



SRZ

SAARBRÜCKER RECHTSZEITSCHRIFT
Studentische Rechtszeitschrift an der Universität des Saarlandes

Aufsätze

Dipl.-Jur. Bianca Zentes

Die Rechtsfolgen gemäß § 9 Abs. 1 VVG beim Widerruf des Versicherungsvertrags – ein Überblick

Dipl.-Jur. Jan Marcel Stammkötter

Datenschutzverletzungen und Datenpannenmanagement bei Berufsheimnisträgern am Beispiel der Anwaltschaft

Studium und Didaktik

RiSG Johannes Greiser

Methodenlehre aus Sicht eines Praktikers

Stud.iur. Florian Friedrichs

Beitrag zur römischen Rechtsgeschichte

Rezension und Varia

Dr. Simon Dörrenbächer

Syndikusrechtsanwalt

Ass.iur. Nicole Sand

Berufswunsch Notar*in

RA Veris-Pascal Heintz, LL.M.

Rezension: Eickelberg | Krätzschel, Digitale Lehre

Unterstützt durch:



RECHTSWISSENSCHAFTLICHE
FAKULTÄT
UNIVERSITÄT DES SAARLANDES

Verlag Alma Mater



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-946851-49-3

ISSN 2749-9766

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig.

Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Verlag Alma Mater. 2022
www.verlag-alma-mater.de

Druck und Bindung: Conte, St. Ingbert

Saarbrücker Rechtszeitschrift



Herausgegeben von

Veris-Pascal Heintz

Rechtsanwalt und Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität des Saarlandes

Matthias Michael Thielen

Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand an der Universität des Saarlandes

AUSGABE 2
SAARBRÜCKEN 2022

INHALTSVERZEICHNIS

AUFSÄTZE

Dipl.-Jur. Bianca Zentes

**Die Rechtsfolgen gemäß § 9 Abs. 1 VVG beim Widerruf des
Versicherungsvertrags – ein Überblick** 59

Dipl.-Jur. Jan Marcel Stammkötter

**Datenschutzverletzungen und Datenpannenmanagement bei
Berufseheimnisträgern am Beispiel der Anwaltschaft** 69

STUDIUM UND DIDAKTIK

RiSG Johannes Greiser

Methodenlehre aus Sicht eines Praktikers 81

Stud.iur Florian Friedrichs

Beitrag zur römischen Rechtsgeschichte 109

REZENSION UND VARIA

Dr. Simon Dörrenbächer

Syndikusrechtsanwalt 131

Ass.iur Nicole Sand

Berufswunsch Notar*in 139

RA Veris-Pascal Heintz, LL.M.

Rezension: Eickelberg | Krätzschel, Digitale Lehre 147

Die Rechtsfolgen gemäß § 9 Abs. 1 VVG beim Widerruf des Versicherungsvertrags – ein Überblick

Der Umgang mit dem Widerrufsrecht des Versicherungsnehmers eröffnet auf Rechtsfolgenseite drei¹ große Problemfelder. *Erstens* gilt es, die maßgeblichen Rechtsvorschriften zu ermitteln. Dabei wirft die Abgrenzung des nicht näher definierten aber gleichwohl beschränkten Anwendungsbereich des § 9 VVG von den Vorschriften des BGB Probleme auf. *Zweitens* haben die Widerrufsfolgen in § 9 VVG nur eine äußerst knappe Regelung erfahren, die es näher zu konkretisieren gilt. Und schließlich *drittens* dient diese Vorschrift zumindest in Teilen der Umsetzung der RL 2002/65/EG, mit deren Vorgaben sie nicht immer vereinbar scheint.

I. Ermittlung der maßgeblichen Rechtsvorschriften

1. Die dreifach beschränkte Reichweite des § 9 VVG

Den Kern des versicherungsrechtlichen Widerrufsrechts bilden § 8 und § 9 VVG. Seit der VVG-Reform² gewähren diese Vorschriften einheitlich allen Versicherungsnehmern aller Versicherungsarten ein Widerrufsrecht.³ Eine Differenzierung nach Verbrauchereigenschaft, Versicherungssparte oder Modalitäten des Vertragsschlusses findet, anders als bei den allgemeinen zivilrechtlichen Widerrufsrechten, nicht mehr statt.⁴

* Die Verfasserin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Europäisches und Internationales Privatrecht sowie Zivilprozessrecht (Univ.-Prof. Dr. Christian Gomille) an der Universität des Saarlandes.

¹ Nicht Gegenstand des vorliegenden Beitrags sind die Rechtsfolgen in Bezug auf zusammenhängende Verträge, die seit dem 1.5.2013 eine Sonderregelung in § 9 Abs. 2 VVG erfahren haben, sowie die Sonderregeln für Berufsunfähigkeits- und Lebensversicherungen (Fn. 4).

² Neufassung des VVG mit Wirkung zum 1.1.2008 durch G zur Reform des Versicherungsvertragsrecht, BGBl. I 2007, 2531.

³ *Schimikowski*, Versicherungsvertragsrecht, 6. Aufl. 2017, Rn. 35; *Franz*, DStR 2008, 303 (306). Eine Ausnahme bilden die Großrisiken gemäß § 210 VVG sowie die in § 8 Abs. 3 VVG normierten Fälle.

⁴ Zur Aufgabe der gespaltenen Lösung des alten VVG siehe den RegE, BT-Drs. 16/3945, S. 61; *Wandt/Ganster*, VersR 2008, 425. Flankiert wird diese allgemeine Regel nur durch Sonderregeln für Lebensversicherungs- und Berufsunfähigkeitsversicherungsverträge in

Gleichwohl umfasst § 9 VVG – trotz seiner auf eine umfassende Regelung hindeutenden Überschrift – die Rechtsfolgen des Widerrufs nur teilweise.⁵ Tatsächlich ist seine Reichweite in dreifacher Hinsicht begrenzt:

Die erste Grenze, die zeitliche, folgt aus § 9 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 VVG, der eine Zustimmung des Versicherungsnehmers zum Versicherungsbeginn vor Ablauf der Widerrufsfrist verlangt. Daraus wird abgeleitet, dass § 9 VVG nicht anwendbar ist, sofern der Versicherungsschutz erst nach dem Ablauf der Widerrufsfrist vereinbarungsgemäß beginnt.⁶ Weiterhin ist die gegenständliche Reichweite des § 9 VVG doppelt begrenzt. Ausdrücklich werden nur die Folgen in Bezug auf die Prämienleistungen und nur für die Zeit vor Wirksamwerden des Widerrufs geregelt; das Schicksal der Versichererleistung und der künftigen Leistungspflichten bleiben in § 9 VVG unerwähnt.⁷

Bezüglich dieser prima facie bestehenden Regelungslücken ist in zwei Schritten vorzugehen.

2. Vorrangiger Lückenschluss nach den Wertungen des § 9 VVG

Die erste und vorrangige Möglichkeit besteht darin, aus den Wertungen des § 9 VVG heraus auch die nicht ausdrücklich geregelten Fälle zu beantworten. Dieser Weg ist bei den beiden gegenständlichen Restriktionen der Norm gangbar: Dass die wechselseitigen Leistungspflichten nach einem wirksamen Widerruf für die Zukunft erlöschen, folgt zum einen aus § 9 Abs. 2 Satz 1 VVG, wonach der Versicherungsnehmer *auch* an den zusammenhängenden Vertrag nicht mehr gebunden ist, und zum anderen schon aus dem Charakter des Widerrufs⁸.

Auch die zweite gegenständliche Regelungslücke, das Schicksal erbrachter und künftiger Leistungen des Versicherers, lässt sich aus § 9 VVG heraus schließen. Aus dem Äquivalenzprinzip folgt, dass der Versicherungsnehmer Versicherungsleistungen

§ 152 VVG (i.V.m. § 176 VVG), welche auf abweichende Richtlinienvorgaben sowie die Besonderheiten der Rückkaufwertberechnung zurückgehen (Langheid/Wandt/Heiss, 2. Aufl. 2017, § 152 VVG Rn. 1, 3).

⁵ Langheid/Wandt/Eberhardt, 3. Aufl. 2022, § 9 VVG Rn. 7; Johannsen, in: Beckmann/Matusche-Beckmann, VersR-Handbuch, 3. Aufl. 2015, § 8 Rn. 35.

⁶ Langheid/Wandt/Eberhardt, 3. Aufl. 2022, § 9 VVG Rn. 6; Johannsen, in: Beckmann/Matusche-Beckmann, VersR-Handbuch, 3. Aufl. 2015, § 8 Rn. 35 Langheid, NJW 2007, 3665 (3667).

⁷ Langheid/Wandt/Eberhardt, 3. Aufl. 2022, § 9 VVG Rn. 7 f.; Johannsen, in: Beckmann/Matusche-Beckmann, VersR-Handbuch, 3. Aufl. 2015, § 8 Rn. 35; Armbrüster, r+s 2008, 493 (500).

⁸ Vgl. § 355 Abs. 1 Satz 1 BGB.

nur so weit zurückgewähren muss, wie ihm ein Erstattungsanspruch bezüglich geleisteter Prämienzahlungen zukommt.⁹ Das Schicksal von Leistungen des Versicherers lässt sich also spiegelbildlich aus den in § 9 VVG festgelegten Prämienfolgen gewinnen (dazu ausführlich unter II.).

