den Spielregeln des IFAB zu spielen. Verstößt ein Verband hiergegen, kann dies zum Ausschluss aus der FIFA führen. Bei alledem muss klar sein: Auch die Verbände sind, ungeachtet ihrer grundrechtlich verbürgten Autonomie, an staatliches Recht gebunden. Dieses gilt als Überbau des Verbandsrechts und steckt so den äußeren Rahmen ab.

Wie kann eine internationale Einheitlichkeit des Sportrechts geschaffen werden?

Eine internationale Einheitlichkeit des Sportrechts kann es absolut gesehen, also in Bezug auf die Gesamtheit der Sportverbände, nicht – bzw. nur mit Ausnahmen – geben. Eine Ausnahme stellt die Bekämpfung von Doping und hier die Geltung von WADA- und NADA-Code dar. Mit Blick auf die relative internationale Einheitlichkeit des Sportrechts, also in Bezug auf die jeweilige Sportart, erfolgt diese grundsätzlich (Ausnahmen bestehen etwa im Boxen) durch das sog. Ein-Platz-Prinzip. Hiernach darf es pro Sportart nur einen Weltfachverband geben. Diese Exklusivität gilt auch auf den darunterliegenden Ebenen. Indem das jeweilige Mitglied zwingend die höherrangigen Regeln durchzusetzen hat, wird eine einheitliche Regelgeltung hergestellt. Um die Ausführung plastisch zu machen: Im Fußball gilt die Hierarchie (in absteigender Reihenfolge) FIFA – UEFA – DFB – Regionalverbände – Landesverbände – Vereine – Spieler, wobei – anders als der DFB – die UEFA kein Mitglied der FIFA ist.

Zweifelsohne kommt auch dem Internationalen Sportgerichtshof (CAS) bei der Anwendung und Auslegung des Verbandsrechts große Bedeutung zu.

Im Sportrecht können sowohl die ordentlichen Gerichte als auch Schiedsgerichte zuständig sein. Schiedsgerichte werden auch durchaus kritisch gesehen. Wäre Sportrecht bei staatlichen Institutionen besser aufgehoben, gerade auch vor dem Hintergrund verschiedentlich korruptionsvorwürfe innerhalb mancher Weltspportverbände? Wie stehen Sie dazu?

Sinnhaftigkeit und Notwendigkeit von Schiedsgerichten stehen außer Frage. Schiedsgerichte bieten gegenüber staatlichen Gerichten zunächst die Vorteile, dass Schiedsrichter eine besondere Fachkompetenz und Sachnähe aufweisen und die Entscheidungsfindung zügig erfolgt. Im Falle einer einheitlichen Schiedsgerichtsbarkeit besteht ferner die große Chance auf eine einheitliche Regelanwendung, -durchsetzung und -fortbildung. Die einheitliche Schiedsgerichtsbarkeit schafft die Möglichkeit, Regelwerke flächendeckend nach einheitlichen Maßstäben durchzusetzen. Auf der anderen Seite muss klar sein: Das Schiedsgericht ersetzt die staatliche Gerichtsbarkeit. Schiedssprüche unterliegen nur eingeschränkt der gerichtlichen Kontrolle. Dies erfordert zwingend, dass Unabhängigkeit und Neutralität des Schiedsgerichts garantiert sind. Die Anforderungen hieran müssen hoch sein. Die Unabhängigkeit des CAS wurde im Fall *Pechstein* äußerst kontrovers diskutiert und vom BGH, mit fragwürdiger Argumentation, schließlich bejaht.

Was würden Sie Studierenden empfehlen, die sich für eine Karriereaufbahn im Sportrecht interessieren?

Aus meiner Sicht bietet das Referendariat die große Chance, durch gezielte Wahl der einzelnen Stationen, die Weichen richtig zu stellen. Hier sollte frühzeitig an die Karriere im Sportrecht gedacht werden. Den ersten Einstieg in das Sportrecht im engeren Sinne sollte aber sicherlich die Lektüre von Verbandsregeln darstellen.

** Das Interview entstand auf Initiative von Sonja Bühler. Sie studiert im neunten Fachsemester Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau.*

Das politische Mandat der verfassten Studierendenschaft

Johannes Thierer*

Im Zuge einer Reform des Landeshochschulgesetzes soll § 65 Abs. 4 Satz 1 gestrichen werden, der den Verfassten Studierendenschaften (VS) ein politisches Mandat zuspricht. Diese geplante Reform zum Anlass nehmend, will der Artikel einen Überblick geben, in welchem Umfang der VS ein politisches Mandat zusteht. Dabei wird insbesondere auf die Grundrechtsfähigkeit der VS hinsichtlich der Meinungs- und Wissenschaftsfreiheit und auf die Begrenzung des politischen Mandats aufgrund der allgemeinen Handlungsfreiheit der Studierenden eingegangen. Schließlich wird außerdem die in der neueren Rechtsprechung angewandte Brückenschlagstheorie zur Abgrenzung von Aussagen, die noch vom politischen Mandat gedeckt sind, weiterentwickelt. Zum Schluss soll ein kurzer Ausblick über die Folgen der Änderung des § 65 LHG gegeben werden.

A. Einführung

„Studierendenvertretung soll politisches Mandat verlieren“ titelte die Badische Zeitung kurz und knapp am 28.07.2017. Die Rhein-Neckarzeitung warf sogar die Frage auf, ob den Studierenden nun ein „Politischer Maulkorb“ verpasst werden soll.¹ Diese Ankündigung des „Entzugs“² des politischen Mandats schlug starke Wellen untern den politisch-interessierten Studierenden und den Studierendenvertretungen, es wird vom „Verrat“ der Wissenschaftsministerin an den Studierenden gesprochen und ihr Rücktritt gefordert.³ Die Ministerin sah sich schließlich dazu gezwungen, in einer Pressemitteilung klar zu stellen, dass es sich bei der Streichung lediglich um eine „Präzisierung“ handle.⁴

Hintergrund dieser Nachricht war, dass die Landesregierung Baden-Württemberg plant, im Zuge der anstehenden Reform des Landeshochschulgesetzes (LHG) einen Passus in § 65 zu streichen. In § 65 Abs. 4 LHG heißt es:

Im Rahmen der Erfüllung ihrer Aufgaben nimmt die Studierendenschaft ein politisches Mandat wahr. Sie wahrt nach den verfassungsrechtlichen Grundsätzen die weltanschauliche, religiöse und parteipolitische Neutralität.

Der erste Satz soll nun wegfallen.⁵ Dabei scheint es auf den ersten Blick durchaus naheliegend, dass damit allgemein die Möglichkeit der politischen Partizipation der VS beschnitten oder diese sogar ganz genommen wird. Wie so oft fallen aber der Wortlaut des Gesetzes und die juristische Anwendung auseinander. Schon in der Gesetzesbegründung zu § 65 Abs. 4 LHG wird entgegen des ersten Eindrucks durch den Wortlaut ausgeführt:

Der Studierendenschaft wird ein begrenztes partikuläres politisches Mandat eingeräumt, welches auf die Erfüllung der in Absatz 2 genannten Aufgaben und auf die Wahrnehmung gruppenspezifischer studentischer Belange beschränkt ist. [...] Die Regelung begründet kein allgemeinpolitisches Mandat der Studierendenschaft.⁶

Ebenso ist in guter alter rechtswissenschaftlicher Tradition die Auslegung dieses Paragraphen und der vergleichbaren Regelungen in anderen Bundesländern⁷ nach Betrachtung des widersprüchlichen Wortlauts und der Gesetzesbegründung umstritten. Im Kern dreht sich der Streit um die Frage, ob der Studierendenschaft ein politisches Mandat zugesprochen wird. Dieser Streit wird in der Literatur durchaus mit harten Bandagen ausgetragen. So wird den VerfechterInnen eines politischen Mandats vorgeworfen, bei dieser Position könne es sich allenfalls um eine „politische Kampfposition“ handeln und es würde zur „Rechtsverlumpung“ beitragen.⁸ Der Gegenmeinung wird unterstellt, sie würde für eine „politische Repression“ die rechtliche Begründung liefern.⁹

Dieser Artikel will unabhängig von politischen Überzeugungen und frei von Emotionalität eine Analyse des bisherigen Streites um das politische Mandat erarbeiten und mögliche Weiterentwicklungen aufzeigen.

¹ Habermehl/Schmitz, Studierendenvertretung soll politisches Mandat verlieren, BZ vom 28.07.2017, <https://www.badische-zeitung.de/suedwest-1/studierendenvertretung-soll-politisches-mandat-verlieren--139913324.html> (zuletzt abgerufen am 01.11.2017); Sören S. Sgries, "Politischer Maulkorb" - oder doch nur Begriffsklarstellung?, RNZ vom 29.07.2017, https://www.rnz.de/politik/suedwest_artikel,-Suedwest-Politisches-Mandat-fuer-Studentenvertreter-Politischer-Maulkorb-oder-doch-nur-Begriffsklars-arid,292342.html (zuletzt abgerufen am 28.10.2017).