3. Subsidiärer Rückgriff auf §§ 355 ff. BGB analog

Nur die zeitliche Begrenzung des Anwendungsbereichs – namentlich der Fall, dass der Versicherungsschutz vereinbarungsgemäß erst nach Ablauf der Widerrufsfrist beginnt – lässt sich nicht aus den Wertungen des § 9 VVG lösen. Insofern ist auf die §§ 355 ff. BGB, konkret §§ 355, 357b BGB, zu rekurrieren. Das überrascht, handelt es sich bei § 355 Abs. 1 Satz 1 BGB doch um eine Sonderregel für Verbraucher und fehlt es in § 8 VVG an einem Verweis auf § 355 BGB, sodass kein Widerrufsrecht „nach dieser Vorschrift“ im Sinne des § 355 Abs. 1 Satz 1 BGB eingeräumt wird.¹⁰ Dennoch gehen sowohl die Gesetzesmaterialien¹¹ als auch die ganz herrschende Meinung¹² davon aus, dass die analoge Anwendung von § 357b BGB zu sachgerechteren Ergebnissen führt als eine hypothetische Anwendung der §§ 812 ff. BGB. Diese Konstellationen sind indes regelmäßig unproblematisch: Hat der Versicherungsschutz zur Zeit des Widerrufs noch nicht begonnen, hat auch der Versicherungsnehmer regelmäßig noch keine Prämienzahlungen erbracht, sodass sich eine Rückabwicklung erübrigt.¹³

II. Die gesetzliche Regelung des § 9 Abs. 1 VVG

Beginnt der Versicherungsschutz hingegen vereinbarungsgemäß schon vor Ablauf der Widerrufsfrist, richten sich die Widerrufsfolgen nach § 9 Abs. 1 VVG. Charakteristisch ist sein abgestuftes System: Die Widerrufsfolgen unterscheiden sich danach, ob der Versicherungsnehmer ordnungsgemäß im Sinne des § 9 Abs. 1 Satz 1 VVG belehrt wurde.

⁹ Langheid/Rixecker/Rixecker, 7. Aufl. 2022, § 9 VVG Rn. 5; Johannsen, in: Beckmann/Matusche-Beckmann, VersR-Handbuch, 3. Aufl. 2015, § 8 Rn. 36; Wandt, Versicherungsrecht, 6. Aufl. 2016, Rn. 344.

¹⁰ HK-VVG/Schimikowski, 4. Aufl. 2020, § 9 VVG Rn. 3; Langheid/Rixecker/Rixecker, 7. Aufl. 2022, § 9 VVG Rn. 1; Prölss/Martin/Armbrüster, 31. Aufl. 2021, § 9 VVG Rn. 2; Wandt, Versicherungsrecht, 6. Aufl. 2016, Rn. 339.

¹¹ RegE, BT-Drs. 16/3945, S. 62.

¹² BGH, Urt. v. 13.9.2017, NJW 2017, 3784 (3785); Bruck/Möller/Knops, 10. Aufl. 2021, § 9 VVG Rn. 8; Prölss/Martin/Armbrüster, 31. Aufl. 2021, § 9 VVG Rn. 2; Wandt, Versicherungsrecht, 6. Aufl. 2016, Rn. 342.

¹³ Langheid/Rixecker/Rixecker, 7. Aufl. 2022, § 9 VVG Rn. 7.

1. Widerrufsfolgen bei ordnungsgemäßer Belehrung

Die Widerrufsfolgen des § 9 Abs. 1 Satz 1 VVG lassen sich in einem Satz zusammenfassen: Wurde der Versicherungsnehmer ordnungsgemäß belehrt, hat der Widerruf die Wirkungen einer Kündigung.¹⁴ Der Versicherer hat nach § 9 Abs. 1 Satz 1 VVG nur den Teil der Prämien zu erstatten, der auf die Zeit nach dem Wirksamwerden des Widerrufs entfällt. Spiegelbildlich darf der Versicherungsnehmer Versicherungsleistungen vor dieser Zeit behalten und schuldet für den abstrakt genossenen Versicherungsschutz keinen Wertersatz.¹⁵ Für die Zukunft bestehen keine wechselseitigen Leistungspflichten mehr.¹⁶ Lediglich etwaige Nachzahlungsansprüche für Prämien bis zum Wirksamwerden des Widerrufs bestehen fort, obwohl der Versicherungsvertrag sich in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt hat.¹⁷ Sonst drohte für den Wirksamkeitszeitraum, in dem der Versicherer faktisch die Gefahr getragen hat, eine Äquivalenzstörung und der Versicherungsnehmer stünde besser, nur weil er die Prämienzahlung verzögert hat.¹⁸

Insgesamt folgt aus § 9 Abs. 1 Satz 1 VVG also das Bild einer „schwebenden Wirksamkeit“ während der Widerrufsfrist.¹⁹ Es wird den Parteien ermöglicht, den Vertrag schon vor Ablauf der Widerrufsfrist durchzuführen²⁰, was für den Versicherungsnehmer im Gegenzug zum faktisch genossenen Versicherungsschutz aber nur um den Preis einer zeitanteiligen Prämie möglich ist.²¹

2. Abgrenzung zu § 9 Abs. 1 Satz 2 VVG

Die Krux der ersten Stufe der Widerrufsfolgen liegt in ihren durch § 9 Abs. 1 Satz 1 VVG nur beiläufig benannten Voraussetzungen. Dass eine Rückabwicklung trotz des Widerrufs grundsätzlich nicht stattfindet, ist nur gerechtfertigt, wenn dem

¹⁴ Langheid/Wandt/Eberhardt, 3. Aufl. 2022, § 9 VVG Rn. 2; Prölss/Martin/Armbrüster, 31. Aufl. 2021, § 9 VVG Rn. 7; Wandt, Versicherungsrecht, 6. Aufl. 2016, Rn. 345.

¹⁵ HK-VVG/Schimikowski, 4. Aufl. 2020, § 9 VVG Rn. 15; Langheid/Rixecker/Rixecker, 7. Aufl. 2022, § 9 VVG Rn. 10.

¹⁶ Siehe dazu bereits oben unter I. 2.

¹⁷ Langheid/Rixecker/Rixecker, 7. Aufl. 2022, § 9 VVG Rn. 6; Prölss/Martin/Armbrüster, 31. Aufl. 2021, § 9 VVG Rn. 3.

¹⁸ Langheid/Wandt/Eberhardt, 3. Aufl. 2022, § 9 VVG Rn. 15; Prölss/Martin/Armbrüster, 31. Aufl. 2021, § 9 VVG Rn. 37.

¹⁹ Gemeint ist mit diesem, dem allgemeinen Zivilrecht unbekanntem Schwebzustand, dass der Vertrag bis zum Ablauf der Widerrufsfrist unter der auflösenden (Potestativ-)Bedingung des Widerrufs steht, Langheid/Rixecker/Rixecker, 7. Aufl. 2022, § 9 VVG Rn. 6; Langheid/Wandt/Eberhardt, 3. Aufl. 2022, § 8 VVG Rn. 6.

²⁰ Armbrüster, Privatversicherungsrecht, 2. Aufl. 2019, Rn. 1021.

²¹ Wandt, Versicherungsrecht, 6. Aufl. 2016, Rn. 343. Einige Stimmen sehen deshalb in § 9 Abs. 1 Satz 1 VVG ein Argument für die Gefahrtragungstheorie, Schwintowski/Brömmelmeyer/Ebers/Ebers, 4. Aufl. 2021, § 9 VVG Rn. 3.

Versicherungsnehmer diese Folge bewusst ist.²² § 9 Abs. 1 Satz 1 VVG verlangt deshalb, dass der Versicherungsnehmer auf sein Widerrufsrecht, die Rechtsfolgen des Widerrufs sowie den zu zahlenden Betrag hingewiesen worden ist und dass er zugestimmt hat, dass der Versicherungsschutz schon vor dem Ende der Widerrufsfrist beginnt. Sowohl der Zeitpunkt dieser Belehrung als auch jedes einzelne ihrer Merkmale werfen Auslegungsschwierigkeiten auf.

Während sich der Hinweis auf das Bestehen des Widerrufsrechts noch aus sich selbst heraus erklären lässt²³, bleibt der Umfang des geforderten Hinweises auf „die Rechtsfolgen des Widerrufs“ unklar. Zweifelhaft ist, da dieses Merkmal der Umsetzung einer scheinbar zwingenden Richtlinienvorschrift dient, die nur eine Belehrung über die prämienbezogenen Folgen des Widerrufs verlangt, ob eine Belehrung auch über nicht prämienbezogenen Widerrufsfolgen erforderlich ist.²⁴ Weiterhin wird diskutiert, ob die Belehrung sich lediglich auf die Folgen des Satz 1 oder auch des Satz 2 – im Sinne einer Belehrung über Belehrungsmängel – erstrecken muss.²⁵

Für diese beiden Fragestellungen ist es zielführend, sich auf den Zweck des Belehrungserfordernisses zu besinnen. Der Versicherungsnehmer soll informiert entscheiden können, ob er den Vertrag schon vor Ablauf der Widerrufsfrist durchführen möchte, obwohl dies die Rückerstattung erbrachter Prämien ausschließt. Eine solche rationale Entscheidung setzt voraus, dass das Gesamtbild der Widerrufsfolgen, also auch die nicht prämienbezogenen Folgen, dargestellt wird.²⁶ Zusammen mit dem

²² Prölls/Martin/*Armbrüster*, 31. Aufl. 2021, § 9 VVG Rn. 8.

²³ Da sich alle weiteren Belehrungen nur sinnvoll erbringen lassen, wenn der Versicherungsnehmer zumindest dem Grunde nach weiß, dass ihm ein Widerrufsrecht zusteht, steht dieses Erfordernis auch in Einklang mit der (vollharmonisierten) Richtlinie, *Wandt*, Versicherungsrecht, 6. Aufl. 2016, Rn. 352.

²⁴ Art. 7 Abs. 3 RL 2002/65/EG sowie die gesamte Richtlinie ist nach Erwägungsgrund 13 auf Vollharmonisierung ausgelegt (Looschelders/Pohlmann/*Heinig/Makowsky*, 3. Aufl. 2016, § 9 VVG Rn. 10; a.A. Langheid/*Wandt/Eberhardt*, 3. Aufl. 2022, § 9 VVG Rn. 19) und verlangt nur eine Belehrung über den zu zahlenden Betrag. Für die konkrete Frage ergibt sich unabhängig vom allgemeinen Streit jedoch etwas anderes aus Art. 7 Abs. 2 RL 2002/65/EG: Dieser gestattet einen Ausschluss jeglicher Zahlungspflicht des Widerrufenden, erst recht gibt er also einen Spielraum bei der Ausgestaltung der Hinweispflichten, Prölls/Martin/*Armbrüster*, 31. Aufl. 2022, § 9 VVG Rn. 10; Looschelders/Pohlmann/*Heinig/Makowsky*, 3. Aufl. 2016, § 9 VVG Rn. 10; a.A. auch bezüglich dieses Erst-Recht-Schlusses *Wandt/Ganster*, *VersR* 2008, 425 (431).

²⁵ Ablehnend die h.M.: BGH, Urt. v. 27.3.2019, *VersR* 2019, 604; Langheid/Rixecker/*Rixecker*, 7. Aufl. 2022, § 9 VVG Rn. 11; Langheid/*Wandt/Eberhardt*, 3. Aufl. 2022, § 9 VVG Rn. 18 jeweils mit weiteren Nachweisen.

²⁶ Prölls/Martin/*Armbrüster*, 31. Aufl. 2022, § 9 VVG Rn. 10; a.A. unter Verweis auf die Vollharmonisierung der Richtlinie *Wandt*, Versicherungsrecht, 6. Aufl. 2016, Rn. 352; *Wandt/Ganster*, *VersR* 2008, 425 (431).

dritten erforderlichen Hinweis auf den zu zahlenden Betrag, was aus praktischen Gründen nur die Angabe bedeutet, dass eine zeitanteilige Prämie geschuldet ist²⁷, wird dem Versicherungsnehmer vor Augen geführt, was die „schwebende Wirksamkeit“ des Vertrages bedeutet. Ein Hinweis auf die Folgen auch des § 9 Abs. 1 Satz 2 VVG droht hingegen durch eine Überfrachtung der Belehrung dieses Ziel zu konterkarieren und darf deshalb unterbleiben.²⁸

Diese Teleologie ist schließlich auch für den Zeitpunkt, bis zu dem die Hinweispflicht zu erfüllen ist, entscheidend. Der gesetzliche Verweis auf § 8 VVG führt insoweit ins Leere: Die Belehrung muss im dortigen Kontext zu keinem bestimmten Zeitpunkt erfolgen, denn eine verspätete Belehrung schließt die Folgen nicht aus, sondern verzögert sie lediglich.²⁹ Eine rationale Entscheidung des Versicherungsnehmers über die Eingehung einer grundsätzlich nicht rückabzuwickelnden Prämienverpflichtung kann hingegen nur ermöglicht werden, wenn er sich schon bei der Abgabe seiner Vertragserklärung deren Folgen bewusst ist.³⁰

§ 9 Abs. 1 Satz 1 VVG ist also so zu lesen, dass der Versicherer den Versicherungsnehmer *vor Bindung an seine Vertragserklärung* auf sein Widerrufsrecht als solches und die *wesentlichen Folgen* des Widerrufs hinweisen muss. Daneben erfordert § 9 Abs. 1 Satz 1 VVG eine Zustimmung des Versicherungsnehmers³¹, dass der Versicherungsschutz vor Ablauf der Widerrufsfrist beginnt. Fehlt es daran, gilt indes nach h.M. nicht § 9 Abs. 1 Satz 2 VVG, der nach seinem Wortlaut nur die Fälle erfasst, in dem es an einem Hinweis nach Satz 1 fehlt, sondern die §§ 355, 357b BGB entsprechend.³²

²⁷ Bruck/Möller/Knops, 10. Aufl. 2021, § 9 VVG Rn. 13; Langheid/Wandt/Eberhardt, 3. Aufl. 2022, § 9 VVG Rn. 17; Prölss/Martin/Armbrüster, 31. Aufl. 2022, § 9 VVG Rn. 11.

²⁸ Plastisch an dieser Stelle Langheid/Rixecker/Rixecker, 7. Aufl. 2022, § 9 VVG Rn. 11, der fordert, „dass sich das Verbraucherschutzrecht von dem Wahn lösen muss, dass eine Zunahme von Informationen zu einer Zunahme von Informiertheit führt“. So auch BGH, Urt. v. 27.3.2019, VersR 2019, 604 (605); Langheid/Wandt/Eberhardt, 3. Aufl. 2022, § 9 VVG Rn. 18.

²⁹ Langheid/Rixecker/Rixecker, 7. Aufl. 2022, § 9 VVG Rn. 11; Armbrüster, r+s 2008, 493 (501).

³⁰ Langheid/Rixecker/Rixecker, 7. Aufl. 2022, § 9 VVG Rn. 11; Prölss/Martin/Armbrüster, 31. Aufl. 2022, § 9 VVG Rn. 14. Dieses Ergebnis wird zumindest im Anwendungsbereich der RL 2002/65/EG auch durch deren Art. 7 Abs. 3, Art. 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 lit. a gestützt, der eine Belehrung des Verbrauchers „vor Abschluss“ des Vertrags vorsieht, HK-VVG/Schimikowski, 4. Aufl. 2020, § 9 VVG Rn. 10.

³¹ Erneut ist aufgrund der Richtlinienvorgaben die Auslegung des Merkmals streitig: Aufgrund von Art. 7 Abs. 3 Satz 2 RL 2002/65/EG könnte eine ausdrückliche Zustimmung erforderlich sein, was der BGH (Urt. v. 13.9.2017, NJW 2017, 3784 (3786)) offengelassen hat. Dazu Langheid/Rixecker/Rixecker, 7. Aufl. 2022, § 9 VVG Rn. 8 mit umfassenden weiteren Nachweisen.

³² BGH, Urt. v. 13.9.2017, NJW 2017, 3784 (3785); Bruck/Möller/Knops, 10. Aufl. 2021, § 9

3. Widerrufsfolgen bei Belehrungsmängeln

Die Widerrufsfolgen bei Belehrungsmängeln (§ 9 Abs. 1 Satz 2 VVG) setzen sich wiederum strukturell zweigliedrig aus Regel und Ausnahme zusammen. Grundsätzlich (Hs. 1) hat der Versicherer zusätzlich zur Rückgewährpflicht aus Satz 1 auch die für das erste Jahr des Versicherungsschutzes gezahlten Prämien zu erstatten. Das gilt jedoch nicht (Hs. 2), wenn der Versicherungsnehmer Leistungen aus dem Versicherungsvertrag in Anspruch genommen hat.

Beide Regelungen des § 9 Abs. 1 Satz 2 VVG leiten über zum dritten Problemkreis der Widerrufsfolgen, denn sowohl der Grundsatz als auch die Ausnahme müssen richtlinienkonform korrigiert werden.

a) Richtlinienwidrigkeit des § 9 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 VVG

Zum einen ist die Begrenzung der erweiterten Rückerstattungspflicht auf ein Jahr dem Vorwurf der Richtlinienwidrigkeit ausgesetzt. Widerruft der Versicherungsnehmer später als ein Jahr³³ nach dem materiellen Beginn der Versicherung, so verbleiben, obwohl eine ordnungsgemäße Belehrung unterblieben ist, die übrigen Teile seiner Prämienleistungen beim Versicherer, um eine zu schwerwiegende Äquivalenzstörung zu vermeiden.³⁴ Hintergrund dieser Regelung ist eine Fehlvorstellung des Gesetzgebers: Dieser ging davon aus, bei Belehrungsmängeln käme gleichwohl § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, Abs. 2 Satz 2 BGB zur Anwendung, wonach der Versicherungsnehmer Wertersatz schulde, was einer zeitanteiligen Prämie entspräche.³⁵ Dass dies während des ersten Jahres durch § 9 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 VVG ausgeschlossen würde, sei als Kompromiss zwischen der Sanktion des Belehrungsmangels und dem Schutz des Versicherers möglich.³⁶

Diese Annahme steht indes in Widerspruch zu Art. 7 Abs. 4 Satz 1 Hs. 2 RL 2002/65/EG³⁷, der für die Begrenzung der Rückgewährpflicht in jedem Fall eine ordnungs-

VVG Rn. 22; a.A.: Prölss/Martin/*Armbrüster*, 31. Aufl. 2022, § 9 VVG Rn. 26.

³³ Im Versicherungsvertragsrecht existiert nach wie vor ein so genanntes ewiges Widerrufsrecht, denn eine § 356 Abs. 3 Satz 2 BGB entsprechende Regelung kennt § 8 VVG nicht, HK-VVG/*Schimikowski*, 4. Aufl. 2020, § 8 VVG Rn. 12.

³⁴ Prölss/Martin/*Armbrüster*, 31. Aufl. 2022, § 9 VVG Rn. 23; *Reusch*, VersR 2013, 1364 (1370).

³⁵ BT-Drs. 17/11469, S. 21; *Wandt*, Versicherungsrecht, 6. Aufl. 2016, Rn. 355, s. zum im Wesentlichen identischen § 48c Abs. 5 VVG a.F. auch schon BT-Drs. 15/2946, S. 30 f.

³⁶ *Wandt*, Versicherungsrecht, 6. Aufl. 2016, Rn. 355.

³⁷ Art. 7 Abs. 4 Satz 1 RL 2002/65/EG muss dabei im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 1 und 3 gesehen werden und führt über diese Verweiskette zur Geltung des Belehrungserfordernisses, Prölss/Martin/*Armbrüster*, 31. Aufl. 2022, § 9 VVG Rn. 28. Vgl. auch § 357b Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB, der dies außerhalb versicherungsrechtlicher Spezialregelungen korrekt umsetzt.

gemäße Belehrung verlangt.³⁸ Folglich ist die Norm insoweit richtlinienkonform zu reduzieren, dass der Versicherer im Falle ordnungswidriger Belehrung grundsätzlich die gesamten Prämienleistungen zu erstatten hat, die Begrenzung des § 9 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 VVG also nicht gilt.³⁹

b) Teilweise Richtlinienwidrigkeit des § 9 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 VVG

Als Rückausnahme legt § 9 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 VVG fest, dass der Versicherer im Falle ordnungswidriger Belehrung auch die für das erste Versicherungsjahr geleisteten Prämien behalten darf, wenn der Versicherungsnehmer Leistungen⁴⁰ aus dem Versicherungsvertrag in Anspruch genommen hat. Auch der Versicherungsnehmer kann nach Sinn und Zweck die beanspruchte Versicherungsleistung behalten, sodass im Ergebnis die Rechtsfolgen des Satz 1 hergestellt werden und der Belehrungsmangel gewissermaßen geheilt wird.⁴¹

Das scheint auf den ersten Blick ebenso richtlinienwidrig wie die Grundregel. Der nicht belehrte Versicherungsnehmer erhält seine Leistungen nicht vollumfänglich zurück, was mit oben Gesagtem unvereinbar erscheint.