² Habermehl/Schmitz, Baden-Württemberg will Studentenvertretern politisches Mandat entziehen, SPW vom 28.07.2017, <http://www.swp.de/ulm/nachrichten/suedwestumschau/land-will-studentenvertretern-politisches-mandat-entziehen-15500464.html> (zuletzt abgerufen am 28.10.2017)

³ Pressemitteilung der Landesstudierendenvertretung Baden-Württemberg vom 28.07.2017, <https://www.asta-kit.de/sites/www.asta-kit.de/files/images/news/PM%20Theresia%20Bauer%20begeht%20Vertrat%20an%20Verfassten%20Studierendenschaften%20-%20Wir%20fordern%20sofortiges%20Einlenken%21.pdf> (zuletzt abgerufen 28.10.2017);

Pressemitteilung des StuRa Freiburgs, Heidelbergs und dem fsz vom 28.07.2017, https://www.stura.uni-freiburg.de/news/pm_politisches_Mandat (zuletzt abgerufen am 28.10.2017).

⁴ Pressemitteilung des Ministeriums für Wissenschaft, Forschung und Kunst vom 28.07.2017, <https://mwk.baden-wuerttemberg.de/de/service/presse/pressemitteilung/pid/kein-kompetenzverlust-fuer-verfasste-studierendenschaft-mandat-bleibt-vollumfaenglich-erhalten/> (zuletzt abgerufen am 28.10.2017).

⁵ Entwurf Gesetz zur Weiterentwicklung des Hochschulgesetzes (HRWeiteG), Stand 11.09.2017, Art. 1 Änderung des Landeshochschulgesetz, Nr. 30.

⁶ LT-Drs. 15/1600, S. 34; vgl. Gesetzesbegründung zum HRG, Drs. 7/1328, S. 66.

⁷ z.B. § 20 I NHG; § 18 II BerLHG; dagegen ausdrücklich ausgeschlossen § 102 II 2 Nr. 1 HmbHG.

⁸ Bachof DÖV 1980, 607, 608, 610.

⁹ Preuß, Das politische Mandat der Studentenschaft 1969, S. 9.

B. Grundrechtsfähigkeit der VS

Ausgangspunkt des Streits über das politische Mandat ist die Frage, ob die VS grundrechtsfähig ist. Wenn dem so wäre, könnten die Meinungsfreiheit oder die Wissenschaftsfreiheit ein politisches Mandat begründen.

Grundsätzlich sind nur natürliche Personen grundrechtsfähig. Art. 19 Abs. 3 GG öffnet aber die Grundrechtsfähigkeit, indem auch inländische juristische Personen Träger von Grundrechten sein können. Es ist aber allgemein anerkannt, dass Art. 19 Abs. 3 GG nicht juristische Personen des öffentlichen Rechts umfasst.¹⁰ Begründung hierfür ist, dass die Grundrechte als Abwehrrechte gegen den Staat geschaffen wurden und „ihre Sinnmitte der Schutz der privaten natürlichen Person gegen hoheitliche Übergriffe“¹¹ darstellt. Die unterschiedlichen staatlichen Akteure sind, vom Einzelnen her gesehen, „nur besondere Erscheinungsformen der einheitlichen Staatsgewalt und können nicht gleichzeitig Verpflichtete und Berechtigte der Grundrechte sein“¹². Die VS ist Körperschaft des öffentlichen Rechts und damit Gliedkörperschaft der Hochschule, wie es § 65 Abs. 1 LHG ausdrücklich regelt. Als solche „mittelbare Staatsverwaltung“ ist es ihr nach ganz überwiegender Meinung grundsätzlich verwehrt, auf Grundrechte zurückzugreifen.¹³

I. Grundsätzliche Kritik von *Preuß*

Preuß und ihm folgend *Ridder/Ladeur*¹⁴ halten dem ein dualistisches Konzept entgegen. Die VS übt danach auf der einen Seite hoheitliche Befugnisse aus, auf der anderen Seite ist sie ein öffentlicher Willensverband, der sich aus subjektiven Rechten konstituiert und auf diesen basiert. Ob die Grundrechte gem. Art. 19 Abs. 3 GG anwendbar sind, entscheidet sich für *Preuß* maßgeblich nach der Verbandsstruktur. Sofern der Verband demokratisch ist und an dem Willen seiner Mitglieder anknüpft, trifft dies zu.¹⁵ Die hoheitlichen Befugnisse sind somit nur noch „Attribute“ des Subjekts.¹⁶ Diese strukturellen Voraussetzungen sieht *Preuß* gegeben und nennt als Klammer, welche den Willensverband zusammenhält, das „spezifisch studentische, d.h. [die] auf wissenschaftlichen Lernen begründete Teilnahme an der Selbstverwaltung der Universität“.¹⁷

Es erscheint sehr fragwürdig, dass staatlichen Funktionsträgern die Grundrechtsfähigkeit aufgrund der Tatsache, ob die Prozesse demokratischen Prinzipien folgen und eine Rückanbindung an die Mitglieder erfolgt, eingeräumt wird. Die VS

wurde durch einen staatlichen Akt gegründet und existiert originär nicht aufgrund des Willens der Mitglieder. Insbesondere kann *Preuß* auch nicht den Widerspruch auflösen, warum ausgerechnet einer VS, die er ausdrücklich als Gliedkörperschaft der Universität und somit als hoheitlicher Herrschaftsverband sieht,¹⁸ als Träger von Individual- und Verbandsfreiheiten handeln kann. Würde man konsequent der Konstruktion von *Preuß* und *Ridder/Ladeur* folgen, wären wohl viele weitere Hoheitsträger, wie z.B. berufsständische Kammern grundrechtsfähig.¹⁹

II. Durch bestimmte Grundrechte unmittelbar geschützter Lebensbereich

Eine Ausnahme für eine Grundrechtsberechtigung von juristischen Personen des öffentlichen Rechts macht das *BVerfGE* aber dann, wenn „Einrichtungen des Staates [...] Grundrechte in einem Bereich verteidigen, in dem sie vom Staat unabhängig sind“.²⁰ Dies gilt ausdrücklich für staatliche Universitäten und deren Fakultäten, die sich auf die Wissenschaftsfreiheit gem. Art 5 Abs. 3 berufen können.²¹

Vereinzelte Stimmen in der Literatur wollen deswegen der VS als juristischer Teil der Universität eine Teil-Grundrechtssubjektivität²² zusprechen, soweit sie im Rahmen der (unterverfassungsrechtlichen) Aufgabenübertragung agiert. Insbesondere *Denninger* will der VS deswegen eine „Studierfreiheit“ garantieren, d.h. eine „Ausbildungsfreiheit durch Teilnahme am hochschulisch organisierten Wissenschaftsprozess“.²³ *Damkowski* gelangt zum selben Ergebnis, indem er von einer Doppelfunktion der VS ausgeht. Auf der einen Seite ist sie mittelbare Staatsverwaltung, auf der anderen Seite agiert sie aber auch im Freiheitsraum des Art. 5 Abs. 3 GG „in Ausübung ihrer akademischen Freiheit“.²⁴ Dem ist grds. zuzustimmen, da die VS als Teilglied der Universität und damit genauso wie diese unmittelbar einem durch die Wissenschaftsfreiheit geschützter Lebensbereich zugeordnet ist.²⁵

Die überwiegende Meinung hält dieser Erkenntnis jedoch entgegen, dass sie nicht sonderlich fruchtbar für die Diskussion um das politische Mandat ist, da politische Äußerungen der VS nicht als von der Wissenschaftsfreiheit umfasst angesehen werden können.²⁶ Wissenschaft ist jede Tätigkeit, die „nach Inhalt und Form als ernsthafter und planmäßiger Versuch zur Ermittlung der Wahrheit anzusehen ist“.²⁷ Auch wenn der Wissenschaftsbegriff aufgrund der prinzipiellen Unabgeschlossenheit jeglicher wissenschaftlichen Erkenntnis weit auszulegen ist²⁸ und ein wissenschafts-theoretischer Diskurs über den Begriff

¹⁰ BVerfGE 21, 362, 369 ff.; 68, 193, 205; MD/*Remmert* Art. 19 III Rn. 45 ff.

¹¹ BVerfGE 61, 82, 101.

¹² *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Grundrechte 2014, Rn. 170.

¹³ So ausdrücklich anstatt vieler: *BerlVerfGGH NVwZ* 2000, 549; *Sandberger LHG BW Vor § 65 Rn 5*; *Thieme*, Deutsches Hochschulrecht 2004, Rn. 943; *Bachof DÖV* 1980, 607 f.

¹⁴ *Ridder/Ladeur*, Das sogenannte Politische Mandat von Universität und Studentenschaft 1973, S. 13 ff.

¹⁵ Ebd., S. 43, 46.

¹⁶ Ebd., S. 48.

¹⁷ Ebd., S. 56.

¹⁸ Ebd., S. 67.

¹⁹ *Rupp ZRP* 1969, 288.

²⁰ BVerfGE 31, 314, 322; 39, 302, 314.

²¹ BVerfGE 15, 256, 262.

²² Vgl. grds. dazu *BK/von Mutius* Art. 19 Abs. 3 Rn. 43 f., 69 f., 105.

²³ *Denninger* *KritJ* 1994, 1, 10; ähnlich *Pieroth*, Störung, Streik und Ausspernung an der Hochschule 1967, S. 199 ff.

²⁴ *Damkowski DVBI* 1978, 229, 234.

²⁵ Vgl. von *Coelln/Haug HochschulR BW/Hofmann* § 65 LHG Rn. 37.

²⁶ Deswegen offen lassend *BVerwGE* 34, 69, 76 f.; *VGH Mannheim NJW* 1976, 590, 591; vgl. *MD/Scholz* Art. 5 III Rn. 94. Ebenfalls offenlassend für die Wissenschaftsfreiheit gem. Art. 21 *SächsVerf VerfGH Sachsen*, 10.12.2012, Vf. 87-IV-12, Rn. 14; 24.01.2013, Vf. 96-IV-12, Rn. 14. Bejahend für die Wissenschaftsfreiheit gem. Art. 21 *BerlVerf*, aber i.E. dann auch nicht einschlägig *VerfGH Berlin NVwZ* 2001, 426.

²⁷ BVerfGE 35, 79, 113; 90, 1, 12.

²⁸ BVerfGE 90, 1; 12.

besteht²⁹, werden doch einige Mindestvoraussetzungen gestellt.³⁰

Das *OVG Hamburg* kam ausgehend von dieser Definition zu dem Schluss, dass politische Äußerungen und Tätigkeiten der VS diese Voraussetzungen nicht erfüllen:

*Sie sind durchweg vom politischen Tageskampf her und aus konkreten Anlässen entstanden. Wissenschaftliche Vorbereitung und Arbeitsweise in der geschilderten Weise sind nicht erkennbar. Allenfalls sind die Äußerungen der Beklagten das Ergebnis einer journalistischen Arbeitsweise, nicht jedoch einer wissenschaftlichen.*³¹

Teilweise wird der VS darüber hinaus auch allgemein die Fähigkeit abgesprochen, überhaupt wissenschaftlich im Sinne des Art. 5 Abs. 3 GG tätig zu werden.³²

Dagegen wird von den Befürwortern eine Grundrechtsberechtigung hinsichtlich Art. 5 Abs. 3 GG mit zwei Argumentationsstrukturen erwidert.

1. Weiter Wissenschaftsbegriff

Preuß will von einem anderen, sozialkritischen Wissenschaftsbegriff ausgehen. Dazu gehört insbesondere eine wissenschaftliche Öffentlichkeit, an der die Studierenden teilnehmen.³³ Eine solche Definition würde den Begriff der Wissenschaft von Mehrheitsverhältnissen innerhalb der VS abhängig machen. Ein mehrheitsfähiges Begriffsverständnis könnte sich so gegen diejenigen, die diesen eben nicht teilen, durchsetzen, und würde so deren Wissenschaftsfreiheit berühren.³⁴

2. Meinungsfreiheit durch den geschützten Lebensbereich

Eine andere Begründung der Anwendbarkeit von Grundrechten wird von *Denninger* angeboten. Dieser will, ausgehend von dem durch die Wissenschaftsfreiheit unmittelbar geschützten Lebensbereich, die Meinungsfreiheit anwenden und so das politische Mandat grundrechtlich durch diese geschützt wissen. Die Meinungsfreiheit wird „insoweit ‚in den Dienst‘ der institutionell begriffenen Wissenschaftsfreiheit gestellt“³⁵. *Denninger* vermischt aber mit seiner Konstruktion die Grenzen zwischen einer Grundrechtsberechtigung aus Art. 5 Abs. 1 und 3 GG. Außerdem ist es schlicht nicht ersichtlich, warum einer Universität die Berufung auf die Meinungsfreiheit verwehrt bleibt, der VS als Teil dieser über den Umweg der Wissenschaftsfreiheit aber Träger des Art. 5 Abs. 1 GG sein soll.³⁶

²⁹ Siehe beispielhaft im Kontext des politischen Mandats die Gutachten über einen Wissenschaftsbegriff von *Havermann*, *Hofmann* und *Habermas/Wellner* in: *Preuß*, Das politische Mandat der Studentenschaft 1969, S. 122 ff.

³⁰ Siehe z.B. *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Grundrechte 2014, Rn. 670.

³¹ *OVG Hamburg NJW* 1972, 71, 73.

³² VGH Kassel, 21.02.1991, 6 UE 3713/88, Rn. 34; zweifelnd BVerfGE 34, 69, 77.

³³ *Preuß*, Das politische Mandat der Studentenschaft 1969, S. 106, 109, 111; ebenso *Damkowski DVBl* 1978, 229, 235; *Rinken JuS* 1968, 257, 263; ähnlich *Ridder/Ladeur*, Das sogenannte Politische Mandat von Universität und Studentenschaft 1973, S. 49 f.

³⁴ *Von Mutius VerwArch* 63 (1972), 453, 456; vgl. *Bartsch*, Die Studentenschaft in der Bundesrepublik Deutschland 1971, S. 123 f.

Zusammenfassend lässt sich deshalb sagen, dass weder die Ausweitung des Wissenschaftsbegriffs noch die Anwendung der Wissenschaftsfreiheit durch den unmittelbar geschützten Lebensbereich eine Grundrechtssubjektivität der VS für ein politisches Mandat überzeugend begründen vermag.

C. Verfassungsrechtliche Begrenzung des politischen Mandats

Nachdem festgestellt wurde, dass die VS nicht Trägerin von Grundrechten ist, kann sie ihre Kompetenz für ein allgemeinpolitisches Mandat nur direkt aus dem LHG ziehen. In diesem wird nur allgemein von einem „politischen Mandat“ gesprochen. Wie in der Einführung schon aufgezeigt, spricht eine historische Auslegung für ein hochschulpolitisches Mandat. Auch die Systematik des § 65 LHG, insbesondere die Aufzählung der Aufgaben in § 65 Abs. 2 LHG, deutet auf ein eingeschränktes politisches Mandat hin.³⁷

Die ganz überwiegende Meinung legt das Mandat zusätzlich grundrechtskonform aus und will die Grenzen des politischen Mandats von entgegenstehenden Grundrechten ableiten. Dabei wird auf die Grundrechte der Studierenden, also der einzelnen Mitglieder der VS, abgestellt, insbesondere auf die allgemeine Handlungsfreiheit und die Meinungsfreiheit.³⁸

I. Zwangsmitgliedschaft und allgemeine Handlungsfreiheit

Eine grundrechtskonforme Auslegung des politischen Mandats wird aufgrund des Zwangscharakters der VS nötig. Mit Immatrikulation an der Universität wird man automatisch Mitglied in der VS und kann sich dem auch nicht entziehen.³⁹ Dies stellt unzweifelhaft einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG dar, denn den Studierenden wird eine Bindung an die VS aufgezwungen, obwohl sie diese womöglich allgemein oder in einer speziellen Erscheinungsform missbilligen.⁴⁰ Im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung ist ein solcher Eingriff in die Handlungsfreiheit durch eine Zwangsmitgliedschaft nur gerechtfertigt, wenn der Zwangsverband eine „legitime öffentliche Aufgabe“ erfüllt.⁴¹ Es wird heutzutage fast einhellig davon ausgegangen, dass die VS legitime öffentliche Aufgabe durch Wahrnehmung (hochschulpolitischer) Belange der Studierenden wahrnimmt.⁴²

³⁵ *Denninger KritJ* 1994, 1, 10; ähnlich *Pieroth*, Störung, Streik und Aussperrung an der Hochschule 1967, S. 198.

³⁶ *Krüger*, Studentische Selbstverwaltung und studentische Vereinigungen, in: *HdbWissR*, S. 590; *ders*, Rechtsprobleme der verfassten Studentenschaft, Gutachten für den Landtag NRW Vorlage 11/3694, S. 18.

³⁷ *Sandberger LHG BW* § 65 Rn. 5; von *Coelln/Haug HochschulR BW/Hofmann* § 65 LHG Rn. 38.

³⁸ Die negative Koalitionsfreiheit gem. Art. 9 Abs. 1 GG ist bei öffentliche Zwangsverbänden nicht einschlägig (BVerfGE 10, 354, 362 ff).

³⁹ Einzelnd gibt es in den Bundesländern die Möglichkeit auszutreten, z.B. § 24 Abs. 1 Satz 3 SächsHSFG, § 65 Abs. 1 Satz 3 HSG LSA.

⁴⁰ *Redeker DVBl* 1980, 569, 570.

⁴¹ BVerfGE 10, 89, 101; 38, 281, 299.

⁴² Anstatt vieler BVerfG NVwZ 2001, 190, 191 mwN; BVerfGE 59, 231, 236 f.; VGH Mannheim DVBl. 1968, 705, 705; *Sandberger LHG BW Vor*

Auch wenn somit keine Zweifel an der Verfassungskonformität eines Zwangsverbands, dem alle Studierenden einer Universität angehören, gehegt werden, so sind diesem dennoch bei seiner Ausgestaltung grundrechtliche Grenzen gesetzt.