Doch auch die Richtlinie ermöglicht es bei näherer Betrachtung die Wechselbeziehung zwischen Leistung und Gegenleistung in die Rückabwicklung einzubeziehen. Einen Ansatzpunkt dafür bietet Art. 7 Abs. 5 RL 2002/65/EG, wonach der Verbraucher erhaltene Geldbeträge und/oder Gegenstände an den Anbieter zurückgeben muss. Diese pauschale Rückerstattungspflicht ist auf eine Konkretisierung angewiesen und bietet insoweit ein Einfallstor für Gestaltungen durch die nationalen

³⁸ *Wandt*, Versicherungsrecht, 6. Aufl. 2016, Rn. 357; *Wendt*, Widerruf im Versicherungsvertragsrecht, S. 183 f., der die Regelung für richtlinienwidrig aber interessengerecht hält.

³⁹ Langheid/Rixecker/Rixecker, 7. Aufl. 2022, § 9 VVG Rn. 14; a.A. insoweit, dass die Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung damit überschritten wären Prölss/Martin/Armbrüster, 31. Aufl. 2022, § 9 VVG Rn. 29; Looschelders/Pohlmann/Heinig/Makowsky, 3. Aufl. 2016, § 9 VVG Rn. 30.

⁴⁰ Leistungen in diesem Sinne meinen nicht die abstrakte Gefahrtragung durch den Versicherer, sondern konkrete Leistungen infolge eines Versicherungsfalls, denn sonst liefe die Regel zugunsten der Ausnahme faktisch leer, Langheid/Rixecker/Rixecker, 7. Aufl. 2022, § 9 VVG Rn. 13; Langheid/Wandt/Eberhardt, 3. Aufl. 2022, § 9 VVG Rn. 32. Dieses Problem stellt sich freilich nicht bei Zugrundelegung der so genannten Geldleistungstheorie – zum Meinungsstreit um die Charakterisierung der Hauptleistungspflicht des Versicherers ausführlich *Armbrüster*, Privatversicherungsrecht, 2. Aufl. 2019, Rn. 1231 ff.

⁴¹ Looschelders/Pohlmann/Heinig/Makowsky, 3. Aufl. 2016, § 9 VVG Rn. 33; *Wandt/Ganster*, VersR 2008, 425 (436).

Gesetzgeber.⁴² Diesen Spielraum kann das allgemeine Rechtsprinzip⁴³ ausfüllen, dass erhaltene Gegenleistungen bei direkter Abhängigkeit zur Leistung auf Erstattungsansprüche anzurechnen sind.⁴⁴ Dafür spricht, dass der Versicherungsnehmer, der konkrete Leistungen in Anspruch nimmt, faktisch ein intaktes Leistungsaustauschverhältnis anerkennt.⁴⁵ Vor allem aber wird diese Verrechnung in der Regel auch für den Versicherungsnehmer insofern günstig sein, dass die Versicherungsleistung den bereits entrichteten Prämienanteil weit übersteigt.⁴⁶ In diesen regelmäßigen Fällen steht § 9 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 VVG also im Einklang mit der Richtlinie.

Lediglich wenn diese Begünstigung für den Versicherungsnehmer nicht gegeben ist, nämlich wenn die einbehaltenen Prämien ausnahmsweise den Wert der empfangenen Versicherungsleistung übersteigen, steht die Norm tatsächlich im Widerspruch zu den Zielen der Richtlinie.⁴⁷ Die richtlinienkonforme Auslegung gebietet es also nur, eine ungeschriebene Ausnahme dahingehend zu machen, dass § 9 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 VVG nicht gilt, wenn der Versicherungsnehmer im Ergebnis weniger bekäme als er bis zur Zeit des Zugangs der Widerrufserklärung an Prämien entrichtet hat. Stattdessen kommen die §§ 355, 357b BGB zur Anwendung und der Versicherungsnehmer muss die Versicherungsleistung zurückgewähren, erhält aber im Gegenzug seine Prämienleistungen vollständig zurück.⁴⁸

c) Einheitliche oder gespaltene Auslegung?

Schließlich wirft die zweifach erforderlich gewordene richtlinienkonforme Reduktion des § 9 Abs. 1 Satz 2 VVG die Folgefrage nach einheitlicher oder gespaltener Auslegung auf, die zum Anfang des Beitrags zurückführt. Der Anwendungsbereich der Richtlinie ist auf Fernabsatzverträge mit Verbrauchern beschränkt.⁴⁹ Das VVG hingegen verfolgt seit seiner Neufassung durch eine überschießende Umsetzung

⁴² Langheid/Wandt/Eberhardt, 3. Aufl. 2022, § 9 VVG Rn. 33; Wandt, Versicherungsrecht, 6. Aufl. 2016, Rn. 359.

⁴³ Auf ähnlichen Erwägungen basiert etwa auch die Saldotheorie bei der bereicherungsrechtlichen Abwicklung nichtiger gegenseitiger Verträge, vgl. BGH, Urt. v. 9.10.1980, NJW 1981, 224 (226).

⁴⁴ Ebenso Langheid/Wandt/Eberhardt, 3. Aufl. 2022, § 9 VVG Rn. 33; Prölss/Martin/Armbrüster, 31. Aufl. 2022, § 9 VVG Rn. 33.

⁴⁵ Langheid/Wandt/Eberhardt, 3. Aufl. 2022, § 9 VVG Rn. 34.

⁴⁶ HK-VVG/Schimikowski, 4. Aufl. 2020, § 9 VVG Rn. 19; Langheid/Rixecker/Rixecker, 7. Aufl. 2022, § 9 VVG Rn. 15.

⁴⁷ Langheid/Wandt/Eberhardt, 3. Aufl. 2022, § 9 VVG Rn. 35; Wandt, Versicherungsrecht, 6. Aufl. 2016, Rn. 359 f.

⁴⁸ Langheid/Rixecker/Rixecker, 7. Aufl. 2022, § 9 VVG Rn. 16.

⁴⁹ Art. 1 Abs. 1 RL 2002/65/EG.

einen einheitlichen Ansatz.⁵⁰ Dem entspricht es, die Richtlinienanforderungen auch überschießend in die Auslegung einfließen zu lassen, also auch anzuwenden, soweit der Geltungsbereich der Richtlinie nicht berührt ist.⁵¹

III. Fazit

Die wirklichen Folgen des Versicherungsnehmer-Widerrufs folgen nur noch rudimentär aus dem Wortlaut des § 9 Abs. 1 VVG. Tatsächlich müsste § 9 Abs. 1 VVG lauten:

Satz 1: Übt der Versicherungsnehmer das Widerrufsrecht nach § 8 Abs. 1 aus, findet eine Rückabwicklung hinsichtlich der nach Zugang der Widerrufserklärung erbrachten Leistungen statt, wenn der Versicherungsnehmer rechtzeitig vor Abgabe seiner Vertragserklärung auf sein Widerrufsrecht und die wesentlichen Rechtsfolgen des Widerrufs hingewiesen worden ist und zugestimmt hat, dass der Versicherungsschutz vor Ende der Widerrufsfrist beginnt; die Erstattungspflicht ist unverzüglich, spätestens 30 Tage nach Zugang des Widerrufs zu erfüllen. Satz 2: Ist der in Satz 1 genannte Hinweis unterblieben, hat der Versicherer sämtliche Prämien zu erstatten; der Versicherungsnehmer schuldet weder Rückgewähr noch Wertersatz. Satz 3⁵²: Wenn der Versicherungsnehmer Leistungen infolge eines Versicherungsfalls in Anspruch genommen hat, deren Wert dem auf die Zeit vor dem Wirksamwerden des Widerrufs entfallenden Teils der Prämien entspricht oder ihm übersteigt, gelten die Rechtsfolgen von Satz 1; andernfalls gelten die §§ 355; 357b BGB entsprechend.

⁵⁰ RegE, BT-Drs. 16/3945, S. 59 ff.; *Wandt*, Versicherungsrecht, 6. Aufl. 2016, Rn. 341.

⁵¹ Langheid/Rixecker/*Rixecker*, 7. Aufl. 2022, § 9 VVG Rn. 4; Looschelders/Pohlmann/*Heinig/Makowsky*, 3. Aufl. 2016, § 9 VVG Rn. 5; a.A. in Bezug nur auf § 9 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 VVG: *Wandt*, Versicherungsrecht, 6. Aufl. 2016, Rn. 358 mit dem Argument, der Gesetzgeber habe insoweit bewusst von der Richtlinie abweichende Zwecke verfolgt.

⁵² Ein ähnlicher Formulierungsvorschlag für diese Passage findet sich bei *Wandt*, Versicherungsrecht, 6. Aufl. 2016, Rn. 364.

*Jan Marcel Stammkötter**

Datenschutzverletzungen und Datenpannenmanagement bei Berufsgeheimnisträgern am Beispiel der Anwaltschaft

Vorsorge ist besser als Nachsorge? – Eine wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der Melde- und Dokumentationspflicht aus Art. 33 Abs. 1, 5 DSGVO unter Berücksichtigung reaktiver sowie präventiver Aspekte

A. Einleitung

Die Technisierung und Digitalisierung des alltäglichen Lebens schreitet schnellen Fußes voran. Angefangen im privaten Bereich erstreckt sich dieser Wandel nach und nach auch auf die Berufswelt – diese wird sichtbar digitaler: Seit kurzer Zeit werden Prozesse, die früher analog angelegt waren, mit Erfolg digitalisiert. Beschleunigt durch die Corona-Pandemie werden Meetings und Fortbildungsveranstaltungen, aber zunehmend auch ganze Tagungen und Messen in den digitalen Raum verlegt.

Dieser Wandel macht auch keinen Halt vor Justiz und Anwaltschaft. Mit der Technisierung des beruflichen Alltags gehen vielfältige Vorteile einher, zum Beispiel durch die digitale Aktenbearbeitung, die durch den Einsatz diverser Videokonferenzlösungen vereinfachte und ortsunabhängige Besprechungsmöglichkeit mit dem Mandanten, die Durchführung von Gerichtsverhandlungen per Videokonferenz sowie die vereinfachte und rechtssichere Kommunikation über Postfächer wie dem besonderen elektronischen Anwaltspostfach. Überzeugen auf einen ersten Blick die Vorteile dieser neuen digitalen Kommunikations- und Arbeitsmittel insb. hinsichtlich Schnelligkeit und Komfort, so dürfen der Datenschutz und die Datensicherheit nicht aus dem Blick geraten, denn die im Jahre 2018 in Kraft getretene Datenschutzgrundverordnung schließt die Anwaltschaft nicht aus dem persönlichen Anwendungsbereich der Verordnung aus. Somit gilt diese, wenn auch mit Einschränkungen durch den nationalen Gesetzgeber, mangels Bereichsausnahme auch für die Berufsgruppe der Rechtsanwälte.