Das *BVerwG* hat dazu geurteilt:

*Das Abwehrrecht gegen staatlichen Organisationszwang aus Art. 2 I GG ist nicht nur darauf angelegt, den einzelnen vor Mitgliedschaft in „unnötigen“ Verbänden zu bewahren. Es bewirkt auch, daß einem legitimen Zwangsverband [...] nicht Angelegenheiten übertragen werden dürfen, deren Erledigung nicht zum Verbandszweck werden darf.*⁴³

Die allgemeine Handlungsfreiheit der Mitglieder der VS beschränkt somit das politische Mandat der VS auf die Förderung der besonderen, dem zusammengeschlossenen Personenkreis eigentümlichen Interessen.⁴⁴ Was dieses begrenzte Mandat im Einzelnen umfasst, wird später unter D. untersucht werden.

1. Erwidern von *Preuß*

Diese Argumentation wird von *Preuß* am Ausgangspunkt angegriffen, indem er behauptet, dass die Annahme eines Zwangsverbandes falsch sei. Die Immatrikulation an die Universität ist ein freiwilliger Eintrittsakt deren Folge die Mitgliedschaft in der VS ist.⁴⁵ *Preuß* stellt hierfür eine *conditio-sine-qua-non-Formel* auf, die besagt, dass ein Zwangsverband dann nicht vorliegt, „wenn die die Mitgliedschaft aussprechende Norm nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass die ‚Kollektivierung‘ bestimmter Rechte, Pflichten oder Interessen entfiel.“⁴⁶ Die Mitgliedschaft in der VS beruht primär nicht auf rechtlichen, deklaratorischen Bestimmungen, sondern auf Zugehörigkeit zu einer soziologischen Gruppe.⁴⁷

Diese Argumentation verkennt aber, wie das *BVerwG* zurecht feststellt, dass in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG nicht eine „rechtlich unnormierte Sozialbeziehung“ der Studierenden fällt, sondern eine „maßgeblich durch die staatliche Verbandsbildung - und nicht allein durch sozialen Kontakt - begründete Rechtsbeziehung zwischen Studenten und Studentenschaft“.⁴⁸ In diesem Zwangsverband ist man automatisch aufgrund des rechtlichen Faktums der Mitgliedschaft an der Universität. Dabei ist es auch irrelevant, welcher gesellschaftliche Zusammenhang die Mitglieder verbindet.⁴⁹ In dem Zwangsverband einer Studierendenschaft besteht kein Unterschied zu einer Anwalts- oder Handwerkskammer. Auch der Handwerker entscheidet sich freiwillig zum Ergreifen seines Berufes, damit geht aber

zwingend die Mitgliedschaft in der entsprechenden Kammer einher.⁵⁰

2. Erwidern von *Ridder/Ladeur*

Eine Zwangsmitgliedschaft wird von *Ridder/Ladeur* ebenfalls verneint. Sie gehen davon aus, dass die VS lediglich als eine interne Ausdifferenzierung der Körperschaft Universität zu sehen ist, zu der man freiwillig mit Immatrikulation beitrifft.⁵¹ Der Gesetzgeber hätte die VS genauso gut in der Universität als Teil der Hochschulsebstverwaltung eingliedern können („anstaltliches Verhältnis“).⁵² Dann wäre unter dem Aspekt der fehlenden Mitgliedschaft auch keine Berufung auf Art. 2 Abs. 1 GG möglich.

Diese Folgerung ist Trugschluss, denn selbst wenn die VS eine reine hochschulinterne Organisationsform wäre, dürfte ihr keine Aufgaben oder Kompetenzen übertragen werden, die die Handlungsfreiheit der Studierenden verletzen würde.⁵³

II. Negative Meinungsfreiheit

Teilweise wird zusätzlich zur allgemeinen Handlungsfreiheit die negative Meinungsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 GG der einzelnen Studierenden als Begrenzung angeführt. Dabei ist das Recht gemeint, Meinungen nicht zu äußern und zu verbreiten müssen beziehungsweise, dass fremde Meinungen als eigene geäußert und verbreitet werden.⁵⁴ Entscheidend dabei ist, ob Äußerungen von VertreterInnen der VS allen Studierenden zugerechnet werden. Das *OVG Hamburg* ist der Überzeugung, dass bei Veröffentlichungen die Mitteilungen den „Studierenden“ als Ganzes zugeschrieben werden.⁵⁵ *Von Mutius* betitelt dies auch als „faktische Identifikation“.⁵⁶ Es sei insbesondere unter demokratischen Aspekten fragwürdig, wenn die Meinungsfreiheit durch Mehrheitsbeschlüsse übergangen werden kann.⁵⁷ Dies wird nicht dadurch ausgeglichen, dass Mitglieder abweichende Meinungen zum Ausdruck bringen können, da sie nicht die gleichen Publikationsmöglichkeiten haben (keine „Waffengleichheit“).⁵⁸

Dem wird entgegengehalten, dass aufgrund eines demokratischen Repräsentationsprinzips Äußerungen nicht den einzelnen Studierenden angelastet werden können, sondern offensichtlicher Weise von einer im Willensbildungsprozess gefundenen Mehrheit getragen werden.⁵⁹

§ 65 Rn. 5; *Thieme*, Deutsches Hochschulrecht 2004, Rn. 944. A.A. VG Sigmaringen DVBl. 1977, 465; siehe auch die weiteren ablehnenden Nachweise bei *Krüger*, Rechtsprobleme der verfassten Studentenschaft, Gutachten für den Landtag NRW Vorlage 11/3694, S. 7.

⁴³ BVerwGE 59, 231, 238.

⁴⁴ BVerwGE 59, 231, 238; bestätigt durch BVerfG, 19.02.1992, 2 BvR 321/89, Rn. 5.

⁴⁵ *Preuß*, Das politische Mandat der Studentenschaft 1969, S. 80.

⁴⁶ Ebd., S. 84.

⁴⁷ Ebd., S. 82.

⁴⁸ BVerwGE 59, 231, 234 f.

⁴⁹ Ebd., 235.

⁵⁰ *Ruland* JuS 1981, 615, 616; i.E. zustimmend *Denninger* KritJ 1994, 1, 4 ff.

⁵¹ *Ridder/Ladeur*, Das sogenannte Politische Mandat von Universität und Studentenschaft 1973, S. 37 f.

⁵² Ebd., S. 38 f.

⁵³ BVerwGE 59, 231, 235 f.; *Ruland* JuS 1981, 615, 616.

⁵⁴ BVerfGE 65, 1, 40; *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Grundrechte 2014, Rn. 603.

⁵⁵ OVG Hamburg NJW 1971, 71, 73.

⁵⁶ *Von Mutius* VerwArch 63 (1972), 453, 456.

⁵⁷ Ebd.

⁵⁸ Ebd.; vgl. *Rupp* ZRP 1969, 288.

⁵⁹ *Preuß*, Das politische Mandat der Studentenschaft 1969, S. 90 f.; *Ridder/Ladeur*, Das sogenannte Politische Mandat von Universität und Studentenschaft 1973, S. 54 f.; *Pieroth*, Störung, Streik und Aussperrung an der Hochschule 1967, S. 204; *Ridder* ZRP 1969, 217, 219; *Knoke* DÖV 1967, 542, 548; *Damkowski* DVBl 1978, 229, 235 f. mit Verweisen auf BSG MDR 1966, 541 und BVerwG NJW 1977, 1893.

Im Ergebnis bedarf es aber wohl einer Einzelfallbetrachtung, da es maßgeblich darauf ankommt, wo und in welcher Form die angegriffene Äußerung verbreitet wurde.⁶⁰ Entscheidend muss dabei der objektive Erklärungswert sein.⁶¹ So muss eine Verletzung der negativen Meinungsfreiheit angenommen werden, wenn die allgemeinpolitische Äußerung beispielsweise „im Namen der Studierenden“ abgegeben wird. Anders würde es sich wohl darstellen, wenn dabei ausdrücklich auf einen Beschluss des demokratischen Organs der VS, also beispielsweise dem Studierendenrat oder -parlament verwiesen wird. Die Meinungsfreiheit wäre auch nicht betroffen, wenn StudierendenvertreterInnen ausdrücklich als Einzelperson oder als Mitglied einer Hochschulgruppe öffentlich auftreten.

III. Zwischenfazit

Aus dem bisher Dargestellten ergibt sich, dass die VS kein allgemeinpolitisches Mandat besitzt. Die einfachgesetzliche Aufgabenzuweisung muss durch die allgemeine Handlungsfreiheit und manchmal durch die negative Meinungsäußerung beschränkt werden. Eine weitergehende Kompetenz kann aufgrund fehlender Grundrechtssubjektivität der VS nicht aus grundrechtlichen Freiheiten abgeleitet werden. Selbst wenn man eine Grundrechtsfähigkeit der VS annimmt und ihr die oben genannten Grundrechte zuspricht, würde man zum selben Ergebnis, wie hier vertreten, gelangen. Denn dann würde eine Grundrechtskollision zwischen den Freiheiten der einzelnen Studierenden und der VS vorliegen.⁶²

Auch aus der Aufgabe der VS zur Förderung der politischen Bildung gem. § 65 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 lässt sich kein allgemeinpolitisches Mandat ableiten. Im Rahmen der Ausübung dieses gesetzlichen Auftrags hat die VS sich politisch neutral zu verhalten.⁶³ Die VS muss verschiedene politische Positionen eine Plattform bieten und eigene Stellungnahme zu allgemeinpolitischen Themen unterlassen.⁶⁴ Auf weitere fernliegende und im Ergebnis auch zu verneinende Begründungen eines allgemeinpolitischen Mandats, beispielsweise aufgrund Gewohnheitsrecht⁶⁵ soll nicht weiter eingegangen werden. Die VS kann somit nur ein begrenztes politisches Mandat besitzen.

D. Die Ausmaße des begrenzten politischen Mandats

Die entscheidende Frage, die nun aufgeworfen wurde, ist, welchen Umfang das begrenzte politische Mandat hat. Dazu haben

sich in Rechtsprechung und Literatur viele unterschiedliche Tendenzen entwickelt, wie das begrenzte politische Mandat der VS von einem allgemeinpolitischen Mandat abzugrenzen ist.

I. Grundsätzliche Theorien

Es lassen sich insbesondere zwei entgegenstehende Pole des Meinungsspektrums erkennen.

1. Strenge Unmittelbarkeitstheorie

Die VertreterInnen einer möglichst engen Auslegung des politischen Mandats gehen von einem reinen hochschulpolitischen Mandat aus. Die VS darf sich nur mit Angelegenheiten befassen die „unmittelbar die Hochschule oder die Studenten in ihrer Eigenschaft als Studenten“ betreffen.⁶⁶ Nur mit einer strikten Abgrenzung zwischen hochschulpolitischem und allgemeinpolitischem Mandat könne die Gefahr gebannt werden, dass sich das Mandat nahezu uferlos auf jedes politische Themenfeld erstreckt.⁶⁷ Vom hochschulpolitischen Mandat klassischerweise umfasst sind beispielsweise Studienbedingungen (Personal- oder Raumknappheit).⁶⁸

2. Weite Unmittelbarkeitstheorie

Insbesondere das *OVG Hamburg* stützt sein Urteil ebenfalls auf die Unmittelbarkeitstheorie. Dieses sieht aber neben den Themen Forschung, Lehre und Studium auch die generelle Bildungs- und Kulturpolitik von der Theorie umfasst.⁶⁹ Darüber hinaus soll das politische Mandat der VS einschlägig sein, wenn Grund- oder Menschenrechte und damit das ganze Staatsgefüge außergewöhnlich verletzt werden, so dass allgemein die Freiheit von Wissenschaft und Forschung gefährdet ist.⁷⁰ Diese Kompetenz soll auch dann greifen, wenn im Ausland die Wissenschaftsfreiheit bedroht ist, da solche Grundrechte universal sind.⁷¹

Denninger geht zwar von anderen Grundannahmen aus, gelangt aber im Ergebnis auch zu einem weiten politischen Mandat und unterteilt dieses in verschiedene Problemfälle (Wissenschaft und Hochschule, Ausbildung und soziale Sicherung, Hochschule und Gesellschaft).⁷² Auf dies soll später näher eingegangen werden.

⁶⁰ *Krüger*, Rechtsprobleme der verfassten Studentenschaft, Gutachten für den Landtag NRW Vorlage 11/3694, S. 30 ff.

⁶¹ Ebd., S. 31.

⁶² So beispielsweise *OVG Berlin* WissR 1969, 81, 86 f. (abgedruckt in *Preuß*, Das politische Mandat der Studentenschaft 1969, S. 161 ff.); *Bartsch*, Die Studentenschaft in der Bundesrepublik Deutschland 1971, S. 123ab f.; vgl. *von Mutius* VerwArch 63 (1972), 453, 454. Wobei *Dankowski* dann zurecht einwirft, dass die Individualrecht nicht zwingen gegenüber dem kollektiven Grundrechtsschutz der VS Vorrang genießen (DVBl 1978, 229, 237).

⁶³ *OVG Berlin*, 25.05.1998, 8 SN 24.98; von *Coelln/Haug* HochschulR BW/*Hofmann* § 65 LHG Rn. 40; *Krüger*, Studentische Selbstverwaltung und studentische Vereinigungen, in: HdbWissR, S. 592.

⁶⁴ *OVG Lüneburg* NVwZ-RR 2015, 460.

⁶⁵ Dafür: *Schapals*, Wesen und Rechtsnatur der Studentenschaft 1962, S. 93. Dagegen wegen eindeutig fehlender allgemeiner Rechtsüberzeugung darüber: *OVG Hamburg* NJW 1971, 71, 73; *Grabitz* DVBl. 1972, 342, 343; *Knoke* DÖV 1967, 542, 548; *Berner* JZ 1967, 242, 244.

⁶⁶ BVerwGE 34, 69, 74 f.; VGH Mannheim NJW 1976, 590; *OVG Berlin*, 25.05.1998, 8 SN 24.98, Rn. 9; VGH Kassel DVBl. 1998, 972; *Sandberger* LHG BW § 65 Rn 5; *Krüger*, Studentische Selbstverwaltung und studentische Vereinigungen, in: HdbWissR, S. 591; *Redeker* DVBl. 1980, 569, 571 f.

⁶⁷ VGH Mannheim NJW 1976, 590; von *Coelln/Haug* HochschulR BW/*Hofmann* § 65 LHG Rn. 40.

⁶⁸ *Thieme*, Deutsches Hochschulrecht 2004, Rn. 943; *Krüger*, Studentische Selbstverwaltung und studentische Vereinigungen, in: HdbWissR, S. 591; vgl. *OVG Münster* DVBl. 1977, 994, 997.

⁶⁹ *OVG Hamburg* NJW 1972, 71, 73, krit. *Grabitz* DVBl. 1972, 342, 343.

⁷⁰ Ebd.

⁷¹ *OVG Hamburg* NJW 1972, 71, 74; vgl. *Knoke* DÖV 1967, 542, 547; a.A. *Thieme* JZ 1970, 578, 579.

⁷² *Denninger* KritJ 1994, 1, 16 ff.

3. Brückenschlagstheorie

In der neueren Rechtsprechung und Literatur hat sich wohl eine vermittelnde Ansicht durchgesetzt. Diese geht weiterhin vom Unmittelbarkeitskriterium aus. Ergänzend hält sie Äußerungen der VS für zulässig, die ein nicht unmittelbares hochschulpolitisches Feld betreffen, solange und soweit dabei der Zusammenhang zu studien- und hochschulpolitischen Belangen deutlich erkennbar bleibt.⁷³ Dabei wurde insbesondere auf soziale Belange abgestellt und zugleich betont, dass es sich nicht um ein Einfallstor für ein allgemeinpolitisches Mandat handeln soll.⁷⁴ Nicht mehr von einem Brückenschlag umfasst ist die Angelegenheit, wenn sachlicher Bezug zur Hochschulpolitik weder erkennbar noch beabsichtigt ist.⁷⁵

II. Kritik

Insbesondere das Kriterium der Unmittelbarkeit ist der Kritik ausgesetzt, dass dieses kein hilfreiches Werkzeug zur Abgrenzung zwischen begrenztem politischem und allgemeinpolitischem Mandat sei.⁷⁶ Deswegen wird teilweise auch eine grundsätzliche Unmöglichkeit der Unterscheidung zwischen hochschulpolitischen und allgemeinpolitischen Angelegenheiten konstatiert, da eine solche alleine von der Gedankenwelt des entscheidenden Gerichts abhängig ist.⁷⁷

Es ist nur schwer von der Hand zu weisen, dass diese Kritik berechtigt ist. Die VertreterInnen der strengen Unmittelbarkeitstheorie ziehen daraus die Schlussfolgerung, dass das Mandat eng auszulegen sei, um möglichst wenige Überschneidungen mit allgemeinpolitischen Angelegenheiten zu provozieren. Dass diese Reaktion nicht die richtige Schlussfolgerung sein kann, zeigt sich schon an der Inkonsequenz dieser Theorie. So will beispielsweise *Krüger* von einem hochschulpolitischen Mandat auch noch Probleme mit späterer Berufsaufnahme der Studierenden umfasst sehen,⁷⁸ was der VS den Zugang zu einer Vielzahl von allgemeinpolitischen Angelegenheiten öffnet. Es wird unabhängig von der Eingeschränktheit eines politischen Mandats immer Randbereiche geben, bei denen Abgrenzung von Nöten ist. Um die Kritik der Unbestimmbarkeit möglichst weit zu entkräften, muss deshalb eine systematische Ausdifferenzierung der Abgrenzungskriterien erfolgen.

III. Differenzierende Brückenschlagstheorie

Es soll bei der *differenzierenden Brückenschlagstheorie* der Versuch unternommen werden, verschiedene hochschulnahe

politische Themenfelder zu kategorisieren und diese in Relation zu den Belangen der Studierenden zu setzen. Nach dieser Theorie müssen die Kriterien für einen Brückenschlag strenger sein, je ferner die Angelegenheit zu Hochschule ist. Dabei sollen ausdrücklich die von *Denninger* erarbeiteten Themensphären⁷⁹ als Grundlage herangezogen werden. Eine Grenzziehung zwischen den einzelnen Sphären soll anhand dem Schwerpunkt der Angelegenheit erfolgen.⁸⁰

1. Hochschule

Die unstrittigste Kategorie dürfte wohl der Themenkomplex der „Hochschule“ sein. Selbst von einem sehr eng gefassten hochschulpolitischen Mandat der VS sind Studium und Lehre umfasst. Insbesondere die Beteiligung in den Gremien oder Fragen der Hochschulentwicklungsplanung und Haushaltspolitik sind originäre Betätigungsfelder einer VS.⁸¹ Auch Äußerungen zur Akzentsetzung in der Forschungspolitik oder Fragen der wissenschaftlichen Lehre fallen in das hochschulpolitische Mandat.⁸² Dafür muss die Brückenschlagstheorie nicht hinzugezogen werden und auch die Unmittelbarkeit ist hier immer zu bejahen und somit faktisch als Kriterium entbehrlich.