Bedingt durch die zunehmende Digitalisierung steigt nach übereinstimmender Angabe von Bundeskriminalamt und BSI¹ die Gefahr externer Cyberangriffe. Diese

* Der Verfasser ist Diplom-Jurist und Mitarbeiter in einer auf das Wirtschaftsrecht spezialisierten Kanzlei in Bielefeld sowie Student des LL.M.-Studiengangs „IT und Recht“ an der Universität des Saarlandes. Bei dem Beitrag handelt es sich um eine Studienarbeit, welche im Wintersemester 2021/22 im Modul Datenschutzrecht bei Prof. Dr.-Ing. Christoph Sorge verfasst wurde

zielen vermehrt auf das sog. „Big Game“², folglich auf große und wirtschaftlich besonders relevante Unternehmen, ab. Somit muss überall dort, wo personenbezogene Daten verarbeitet werden, ein besonderer Fokus auf die Sicherheit der Verarbeitung gelegt werden. Kommt es entgegen aller Bemühungen zu einer Datenpanne, so ist ein schnelles und umsichtiges Handeln erforderlich, um den drohenden Schaden, begünstigt durch die häufig einhergehende große mediale Aufmerksamkeit³, einzudämmen bzw. abzuwenden.

B. Datenpannen

Um in dieser Arbeit die rechtlichen Folgen und den richtigen Umgang mit Datenpannen analysieren zu können, muss zunächst erörtert werden, wann eine Datenpanne vorliegt.

I. Über das Vorliegen einer Datenpanne

Das Vorliegen einer Datenpanne bzw. einer Datenschutzverletzung, ist in Art. 4 Nr. 12 DSGVO legaldefiniert. Hiernach ist eine Datenpanne gegeben, wenn eine unbeabsichtigte oder unrechtmäßige Datenverarbeitung zur Vernichtung, Veränderung, Verlust, Offenlegung bzw. zum unbefugten Zugang zu personenbezogenen Daten, die Gegenstand des Verarbeitungsvorganges sind, führt. Es wird einerseits hervorgehoben, dass es auf einen bestimmten Verschuldensmaßstab nicht ankommt, sodass sowohl Vorsatz als auch Fahrlässigkeit vorwerfbar sind.⁴ Andererseits wird durch die Bezugnahme auf die Schutzziele der Integrität, Vertraulichkeit und Verfügbarkeit, abgeleitet aus den Grundsätzen der Datenverarbeitung gem. Art. 5 Abs. 1 lit. f) DSGVO, hervorgehoben, dass es hinsichtlich der Frage, ob eine Datenpanne vorliegt, nicht um die datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Datenverarbeitung, sondern um die Datensicherheit, welche durch Art. 32 Abs. 1 DSGVO näher konkretisiert wird, geht.⁵

Datenpannen können in vielerlei Hinsicht auftreten. Mit Fokus auf die Rechtsanwaltschaft haben sich beispielhaft folgende Szenarien⁶ herausgebildet, welche als

¹ BKA, BLB Cybercrime 20, S. 3, 9ff.; BSI, Lagebericht IT-S. 2021, S. 9, 11ff., 87.

² BKA, BLB Cybercrime 20, S. 29; BSI, Lagebericht IT-S. 2021, S. 12; Maisch, Cybergefahren, S. 1.

³ Fuhlrott, Data Incident Management, NZA 2019, 649, 649; so z.B. Hall, Cyberangriff DLA, S. 1; Sehl, KG weiter offline, LTO.

⁴ Schild in BeckOK-DS, Art. 4 Rn. 135; Ernst in Paal/Pauy, Art. 4 Rn. 95.

⁵ Klabunde in Ehmann/Selmayr, DS-GVO, Art.4 Rn. 56, 58.

⁶ Beispiele nach dem Foliensatz von RAin Carola Sieling, welche jedoch aufgrund gleichgelagerter Problemfelder von Unternehmen auf Anwaltskanzleien übertragen werden können.

Datenpannen einzustufen sind: Werden personenbezogene Daten fehlerversendet (z.B. Fehlversand einer E-Mail / Nachricht per beA), so handelt es sich um eine Verletzung des Schutzziels der Vertraulichkeit, mithin um einen unbefugten Zugang zu personenbezogenen Daten. Ein Cyberangriff, sofern dieser mit einer Datenveränderung in Form der Verschlüsselung (sog. Ransomware) oder gar Löschung einhergeht, bedeutet eine Verletzung des Schutzziels der Verfügbarkeit. Entgegen der Auffassung der Referentin sind jedoch das Speichern von Informationen auf einem nicht zulässigen Medium⁷ (z.B. Speichern beruflicher Daten auf einem privaten Datenträger) sowie die Nutzung unzulässiger Kanäle für den Austausch personenbezogener Daten nicht als Datenpanne zu charakterisieren. Vielmehr handelt es sich hierbei um eine Verletzung interner Anweisungen bzw. Compliance-Regeln der betreffenden Kanzlei, sodass vorliegend die datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Speicherung bzw. Nutzung des Kommunikationskanals problematisch ist. Mangels einer Schutzzielverletzung des an sich berechtigten Mitarbeiters scheidet das Vorliegen einer Datenpanne bereits auf tatbestandlicher Ebene aus.

II. (Rechts-) Folgen einer Datenpanne

Die Folgen einer Datenpanne können Anwaltskanzleien sehr weitreichend auf rechtlicher, aber auch auf wirtschaftlicher Ebene treffen.

Auf rechtlicher Ebene kann zunächst seitens der örtlich und sachlich zuständigen Aufsichtsbehörde nahezu der gesamte Maßnahmenkatalog an Untersuchungs- und Abhilfebefugnissen des Art. 58 Abs. 1, 2 DSGVO durchgesetzt werden.

Streitig ist hierbei jedoch die rechtliche Würdigung des aus § 29 Abs. 3 BDSG⁸ folgenden Spannungsverhältnisses zwischen der effektiven Durchsetzung der Datenschutzaufsicht einerseits und der Wahrung des Berufsgeheimnisses andererseits.⁹ Diese Regelung wurde auf Grundlage der Öffnungsklausel des Art. 90 Abs. 1 S. 1 DSGVO durch den nationalen Gesetzgeber eingeführt und untersagt den Aufsichtsbehörden, die Untersuchungsbefugnisse aus Art. 58 Abs. 1 lit. e), f) DSGVO gegenüber Berufsgeheimnisträgern einschließlich derer Beschäftigten und Auftragsverarbeitern auszuüben, soweit dies zu einer Verletzung der standesrechtlichen Geheimhaltungs- und Verschwiegenheitspflichten¹⁰ führen würde. Nach

⁷ s. Sieling, Vortrag Datenpannen, Folie 11, Beispiel Nr. 8.

⁸ Hingewiesen sei darauf, dass sich der Verweis in § 29 Abs. 3 S. 1 BDSG auf den Wortlaut des § 203 StGB-aF. bezieht, welcher durch das Gesetz zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen v. 09.11.2017 geändert wurde.

⁹ s. u.a. Herbst in Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, § 29 Rn. 28.

¹⁰ Die standesrechtliche Verschwiegenheitspflicht der Anwaltschaft ergibt sich aus § 43a Abs. 2

einer Ansicht wird vertreten, dass die Ausnahme aufgrund einer zu weitreichenden Privilegierung der genannten Geheimnisträger, die letztlich dazu führe, dass sich dieser Personenkreis einer datenschutzaufsichtsbehördlichen Kontrolle entziehen könne¹¹, verfassungs- und unionsrechtswidrig sei.¹² Jene Vertreter, die überwiegend dem Lager der Leiter der Aufsichtsbehörden der Länder entstammen¹³, verkennen jedoch einerseits, dass den Aufsichtsbehörden ausschließlich die Ausübung der beiden genannten Befugnisse untersagt wird, soweit deren Ausübung zu einer Verletzung der Geheimhaltungspflichten führen würde. Es handelt sich somit um eine Beschneidung weniger Befugnisse mit einem engen Anwendungsbereich. Andererseits wird die verfassungsrechtliche Dimension der Geheimhaltungspflicht der Berufsgeheimnisträger verkannt, welche das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Berufsgeheimnisträger und Mandant vor staatlicher Einflussnahme schützt.¹⁴ Nach anderer Ansicht überwiege im Rahmen einer Abwägung aufgrund des verfassungsrechtlich besonders geschützten Ranges der standesrechtlichen Verschwiegenheitspflicht die Wahrung des Berufsgeheimnisses, sodass die Regelung des § 29 Abs. 3 BDSG weder verfassungs- noch unionsrechtswidrig sei.¹⁵ Aufgrund der hohen verfassungsrechtlichen Bedeutung des Berufsgeheimnisses sowie dem Umstand, dass die aufsichtsbehördlichen Untersuchungsbefugnisse nur in einem überschaubaren Umfang eingeschränkt werden, ist es vorzugswürdig, das Spannungsverhältnis zugunsten des anwaltlichen Berufsgeheimnisses aufzulösen. Mithin überzeugt die erstgenannte Ansicht nicht.

Weiterhin möglich ist die Verhängung von Bußgeldern gegen die Verantwortlichen gem. Art. 83 Abs. 5 lit. a) DSGVO wegen einer Verletzung der Grundsätze der Datenverarbeitung aus Art. 5 Abs. 1 DSGVO. Zudem trifft den Verantwortlichen im Falle einer Datenpanne eine zivilrechtliche Schadensersatzpflicht nach Art. 82 Abs. 1 DSGVO. Die Sanktionierung einer Datenschutzverletzung durch einen Berufsgeheimnisträger oder einer ihm gleichgestellten Person i.S.d. § 203 Abs. 1, 4 StGB kann sich letztlich bis in den strafrechtlich relevanten Bereich auf eine Strafbarkeit gem. § 42 Abs. 1 BDSG sowie § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB erstrecken.

BRAO, konkretisiert durch § 2 Abs. 1, 2 S. 1 BORA.

¹¹ Eßer in Auernhammer DSGVO/BDSG, § 29 Rn. 29.

¹² Kugelman in HK DS-GVO/BDSG, § 29 Rn. 67, 70; Herbst in Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, § 29 Rn.28; Wiechert, DANA 2018, 76, 79; Wiechert, DuD 2017, 538, 543; Weichert/Spaering/Hülsmann, StN DVD BDSG-RegE, S. 12.

¹³ Prof. Dr. Dieter Kugelman ist LfDI RLP, Dr. Stefan Brink ist LfDI BW.

¹⁴ BVerfG, Beschl. v. 12.04.2005, Az. 2 BvR 1027/02, Rn. 94, 95; BT-Drs. 18/11325, S. 101.

¹⁵ s. hierzu u.a. Gräber/Nolden in Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, § 29 Rn. 19; ebenso Gräber in Plath, DSGVO/BDSG, § 29 Rn. 15; ebenso Lapp in Gola/Heckmann, BDSG, § 29 Rn. 26.

Neben den rechtlichen Folgen einer Datenschutzverletzung ist stets zu beachten, dass die Datenpanne sich auch in direkter wirtschaftlicher Hinsicht negativ auswirken kann. Wegen des besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen Rechtsanwalt und Mandant kann es insbesondere zu einer Störung bzw. einem Verlust des Vertrauens seitens des Mandanten kommen, der zu einer Kündigung des Mandatsverhältnisses führt. Hiermit wäre eine Umsatzeinbuße verbunden. Ferner kann es bereits durch die Datenpanne selbst, aber auch durch eine fehlende Transparenz hinsichtlich des Auftretens einer Datenpanne zu einer Reputationseinbuße bzw. gar zu einem Reputationsverlust kommen, welche sich ebenfalls – bedingt durch ausbleibende Mandatierungen - negativ auf die Finanzen der Kanzlei auswirken können.¹⁶

C. Datenpannenmanagement

I. Vom richtigen Umgang mit Datenpannen – Melde- & Dokumentationspflichten

Zu untersuchen ist sodann, welche Pflichten sich hinsichtlich der Behandlung von Datenschutzverletzungen aus der DSGVO ergeben und wie diese Datenpannen möglichst verhindert werden können.

1. Dokumentationspflicht gem. Art. 33 Abs. 5 DSGVO

Eine Dokumentationspflicht bzgl. aller Datenschutzverletzungen, unabhängig davon, ob diese meldepflichtig sind, ergibt sich aus Art. 33 Abs. 5 DSGVO. Hierbei handelt es sich um eine Konkretisierung des allgemeinen Grundsatzes der Rechenschaftspflicht aus Art. 5 Abs. 2, Art. 24 Abs. 1 DSGVO welche das Ziel verfolgt, den Aufsichtsbehörden eine Überprüfung, ob die Vorgaben des Art. 33 DSGVO eingehalten wurden, zu ermöglichen. Ferner dient sie der Bestimmung, ob die Ergründung weiterer Maßnahmen erforderlich ist.

Formale Anforderungen werden an die Dokumentation nicht gestellt, sodass auch eine elektronische Dokumentation statthaft ist.¹⁷ Inhaltlich erstreckt sich die Dokumentationspflicht auf die Mindestangaben aus Art. 33 Abs. 3 DSGVO mit Ausnahme der Kontaktdaten des Datenschutzbeauftragten. Nicht überzeugend erscheint es hingegen, den Inhalt der Risikoprognose über die Meldepflichtigkeit einer Datenpanne in die Dokumentationspflicht miteinzubeziehen¹⁸, hierzu besteht bereits dem

¹⁶ So auch Sieling, Vortrag Datenpannen, Folie 9.

¹⁷ Laue in Laue/Kremer, DSR betr. Praxis, § 7 Rn. 53.

¹⁸ so gefordert von Jandt in Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, Art. 33 Rn. 26; zutr. a.A. neben vielen weiteren Reif in Gola, DS-GVO, Art. 33 Rn. 40; Grages in Plath, DSGVO/BDSG, Art. 33 Rn. 17.

Wortlaut nach keine rechtliche Verpflichtung. Im Sinne einer Absicherung der eigenen Entscheidung wird jedoch seitens des Europäischen Datenschutzausschusses (EDSA) empfohlen, der Dokumentation eine Begründung über die Verneinung der Meldepflichtigkeit beizufügen.¹⁹

Eine Dokumentation ist – um die Kontrolle der Einhaltung der Meldepflichten seitens der Aufsichtsbehörden zu ermöglichen - fortzuführen, auch wenn sich die Annahme einer Datenpanne im laufenden Prüfungsverfahren nicht bewahrheitet. Eine Verpflichtung des Verantwortlichen, der Aufsichtsbehörde die Dokumentation unaufgefordert zu übermitteln, ist jedoch nicht aus Art. 33 Abs. 5 DSGVO abzuleiten.²⁰ Dies ergibt sich aus einem Umkehrschluss aus Art. 58 Abs. 1 lit. a), e) DSGVO, wonach die Aufsichtsbehörde den Verantwortlichen anweist, ihr die Daten zur Verfügung zu stellen. Hinsichtlich Berufsgeheimnisträgern gilt es, die vorab näher beschriebenen Einschränkungen aus § 29 Abs. 3 BDSG zu wahren.

2. Meldepflicht gem. Art. 33 Abs. 1 DSGVO

Bei Vorliegen einer Datenschutzverletzung ist die in Art. 33 Abs. 1 DSGVO normierte Meldepflicht von zentraler Bedeutung. Hiernach ist der Verantwortliche grundsätzlich dazu verpflichtet, der nach Art. 55 DSGVO zuständigen Aufsichtsbehörde diese Datenpanne unverzüglich zu melden.

Mit einer Datenschutzverletzung gehen nicht nur die vorab beschriebenen Risiken für die datenverarbeitende Kanzlei einher - vielmehr kann eine Datenpanne auch zu einem Schaden physischer, materieller oder immaterieller Art²¹ auf Seiten des betroffenen Mandanten führen. Intention des Gesetzgebers war es, mithilfe der Meldepflicht einen transparenten Umgang mit Datenpannen seitens der Verarbeiter herbeizuführen, sodass die Aufsichtsbehörde auf fundierter Tatsachengrundlage entscheiden und ggf. weitere erforderliche Maßnahmen veranlassen kann. Weiterhin werden die Verantwortlichen durch die Meldepflicht veranlasst, zeitnah auf Datenschutzverletzungen zu reagieren. Hierdurch sollen Folgeschäden auf Seiten der Betroffenen möglichst verhindert, zumindest aber minimiert werden können.²²

Das Entstehen der grundsätzlichen Meldepflicht setzt das Vorliegen einer Datenpanne i.S.d. Art. 4 Nr. 12 DSGVO sowie die Kenntnismahme des Verantwortlichen

¹⁹ Artikel-29-Datenschutzgruppe, WP 250, S. 32.

²⁰ So auch Martini in Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, Art. 33 Rn. 54, 58a.

²¹ Vgl. Erwägungsgrund 85; ebenso Sieling, Vortrag Datenpannen, Folie 15.

²² Hladjk in Ehmann/Selmayr, DS-GVO, Art. 33 Rn. 2; ebenso Schultze-Melling in Taeger/Gabel, DS-GVO – BDSG – TTDSG, Art. 33 Rn. 3; Laue in Spindler/Schuster, Recht d. elektr. Medien, Art. 33 Rn. 4.

hierüber voraus. Wann eine Datenpanne vorliegt, richtet sich nach den vorab unter B. beschriebenen Kriterien.

a) **Ausnahmen von der Meldepflicht**

Eine uneingeschränkte Meldepflicht für Datenpannen besteht indes nicht. Nach dem risikobasierten Ansatz der DSGVO²³ besteht die zuvor genannte Meldepflicht nicht, wenn die konkrete Datenpanne voraussichtlich nicht zu einem Risiko für die Rechte und Freiheiten der Betroffenen führt, vgl. Art. 33 Abs. 1 S. 1 DSGVO. Ob ein solches Risiko besteht, bedarf einer umfassenden Analyse bzw. Prognose im Einzelfall. Im Rahmen der Risikoprognoze ist somit zu ermitteln, welche Folgen möglicherweise durch die konkrete Datenschutzverletzung eintreten können und wie hoch die Wahrscheinlichkeit dafür ist, dass die Folge tatsächlich eintritt. Die Risikoevaluierung setzt sich somit zusammen aus der Evaluierung der Schwere des möglichen Schadens sowie dessen Eintrittswahrscheinlichkeit.²⁴ Da bei Vorliegen einer Datenschutzverletzung ein Risiko für die Rechte und Freiheiten Betroffener niemals gänzlich auszuschließen ist, ist die Formulierung „[...] nicht zu einem Risiko [...]“ dem Telos des Art. 33 Abs. 1 S. 1 DSGVO nach, namentlich der Minimierung bzw. gar Verhinderung von aus der Datenpanne resultierender Folgeschäden auf Seiten des Betroffenen sowie die Schaffung eines Mindestmaßes an Transparenz, dahingehend auszulegen, dass es sich um ein geringes bzw. geringfügiges Risiko handeln muss. Somit wird in der DSGVO zwischen den Risikostufen „geringes Risiko“, „Risiko“ sowie „hohes Risiko“ differenziert.²⁵ Drohende Schäden, die aus einer Datenschutzverletzung resultieren können, sind hierbei gem. EG 85 insbesondere Diskriminierungen, Identitätsdiebstahl und Identitätsbetrug, aber auch ein Verlust der Vertraulichkeit von Daten, die dem Berufsgeheimnis unterliegen. Betrachtet man eingangs genannte Fallbeispiele, so stellt sich die Frage des Ausgangs einer Risikoprognoze für den Fall des Verlustes eines verschlüsselten Datenträgers eines Rechtsanwalts (Bsp.: Diebstahl eines Smartphones / Notebooks auf der Bahnreise zum auswärtigen Gerichtstermin), auf dem fallrelevante personenbezogene Daten gespeichert sind. Sofern die Verschlüsselung auf dem aktuellen Stand der Technik erfolgt, läge zwar objektiv eine Datenschutzverletzung in Form eines Verlusts von Daten vor. Durch die Verschlüsselung auf dem aktuellen Stand der Technik wäre es einem Dritten

²³ Martini in Paal/Pauly, DS-GVO/BDSG, Art. 33 Rn. 21; Brink in BeckOK DSR, Art. 33 Rn. 34.