Sonderfall: Umgang mit studentischen Gruppen

Zu Auseinandersetzung führte immer wieder der Umgang von Organen der VS mit bestimmten studentischen Gruppen, insbesondere mit Studierendenverbindungen.⁸³ Zum Mandat der VS gehört es, eine kritische Öffentlichkeit innerhalb dieser herzustellen. Dies ist auch unter Bezug zu § 65 Abs. 3 LHG unzweifelhaft.⁸⁴ Dem sind aber dort Grenzen gesetzt, wo die Strukturen und Mittel des Zwangsverbandes VS dazu eingesetzt werden, die Meinungsbildung einseitig zu dominieren.⁸⁵ Hinsichtlich studentischen Verbindungen ist daher eine sachliche Kritik vom Mandat gedeckt. Für den Kommunikationsprozess ist es aber entscheidend, dass den kritisierten Gruppen die Möglichkeit zur gleichwertigen Gegenäußerung eingeräumt wird.⁸⁶ Deswegen wird wohl zu Recht Verbindungen ein Teilhabeanspruch dahingehend zugesprochen, in Publikationen der VS abweichende Standpunkte skizzieren zu dürfen.⁸⁷ Der gesetzliche Auftrag der VS, also die Vertretung aller studentischen Interessen unter dem Dach eines Verbandes, setzt aber Grenzen, die bei Schmähkritik beziehungsweise „Bekämpfung“ studentischer Gruppen überschritten wären.⁸⁸

⁷³ Ursprünglich entwickelt von OVG Münster WissR 1998, 65; übernommen von BVerwG NVwZ 2000, 318, 320 ff.; bestätigt durch BVerfG NVwZ 2001, 190, 191; ebenso OVG Münster NVwZ-RR 2001, 102; OVG Berlin NVwZ-RR 2004, 348, 349; OVG Magdeburg, 06.06.2006, 3 M 65/06, Rn. 20; *Reich* HRG § 41 Rn. 2; von Coelln/Haug HochschulR BW/Hofmann § 65 LHG Rn. 40; *Peters/Schulte* WissR 36 (2003), 325, 337 f.;

⁷⁴ BVerwG NVwZ 2000, 318, 320 ff.

⁷⁵ *Reich* HRG § 41 Rn. 2; vgl. VGH München WissR 1989, 83 85; Gesetzesbegründung zum HRG, Drs. 7/1328, S. 66.

⁷⁶ *Ridder/Ladeur*, Das sogenannte Politische Mandat von Universität und Studentenschaft 1973, S. 52 f.; *Pieroth*, Störung, Streik und Aussperrung an der Hochschule 1967, S. 204; *von Mutius* VerwArch 63 (1972), 453, 458 f.; vgl. *Thieme* JZ 1970, 578, 579

⁷⁷ *Hase* DuR 1976, 213, 214 f.

⁷⁸ *Krüger*, Studentische Selbstverwaltung und studentische Vereinigungen, in: HdbWissR, S. 591.

⁷⁹ *Denninger* KritJ 1994, 1, 17 ff.

⁸⁰ Vgl. von Coelln/Haug HochschulR BW/Hofmann § 65 LHG Rn. 36.

⁸¹ Vgl. *Denninger* KritJ 1994, 1, 17 ff.

⁸² Ebd.

⁸³ Zum Kampf gegen den RCDS: *Krüger*, Rechtsprobleme der verfassten Studentenschaft, Gutachten für den Landtag NRW Vorlage 11/3694, S. 28.

⁸⁴ *Sandberger* LHG BW Vor § 65 Rn 5.

⁸⁵ OVG Bremen NVwZ 2000, 342, 343.

⁸⁶ *Sandberger* LHG BW Vor § 65 Rn 5.

⁸⁷ VG Bremen NVwZ-RR 2002, 35, 38; zustimmend *Peters/Schulte* WissR 36 (2003), 325, 338; ähnlich *Krüger*, Rechtsprobleme der verfassten Studentenschaft, Gutachten für den Landtag NRW Vorlage 11/3694, S. 28; vgl. auch *VG Gelsenkirchen*, 04. 05.1999, 4 L 3833/98.

⁸⁸ VGH Kassel NVwZ 1998, 873, 873 f.; OVG Bremen NVwZ 2000, 342, 342; *Peters/Schulte* WissR 36 (2003), 325, 338. Siehe zur Abgrenzung zwischen sachlicher Kritik und Schmähkritik BVerfG NJW 1999, 204.

2. Anwendung und Folgenabschätzung wissenschaftlicher Erkenntnisse

Im hochschulnahen Spannungsfeld liegen Äußerungen der VS zu möglichen Folgen von Forschungsergebnissen gem. § 65 Abs. 3 LHG. Teilweise werden solche Aufgabeweisungen als außerhalb der Kompetenz der Studierenden angesehen. Den Studierenden fehle dazu schlicht jegliche Sachkunde.⁸⁹ Dem muss jedoch entgegengehalten werden, dass mit diesem Argument das Mandat der VS auf ein Minimum begrenzt werden könnte. Es würde dann Studierenden genauso die Sachkunde über Didaktik fehlen, da Pädagogen sich deutlich besser damit auskennen und Selbstbetroffenheit nicht zu Expertise führt. Dies würde auch einem Wissenschaftsbild des mündigen und reflektierenden Forschenden, zu dem Studierende erzogen werden sollen, widersprechen.⁹⁰

Um zu vermeiden, dass durch den Brückenschlag über die Forschung ein allgemeinespolitisches Mandat generiert wird, muss neben dem deutlich erkennbaren Bezug zu hochschulpolitischen Belangen das weite Feld der Forschung eingegrenzt werden. Dazu eignet sich die Formel, dass die thematisierte Wissenschaftsanwendung von einem besonderen Gefahrenpotential für verfassungsrechtlich geschützte Individual- und Gemeinschaftsgüter sein muss.⁹¹ Mit solch einer engen Auslegung ist auch ein möglicher Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit von Forschern durch Bewertung der Erkenntnisse verfassungsrechtlich legitimiert.⁹²

3. Soziale Belange

Eine weitere Kategorie kann unter der Überschrift „Soziale Belange“ zusammengefasst werden. Angelegenheiten innerhalb dieses Themenkomplexes könnten die Wohnungsbaupolitik im Lichte der Wohnungsnot unter Studierenden⁹³ oder die Nahverkehrspolitik⁹⁴ sein. Zu diesem Feld wurde die Brückenschlagstheorie originär entwickelt, weswegen diese Sphäre auch weitgehend unumstritten ist. Der deutlich erkennbare Bezug zu studentischen Belangen dürfte beispielsweise bei Erklärungen zur Rentenversicherung nicht gegeben sein.⁹⁵ Bei den Themen Gleichstellung zwischen Mann und Frau oder Diskriminierung im Berufsleben lässt sich aber im Hinblick auf Berufschancen ein Brückenschlag zu studentischen Belangen herstellen.⁹⁶ Dafür spricht auch systematisch, dass die VS einen solchen Auftrag für ihre Organe gem. § 65 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 LHG hat.

⁸⁹ *Thieme*, Deutsches Hochschulrecht 2004, Rn. 950; krit. auch *Sandberger* LHG BW § 65 Rn 4; *Krüger*, Rechtsprobleme der verfassten Studierendenschaft, Gutachten für den Landtag NRW Vorlage 11/3694, S. 26.

⁹⁰ *Denninger* KritJ 1994, 1, 18.

⁹¹ VerfGH NW NVwZ-RR 2000, 594, 595 mwN zu Verantwortung der Wissenschaft und Universitäten; *Denninger* KritJ 1994, 1, 18. Siehe beispielsweise zur Kernenergie BVerwGE 59, 231; VGH Kassel, 21.02.1991, 6 UE 3713/88, Rn. 28.

⁹² VerfGH NW NVwZ-RR 2000, 594, 595.

⁹³ *Denninger* KritJ 1994, 1, 19.

⁹⁴ Insbesondere zum Semesterticket: BVerfG NVwZ 2001, 192; BVerwG NVwZ 2000, 323; vgl. *Hufen* JuS 2000, 813.

⁹⁵ *Denninger* KritJ 1994, 1, 19.

⁹⁶ Ebd. Deswegen könnte die finanzielle Unterstützung eines Vereins „Antirassistische Initiative e.V.“ vom Mandat umfasst sein, sofern dieser sich auf das Bekämpfen von Diskriminierung beschränkt (anders wohl in OVG Berlin NVwZ-RR 2004, 348).