²⁴ vgl. DSK, Kurzpapier Nr. 18, S. 5 „Risikomatrix“.

²⁵ Paal, Meldepflicht DSV, ZD 2020, 119, 121; Brink in BeckOK-DSR, Art. 33 Rn. 35; Schultze-Melling in Taeger/Gabel, DSGVO – BDSG – TTDSG, Art. 33 Rn. 22; DSK, Kurzpapier Nr. 18, S. 5 „Risikomatrix“.

allerdings nicht möglich, diese verschlüsselten Daten einzusehen. Demnach ist die Schwere des möglichen Schadens als überschaubar im Sinne der DSK-Risikomatrix anzusehen, die Eintrittswahrscheinlichkeit hingegen wäre vorliegend als geringfügig einzustufen. Mithin wäre ein geringes Risiko gegeben, sodass der Ausnahmetatbestand greifen und die Meldepflichtigkeit entfallen würde.

Die Beurteilung, ob ein (hohes) Risiko gegeben ist oder ob lediglich ein geringes Risiko besteht, obliegt dem Verantwortlichen. Aufgrund des Umstands, dass der Aufsichtsbehörde nach Art. 58 Abs. 1 lit. a) DSGVO ein Recht auf Überprüfung zusteht, empfiehlt es sich einerseits, die Beurteilung sorgfältig und gewissenhaft durchzuführen. Andererseits sollte der Verantwortliche die Risikoprognose schriftlich fixieren, um diese im Fall einer aufsichtsbehördlichen Kontrolle dem Grundsatz der Rechenschaft aus Art. 5 Abs. 2, Art. 24 Abs. 1 DSGVO entsprechend nachweisen zu können.

b) Inhalt, Form und Frist der Meldung

Die Mindestangaben der Meldung richten sich nach Art. 33 Abs. 3 DSGVO. Hiernach ist zunächst eine möglichst detaillierte Beschreibung der Art der Verletzung unter Angabe der Ursache und Kategorien der betroffenen Daten erforderlich. Sodann sind gem. Art. 33 Abs. 3 lit. b) DSGVO die Kontaktdaten des Datenschutzbeauftragten anzugeben. Weiterhin sind die wahrscheinlichen Folgen der Datenpanne für den Betroffenen sowie die vom Verantwortlichen ergriffenen Abhilfemaßnahmen anzugeben. Eine bestimmte Form ist für die Meldung einer Datenschutzverletzung an die zuständige Aufsichtsbehörde nicht vorgesehen, sodass auch hier eine elektronische Übermittlung statthaft ist.²⁶ Um eine möglichst zeitnahe, fristgemäße Meldung zu ermöglichen, halten die Aufsichtsbehörden hierzu Webformulare bereit.²⁷

Dem Wortlaut des Art. 33 Abs. 1 S. 1 DSGVO nach entsteht die Meldefrist im Zeitpunkt der Kenntnisnahme des Verantwortlichen von der Datenschutzverletzung. Eine sichere Kenntnis von einer Datenpanne wird hierbei nach vorzugswürdiger überwiegender Ansicht nicht vorausgesetzt, ausreichend sei eine hinreichende Wahrscheinlichkeit einer Datenschutzverletzung.²⁸ Somit muss eine hinreichende

²⁶ Dix in Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht, Art. 33 Rn. 21.

²⁷ Übersicht der Webformulare mit Links s. Peintinger in BeckOF IT-D-Recht, Formular 2.4, Anm. 1.

²⁸ Martini in Paal/Pauly, DS-GVO, Art.33 Rn. 18; Schreibauer in Auernhammer, DSGVO/BDSG, Art. 33 Rn. 13; Art 29 Gruppe, WP 250; Grages in Plath, DSGVO/BDSG, Art. 33 Rn. 3; Paal, ZD 2020, 119, 121.

Tatsachengrundlage bestehen, der Verantwortliche muss die Datenschutzverletzung hingegen nicht unmittelbar als solche rechtlich einordnen können. Den Verantwortlichen trifft eine Ermittlungspflicht, er muss somit die maßgeblichen, fallrelevanten Umstände aufklären. Als Folge dessen ist gem. Art. 33 Abs. 4 DSGVO eine schrittweise Bereitstellung der Informationen statthaft, sofern nicht alle melderelevanten Informationen zeitgleich zur Verfügung gestellt werden können. Entzieht sich der Verantwortliche allerdings durch bewusste Untätigkeit der Kenntnisnahme einer möglichen Datenschutzverletzung mit dem Ziel, die Entstehung einer Meldepflicht zu verhindern, so erfolgt eine Fiktion der Kenntnisnahme.²⁹ In diesem Fall ist der Verantwortliche so zu stellen, als hätte dieser die Umstände zur Kenntnis genommen. Von einer solchen bewussten Verweigerung der Kenntnisnahme ist am Beispiel von kritischen Schwachstellen wie zuletzt „Log4j“³⁰ insbesondere dann auszugehen, wenn der Verantwortliche – obwohl über einschlägige Fachmedien hinaus bereits über die entsprechende Schwachstelle berichtet und gewarnt wird – schlicht untätig bleibt.

Das Kriterium der Unverzüglichkeit³¹ sowie die Berechnung der 72-Stunden-Frist³² werden in der DSGVO nicht näher konkretisiert. Mangels eines Verweises auf das jeweils einschlägige nationale Recht der Mitgliedsstaaten, welcher dem Harmonisierungsbestreben des europäischen Datenschutzrechts zuwiderlaufen würde, sind diese nach überwiegender Ansicht unionsrechtskonform auszulegen.

3. Meldepflicht des Auftragsverarbeiters gem. Art. 33 Abs. 2 DSGVO

Regelmäßig in kanzeleiinterne Datenverarbeitungen eingebunden werden Auftragsverarbeiter, welche z.B. die technische Infrastruktur für Videokonferenzdienste, Clouds oder Dienste zur elektronischen Aktenverwaltung bereitstellen. Die Meldepflicht eines Auftragsverarbeiters, der von einer Datenpanne Kenntnis erlangt, ergibt sich aus Art. 33 Abs. 2 DSGVO und besteht gegenüber dem Verantwortlichen, nicht hingegen gegenüber der Aufsichtsbehörde.

²⁹ Martini in Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, Art. 33 Rn. 19.

³⁰ S. hierzu die Berichterstattung über die Schwachstelle „Log4j“. Neben u.a. dem BSI und Heise Security warnten auch die Tagesschau (Ursprungsmeldung s. <https://www.tagesschau.de/inland/bsi-schadsoftware-101.html>) sowie diverse Tageszeitungen (s. u.a. <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/bsi-bedrohungslage-warnstufe-log4j-1.5485806>) mit einer geringen zeitlichen Differenz zu den Fachmedien vor dieser gravierenden Schwachstelle.

³¹ U.a. Marschall, DuD 2015, 183, 186; Schreibauer in Auernhammer, DSGVO/BDSG, Art. 33 Rn. 13; Piltz/Pradel, ZD 2019, 152, 156.

³² DSG, WP 250 rev0.1, S. 15, Fn. 24; Schreibauer in Auernhammer, DSGVO/BDSG, Art. 33 Rn. 12.

II. Sanktionen

Verstöße gegen vorgenannte Dokumentations- und Meldepflichten stellen gem. Art. 83 Abs. 4 lit. a) DSGVO bußgeldbewehrte Verstöße des Verantwortlichen bzw. des Auftragsverarbeiters dar, welche mit einem Bußgeld von bis zu 10 Millionen Euro oder 2% des globalen auditierten Vorjahresumsatzes geahndet werden können.

Während §§ 42 Abs. 4, 43 Abs. 4 BDSG die Verwendung von Datenpannenmeldungen gegen den Verantwortlichen in einem Straf- oder Bußgeldverfahren unter den Vorbehalt der Zustimmung desselben stellen, fehlt es in der DSGVO an einer solchen Regelung. Aus dem nemo-tenetur-Grundsatz aus Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG sowie aus dem in Art. 6 EMRK kodifizierten Fair-Trial-Grundsatz folgt jedoch, dass eine solche Regelung in Art. 83 Abs. 4 DSGVO hineinzulesen ist.³³

III. Präventives Management – eine lohnende Investition?

Wie vorangehend beschrieben sind in der konkreten Krisensituation zahlreiche rechtliche Vorgaben zu beachten, deren Nichtbefolgung für die Verantwortlichen der Kanzlei weitreichende Konsequenzen zur Folge haben kann. Somit empfiehlt es sich einerseits, die technischen und organisatorischen Maßnahmen regelmäßig zu evaluieren und ggf. anzupassen, andererseits sollten auch die Zuständigkeiten und die wesentlichen Reaktionsschritte der Entscheidungsträger vorab in Form eines Krisenreaktionsplans definiert werden.

Im Rahmen der Festlegung geeigneter technischer und organisatorischer Maßnahmen i.S.d. Art. 32 Abs. 1 DSGVO gilt es auf technischer Ebene insb. Systeme zu etablieren, durch die eine Datenpanne vermieden, zumindest aber eine Datenpannenmeldung obsolet gemacht werden kann. Hierzu zählen – je nach Sensibilität der Daten – ein engmaschiges Monitoring der Systeme, geeignete Zugriffs- und Rechtekonzepte, der Einsatz geeigneter Antivirensoftware, zuverlässige Alert-Systeme, der Einsatz einer Verschlüsselung sowie regelmäßige, externe Backups. Es wäre jedoch verfehlt, im Rahmen der Prävention allein auf technische Maßnahmen zu setzen, stellen doch die Beschäftigten die größte Schwachstelle im Hinblick auf die IT-Sicherheit einer Kanzlei dar.³⁴ Auf organisatorischer Ebene gilt es somit, IT-Richtlinien für die Mitarbeiter aufzustellen und diese allgemein zugänglich zu machen. Die Richtlinien sollten fortlaufend aktualisiert und über verpflichtende, regelmäßig stattfindende Schulungen präsent gemacht werden, um die Awareness bzw.