4. Freiheitlich demokratische Grundordnung

Am schwierigsten gestaltet sich die Abgrenzung bei studentischen Belangen, die weit in die Gesellschaft hineinragen. Eine freie Wissenschaft und ihre Vermittlung erfordert ein Mindestmaß an gesellschaftlichen Voraussetzungen. Diese sind unter dem Schlagwort der freiheitlich demokratischen Grundordnung⁹⁷ grundgesetzlich verbrieft. Sollten diese so außergewöhnlich verletzt werden, dass die Ausübung von freier Forschung und Lehre nicht mehr gewährleistet ist, so rechtfertigt das Interesse der Studierenden auf eine freie Wissenschaft einen Brückenschlag zu diesen Themen.⁹⁸ Dabei muss ein deutlich strengerer Maßstab an das Zusammenhangskriterium als bei den vorherigen Sphären gestellt werden, denn auch wenn die VS Träger der Wissenschaftsfreiheit ist, ist sie nicht originär „Hüterin der Verfassung“.⁹⁹

Es gibt in der Rechtsprechung eine Vielzahl von Überschreitungen des Mandats, weil sich die VS auf allgemeinespolitisches Terrain begeben hat. In der ganz überwiegenden Zahl der Urteile würden die Fälle wohl in keiner der vorangegangenen Sphären fallen und deswegen vor den hohen Hürden der Verletzung der freiheitlich demokratischen Grundordnung stehen. Auch wenn es Fälle geben mag, bei denen diese letzte Sphäre als Auffangtatbestand einschlägig ist, wird in den meisten Fällen eine Überschreitung des begrenzten politischen Mandats vorliegen (z.B. Aufruf für Aufhebung aller Ausländergesetze¹⁰⁰, gegen internationale Wirtschaftsorganisationen und Ausbeutung armer Länder¹⁰¹; finanzielle Unterstützung von allgemeinespolitischen Aktionen¹⁰²).¹⁰³ Nach dem Urteil des BVerfG zur NPD¹⁰⁴ liegt es aber nahe, dass Aufrufe zu Demonstrationen gegen die NPD aufgrund des eindeutig verfassungsfeindlichen Gedankengutes in die Sphäre der freiheitlich demokratischen Grundordnung fallen und deswegen vom Mandat umfasst sind.¹⁰⁵

IV. Mäßigungsgebot

Immer wieder wird von der VS als Reaktion auf das begrenzte politische Mandat eine Selbstregulierung gefordert. So soll sich die VS wegen der allgemeinen Handlungsfreiheit der einzelnen

⁹⁷ Siehe dazu z.B. BVerfGE 2, 1, 12 f.

⁹⁸ i.E. ebenso OVG Hamburg NJW 1972, 71, 73; *Knoke* DÖV 1967, 542, 545.

⁹⁹ OVG Hamburg NJW 1972, 71, 73; a.A. *Denninger* KritJ 1994, 1, 19

¹⁰⁰ VGH Kassel NVwZ 1999, 212.

¹⁰¹ VGH Kassel ZUM-RD 1997, 409.

¹⁰² Finanzielle Unterstützung der attac-Hochschulgruppe beim Drucken von Flugblättern, die sich kritisch mit Globalisierung auseinandersetzt, und einem Kongress zum Thema „Fluchtwege freihalten! Gegen staatliche Diskriminierung im Asyl- und Ausländerrecht“ (OVG Berlin NVwZ-RR 2004, 348).

¹⁰³ Siehe für weitere Beispiele, bei denen die Rechtsprechung eine Überschreitung des Mandats festgestellt hat die Übersichten bei: von *Coelln/Haug* HochschulR BW/*Hofmann* § 65 LHG Rn. 39 ff; *Peters/Schulte* WissR 36 (2003), 325, 336.

¹⁰⁴ BVerfG NJW 2017, 611.

¹⁰⁵ Anders noch VG Giesen, 13.06.2000, 3 M 1867/00.

Studierenden an einem Mäßigungsgebot ausrichten, die polemische und überzogene Äußerung verbietet.¹⁰⁶ Dabei wird aber die Wirkung der allgemeinen Handlungsfreiheit überdehnt. Die Überschreitung des Mäßigungsgebots innerhalb der Grenzen des Mandats mag zwar eventuell einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit darstellen. Dieser ist aber verhältnismäßig, da innerhalb der VS durch das Repräsentations- und Demokratieprinzip gerade eine Plattform für eine Auseinandersetzung geschaffen ist.¹⁰⁷ Außerdem hat der Gesetzgeber im Gegensatz zu anderen Zwangsverbänden der VS ausdrücklich ein politisches Mandat übertragen.¹⁰⁸

E. Fazit

Abschließend lässt sich feststellen, dass aus juristischer Sicht die Streichung des § 65 Abs. 4 Satz 1 LHG nicht notwendig ist. Das „politische Mandat“ im Sinne des § 65 LHG ist als begrenztes politisches Mandat und nicht als allgemeinpolitisches Mandat auszulegen. Es steht somit im Einklang mit der Verfassung und höchstrichterliche Rechtsprechung. Die Änderung des § 65 Abs. 4 Satz 1 LHG ist somit nicht von juristischen sondern von politischen Erwägungen angetrieben, die hier nicht näher thematisiert werden sollen.

Wie nach Streichung des Satzes Gerichte ein politisches Mandat der VS bewertet wird, ist reine Spekulation. Ob Gerichte die Änderung zum Anlass nehmen, eine gesetzgeberische Intention zur stärkeren Begrenzung des Mandats herauszulesen oder ob es tatsächlich bei einer reinen „Präzisierung“ bleibt, wird sich zeigen.

Dieser Artikel hat versucht zu zeigen, dass sich nach der differenzierenden Brückenschlagstheorie ein begrenztes politisches Mandat der VS bestimmen lässt. Die VS wird sich in Anbetracht des umfassenden Aufgabenkatalogs in § 65 LHG unabhängig von der ausdrücklichen Nennung weiterhin auf ein begrenztes politisches Mandat berufen können.

** Der Autor studiert im 5. Fachsemester Rechtswissenschaft an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Er war im Wintersemester 2015/16 und Sommersemester 2016 Mitglied des Studierendenrates Freiburg für den Fachbereich Rechtswissenschaft.*

¹⁰⁶ VGH Kassel NVwZ-RR 2005, 114, 115; Reich HRG § 41 Rn. 2; ähnlich Krüger, Rechtsprobleme der verfassten Studentenschaft, Gutachten für den Landtag NRW Vorlage 11/3694, S. 27 f.; vgl. auch OVG Lüneburg 29.11.1977, VIII A 128/75 zum Mäßigungsgebot einer Ärztekammer.

¹⁰⁷ Denninger KritJ 1994, 1, 16 f.: An die VS können nicht die gleichen Anforderungen wie an eine öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt gestellt werden.

¹⁰⁸ VG Bremen NVwZ-RR 2002, 35, 37.

Rezension zu "Gesellschaftsrecht"

von PD Dr. Sebastian Mock, LL.M. (NYU), 1. Auflage 2015

Wiss. Mit. Andreas Schubert

Das Gesellschaftsrecht gehört, zumindest in Grundzügen, zum Pflichtstoff im ersten juristischen Staatsexamen. Die gesellschaftsrechtliche Einkleidung zivilrechtlicher Klausuren ist ein regelmäßig anzutreffender Fall. Gesellschaftsrecht ist unter Studenten universitätsübergreifend ein gern gewählter Schwerpunktbereich. Die Lektüre eines fundierten Lehrbuches zu dieser Thematik ist daher jedem Studenten nahezulegen. Das 2015 in erster Auflage in der Reihe *Lernbücher Jura* des C.H. Beck – Verlags erschienene, ca. 300 Seiten umfassende Lehrbuch des seit WS 2017/18 an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg tätigen PD Dr. Sebastian Mock, LL.M. (NYU) fügt sich in eine ganze Fülle von gesellschaftsrechtlichen Lehrbüchern ein.

Das Deckblatt des Buches gibt den behandelten Umfang mit *Grundlagen, Recht der Personengesellschaften und Grundzüge des Kapitalgesellschaftsrechts* vor. Kapitel 1 - *Grundlagen und Grundbegriffe* umreißt kursorisch auf 37 Seiten die wesentlichen Grundstrukturen des Gesellschaftsrechts. Neben einem Überblick über Begriff und Rechtsquellen des Gesellschaftsrechts die essentialia ein jeder Gesellschaftsform wie Gründung, Auftreten im Rechtsverkehr sowie auch das Innenverhältnis der Gesellschafter behandelt. Ferner wird auf die die *Grundtypen des Gesellschaftsrechts* eingegangen.

Kapitel 2 bildet mit der ungefähr 200 Seiten umfassenden Darstellung der Personengesellschaften den Schwerpunkt des Buches. Hierbei stellt die BGB-Gesellschaft mit 90 Seiten den wichtigsten Block dar. Die offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft sowie die stille Gesellschaft folgen mit 42, 48 bzw. 23 Seiten.

Kapitel 3 widmet sich sodann auf 55 Seiten der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Aktiengesellschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien sowie die im europäischen wie nationalen Kontext an Bedeutung gewinnende Societas Europaea werden ausgespart. Das Lehrbuch beschränkt sich auf den

„examensrelevanten Pflichtfachstoff im Gesellschaftsrecht“. Dieser umfasst die genannten Kapitalgesellschaften nicht.

Das Buch ist in seiner inhaltlichen Konzeption und Tiefe gut geeignet, den Einstieg in das Gesellschaftsrecht zu erleichtern. Mit seinen Übersichten, Schemata, prägnanten Merksätzen sowie den sich am Ende eines jeden wichtigen Abschnitts findenden Wiederholungsfragen, deren Beantwortung sich nicht, wie in anderen Lehrbüchern, auf Seiten- oder Randnummernverweise beschränkt, bietet das Lehrbuch von Mock eine gute Basis als Lern- und Wiederholungslektüre. Zur KG und UG finden sich zudem zwei Klausurfälle, die mit ihren ausführlichen Lösungsskizzen den Umgang mit gesellschaftsrechtlichen Fragestellungen in der Falllösung üben lassen. Für den Schwerpunktbereich ist es, mangels Darstellung der Kapitalgesellschaften, jedoch nur für den Einstieg geeignet.

Die leicht verständliche Sprache des Buchs gewährleistet einen guten Lesefluss, der leicht durch die direkt in den Text eingefügten Nachweise gestört wird. Im Vergleich zu anderen Lehrbüchern verzichtet Mock auf Fußnoten. Für die vertiefte Auseinandersetzung mit dem Gesellschaftsrecht oder den Schwerpunktbereichsstudenten ist es aufgrund der fehlenden Darstellung wichtiger weiterer gesellschaftsrechtlicher Bereiche, wie etwa weiterer Kapitalgesellschaften als der GmbH (KGaA, SE) oder des Mitbestimmungsrechts weniger geeignet. Insgesamt kann das Buch Studenten in den frühen Semestern zum Einstieg sowie Examenskandidaten zur zügigen Wiederholung personen- und GmbH-rechtlicher Fragestellungen empfohlen werden. Für den studentischen Geldbeutel schlägt das Werk mit 24,90 Euro zu Buche.

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Forschungsstelle für Hochschul Arbeitsrecht bei Prof. Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch in Freiburg i. Br.

Rezension zu „Staatsrecht III“

-

von Prof. Dr. Heiko Sauer, 4. Auflage 2016

*stud. jur., stud. phil. Emre Susamci**

Die übermüdeten Augen des Examenskandidaten gleiten beim Wort Staatsrecht zunächst erwartungsfroh, spätestens beim Zusatz „III“ jedoch skeptisch, gar misstrauisch über dieses Buch aus der „Lernbücher-Jura“-Reihe des C.H. Beck Verlages. Dieses Misstrauen lässt sich leicht begründen. Während bei Büchern zum Staatsorganisationsrecht (Staatsrecht I) und zu den Grundrechten (Staatsrecht II) der ungefähre Inhalt bereits vor der Lektüre ersichtlich ist, hilft beim Werk von Prof. Heiko Sauer der Untertitel: „Auswärtige Gewalt. Bezüge des Grundgesetzes zu Völker- und Europarecht“.

Zugegebenermaßen ein langer, aber hilfreicher Untertitel. Zunächst einmal geht aus ihm hervor, dass es sich bei diesem Buch, trotz der Bezüge zum Völker- und Europarecht, um ein Buch zum deutschen Staatsrecht handelt. Und hiermit sind wir wieder beim Misstrauen: Benötigt man das hier in Buchform präsentierte Wissen wirklich, um das deutsche Staatsrecht zu verstehen? Ist der „eigentliche“ Stoff nicht bereits kompliziert und ausufernd genug?

Der Autor tritt diesen, zumeist wohl studentischen, Bedenken überzeugend entgegen in dem er mehrere Fallbeispiele präsentiert (S. 5-9), die das Zusammenwirken von deutschem (Staats-)Recht mit der EMRK, dem Völker- und Europarecht offen zu Tage treten lassen. Selbst Fälle, die vorgeblich nur Menschen innerhalb Deutschlands betreffen, wie solche zur Sicherungsverwahrung oder Altersdiskriminierung, lassen sich ohne profunde Kenntnisse des Zusammenwirkens verschiedener Normen und des hier vorgestellten Staatsrechts III nicht lösen.

Dieses Zusammenwirken, mit seinen Auswirkungen auf das deutsche Recht, wird als „Offene Verfassungsstaatlichkeit“ beschrieben. Im ersten Teil beschreibt der Autor wie sich dieses Phänomen historisch entwickelt hat und spart auch nicht die rechtspolitischen und rechtstheoretischen Diskussionen aus, die mit der Öffnung des deutschen Rechts einhergingen. Hier werden insbesondere die Einschränkung der nationalstaatlichen Souveränität, die Konstitutionalisierung des Völkerrechts und die Einordnung der EU als Staatenbund oder Bundesstaat diskutiert (S.23). Die Diskussion dieser Entwicklungen ist nicht ausufernd, sondern zeichnet studentenfreundlich den aktuellen Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung nach. Um die Öffnung des Verfassungsstaates zu illustrieren, bedient sich der Autor einer Brückenmetapher. Hiernach erlaubt die Öffnung einerseits den deutschen Staatsorganen den staatlichen Binnenbereichen zu verlassen, um völkerrechtliche Verträge zu schließen oder innerhalb der EU an Entscheidungen zu partizi-

pieren (sog. „Verkehr von innen nach außen“). Andererseits sind die hierbei eingegangenen Verpflichtungen innerhalb des deutschen Rechtsraums verbindlich und führen gewisse Wirkungen herbei (sog. „Verkehr von außen nach innen“, S.22).

Diese Brückenmetapher zieht sich als roter Faden durch die nächsten drei Teile des Buches.

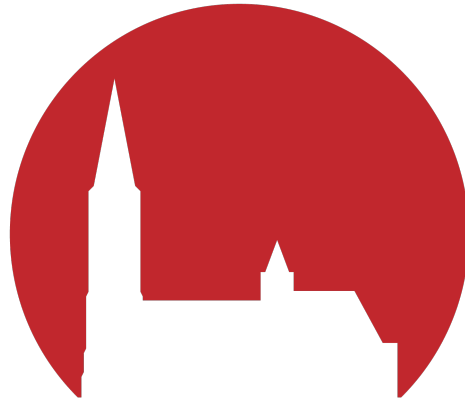
Im zweiten Teil wird der Begriff „Auswärtige Gewalt“ definiert, die keine vierte Gewalt ist, sondern nur als „deskriptiver Sammelbegriff“ (S.34) für den „Verkehr von innen nach außen“ dient.

In den letzten beiden Kapiteln werden die Auswirkungen des Völker- und Europarechts als „Verkehr von außen nach innen“ dargestellt. Dabei spart der Autor nicht mit Kritik an der Rechtsprechung des BVerfG und des EuGH, bleibt aber der Konzeption als „Lernbuch“ treu und zeichnet vornehmlich die Rechtsprechungslinien zu wichtigen Entscheidungen wie „Solange II“, der „Ultra-vires Kontrolle“ oder dem „OMT-Beschluss“ nach und bereitet sie systematisch für den Leser auf. Hochaktuelle und brisante Entscheidungen, wie die zur Beteiligung Deutschlands an der Stabilisierung des Euros (S. 205), werden zum Ende des Buches auf prägnante Weise verfassungsrechtlich aufgeschlüsselt.

Dieser studentenfreundlichen Konzeption folgt das Buch auch in anderer Hinsicht. Auf nur 228 Seiten, in angenehmen Layout und in der bereits hervorgehobenen klaren Sprache, ergänzt durch zahlreiche Schaubilder, geleitet der Autor den Leser durch das Dickicht namens „Staatsrecht III“.

Dennoch mag der Eine oder Andere, trotz der in der Einführung vom Autor behaupteten Prüfungs- und Examensrelevanz (S. 4), an der Notwendigkeit eines ganzen Buches zweifeln. Natürlich sind die Bezüge des Völker- und Europarechts zum Grundgesetz prüfungsrelevant und so finden sich in den meisten Skripten und Klausurenkursen bestimmte Problemkreise wie Auslandseinsätze der Bundeswehr oder der Einfluss der EuGH Rechtsprechung auf das Verwaltungsrecht, welche sich auch in „Staatsrecht III“ finden. Anders als die oben genannten Bücher möchte das „Lernbuch“ zum Staatsrecht III aber nicht nur einzelne Entscheidungen hervorheben, sondern setzt beim Problembewusstsein an. Denn, wie der Autor zumindest in Bezug auf den Rezensenten richtig annimmt, zeigen sich bei solchen Problemen in der Falllösung „nicht nur Wissenslücken, sondern auch Verständnisprobleme“ (S. 3). Um diesem Problem zu begegnen kann man beruhigt und auch erwartungsfroh zu diesem Buch greifen.

** Der Autor studiert an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im achten Semester Rechtswissenschaften sowie Philosophie und Geschichte.*



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 drei- bis viermal 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 Studenten, 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, als auch auf unserer Facebook-Seite.





FREILAW
Freiburg Law Students Journal