³³ Zum selben Ergebnis bei vergleichbarer Argumentation kommen Wilhelm in Sydow, EU-DSGVO, Art. 33 Rn. 29; Martini in Paal/Pauly, DSGVO/BDSG, Art. 33 Rn. 27; Dix in Simitis/Hornung/Spiecker, DSR, Art. 33 Rn. 25; DSGVO, EG 148 S. 2.

³⁴ Diercks, ZdiW 2021, 27, 27; Kuhrau, ZdiW 2021, 23, 24.

das allgemeine Problembewusstsein im Bereich der IT-Sicherheit zu stärken. Im Rahmen der Schulungen sollte auf einen standardisierten Meldeweg für vermutete Sicherheitsvorfälle hingewiesen und hierbei betont werden, dass eine schnelle Meldung durch die Beschäftigten den Eintritt eines größeren Schadens verhindern kann. Insoweit ist der Referentin zuzustimmen, dass die Etablierung einer Heldenkultur hinsichtlich Verdachts- und Schadensmeldungen förderlich ist und den Beschäftigten aus einer Meldung einer Datenschutzverletzung keine arbeitsrechtlichen Nachteile erwachsen sollten.³⁵ Weiterhin empfiehlt es sich auf organisatorischer Ebene, die wesentlichen Reaktionsschritte und Zuständigkeiten der Beteiligten für den Fall des Eintritts einer Datenschutzverletzung vorab in Form eines Krisenreaktionsplans zu definieren. Dieser Plan ist in die vier Schritte „Zuständigkeiten, Verantwortlichkeiten und Meldewege“, „Schadensanalyse und -eingrenzung“, „rechtliche Bewertung des Vorfalls“ sowie „Kommunikation intern / extern“ zu unterteilen.³⁶

D. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass mit einer Datenpanne umfangreiche Melde- und Dokumentationspflichten sowie nicht zu unterschätzende Bußgeldrisiken und Reputationseinbußen einhergehen können. Es gilt mithin, die Gefahr des Eintritts einer Datenschutzverletzung zu minimieren, was sich insb. durch geeignete technische und organisatorische Maßnahmen realisieren lässt. Aufgrund des Umstandes, dass die Beschäftigten die größte Schwachstelle in der IT-Sicherheit der Kanzlei darstellen, ist der Fokus durch Schulungen und Sensibilisierungsmaßnahmen auf die Mitarbeiter-Awareness zu datensicherheitsrechtlichen Themen zu legen, wengleich die technischen Maßnahmen nicht vernachlässigt werden dürfen. Für den Fall, dass es entgegen aller Bemühungen in der Kanzlei zu einer Datenpanne kommt, erleichtert ein vorab erarbeiteter Krisenreaktionsplan mit fest definierten Zuständigkeiten und Abläufen die Dokumentation und Kooperation mit den Behörden ungeniein. Somit empfiehlt es sich insgesamt, vorgenannte Präventionsmaßnahmen – sofern noch nicht (vollständig) geschehen – zeitnah umzusetzen. Bedingt durch die nicht unerheblichen Bußgeldrisiken und drohenden Schadensersatzforderungen der potenziell Betroffenen, welche die Kosten für vorgenannte Maßnahmen um ein Vielfaches übersteigen können, stellt die frühzeitige Implementierung vorgenannter Vorsorgemaßnahmen eine lohnende Investition dar.

³⁵ Sieling, Vortrag Datenpannen, Folie 23.

³⁶ Ebenso Wybitul, NJW 2020, 2577, 2581.

Johannes Greiser*

Methodenlehre aus Sicht eines Praktikers

– mit Exkursen zur sprachphilosophischen Grundlegung der Wortlautgrenze und der Berücksichtigung empirischer Erkenntnisse aus Nachbarwissenschaften –

Eine Einführung

Methodenlehre fristet bei vielen Studierenden ein Schattendasein. Zu Unrecht! Denn mit der Methodenlehre kann man sich ein allgemeines Argumentationskonstrukt erarbeiten, anhand dessen Meinungsstreitigkeiten besser eingeordnet und damit auch besser gelernt werden können. Die Methodenlehre ist die Metaebene hinter den einzelnen Meinungsstreitigkeiten. Deshalb lohnt sich ein näherer Blick auf diese Teildisziplin der Rechtswissenschaft.

Die Schwerpunktsetzung im folgenden Aufsatz ist – wie immer bei solchen Projektiven – bis zu einem gewissen Grad subjektiv. Sie ist von meinen Erfahrungen in der Rechtsprechung geprägt. Dabei liegen der Darstellung neben der Rechtsprechung des BVerfG vor allem Lehrbücher zur Methodenlehre – insbesondere der Methodenlehreklassiker von Larenz/Canaris –, aber auch ein neueres Werk von Möllers zugrunde. Zu den einzelnen Bereichen geht die Darstellung von überwiegend aktuellen, aber auch zwei älteren Promotionen zu diesen Bereichen aus, die dann anhand der übrigen Quellen und der eigenen Erfahrungen in diesem Bereich eingeordnet werden.

Angewandt werden die Aussagen zur Methodenlehre auf einen fiktiven fortlaufenden Fall. Bei diesem habe ich Gesetzgebungszuständigkeiten und sonstige verfassungsrechtliche Probleme bewusst offengelassen. Ausgangskonstellation ist folgende Vorschrift:

§ 1

- (1) Hunde sind in der Öffentlichkeit an einer Leine zu führen.
- (2) Schäferhunde haben in der Öffentlichkeit einen Maulkorb zu tragen.

* Der Autor ist Richter am Sozialgericht Osnabrück und Lehrbeauftragter der Universität Osnabrück.

I. Erste Abgrenzung

Es ist klassischerweise zunächst eine Einteilung der Methodenlehre in Auslegung und Rechtsfortbildung vorzunehmen. Die Bereiche folgen teilweise ähnlichen, teilweise aber auch unterschiedlichen Regeln, weshalb die Abgrenzung notwendig ist.

1. Der mögliche Wortsinn als Grenze

Trennlinie ist nach h.M. der mögliche Wortsinn einer Norm.¹ Dem ist nach der hier vertretenen Ansicht zuzustimmen. Der Wortlaut ist als einziges direkt vom Gesetzgeber legitimiert. Er geht vom allgemeinen Sprachgebrauch aus, wird in bestimmten Bereichen, etwa gesetzlichen Definitionen, aber vom Gebrauch im fachsprachlichen Diskurs überlagert. Für eine sachenrechtliche Frage aus dem Besitzrecht führt die Erkenntnis, dass der allgemeine Sprachgebrauch Eigentum und Besitz häufig synonym verwendet, nicht weiter. Die Wortlautgrenze ist dort erreicht, wo ein Begriff oder ein Passus unter den allgemeinsprachlichen bzw. den fachsprachlichen Konventionen nicht mehr verständlich eingeordnet werden kann.

Die Rechtsprechung des BVerfG ist – was die Grenzziehung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung angeht – nicht ganz eindeutig. Es gibt aber insoweit durchaus Aussagen, dass die Auslegung nicht am Wortlaut ende:

„Eine Auslegung gegen den Wortlaut einer Norm ist aber nicht von vornherein ausgeschlossen, wenn andere Indizien deutlich belegen, dass ihr Sinn im Text unzureichend Ausdruck gefunden hat.“²

Auf diese Unklarheiten oder auch Widersprüchlichkeiten in der Rechtsprechung des BVerfG wird bei der verfassungskonformen Auslegung unten noch weiter einzugehen sein.³

Gegen die Wortlautgrenze werden in der Literatur aus linguistischem und sprachphilosophischem Gründen Einwände erhoben, wobei die Autoren in ihren Schlussfolgerungen unterschiedlich weit gehen.⁴ Es wird argumentiert, dass sich die

¹ Stellvertretend: *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaften, 3. Aufl. 1995, S. 163 f.; *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, S. 39; *Drechsler*, ZJS 2015, 344 (344).

² BVerfG, Beschl. v. 27.1.1998 – 1 BvL 22/93, Rn. 34 allerdings zur verfassungskonformen Auslegung.

³ Siehe II. 5. b) aa).

⁴ Sehr weitgehend: *Christensen/Kundlich*, ARSP 93 (2007), 128 ff.; *Hassemer/Kargl*, in: NK-StGB. 5. Aufl. 2017, § 1 Rn. 95 ff.; weniger weitgehend: *Kuntz*, AcP 215 (2015), 387 ff.; *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 15 Rn. 15 ff.; siehe auch bereits: *Schiffauer*, Wortbedeutung und Rechtserkenntnis, 1979, S. 80 ff.

Wortlautgrenze sprachphilosophisch nicht halten lasse, da es keine Wortbedeutung an sich, ohne den jeweiligen Kontext, gebe.⁵ Teilweise wird jede normative (Begrenzungs-)Kraft von Sprache abgelehnt.⁶ Diese sprachphilosophischen Einwände überzeugen letztlich jedoch nicht.

2. Sprachphilosophischer Exkurs

Zur Erörterung der Frage, ob sich der Wortlaut als Abgrenzung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung halten lässt, ist zunächst die Bedeutungstheorie der Sprache in den Blick zu nehmen. Wie ist also das Verhältnis zwischen Sprache und Wirklichkeit und wie das Verhältnis zwischen Sprache und uns (unserem Bewusstsein)?⁷

a) Sprachphilosophische Theorien der Bedeutung

Es gibt in der Sprachphilosophie grundsätzlich vier Herangehensweisen an die oben aufgeworfenen Fragen zum Verhältnis von Sprache und Wirklichkeit und Sprache und unserem Bewusstsein: subjektivistische, realistische, konventionalistische (pragmatische) und interpretative Ansichten.⁸ Letztere sind für die juristische Arbeit nicht ergiebig und werden deshalb nicht dargestellt.

Nach der subjektivistischen Bedeutungstheorie liegt die Bedeutung von Zeichen (allein) in mentalen Zuständen eines Subjekts.⁹ Ein bekannter Vertreter dieser Theorie war der Philosoph *John Locke* im 17. Jahrhundert.¹⁰ Problematisch für diese Theorie ist die alltägliche Feststellung, dass es weite Übereinstimmungen beim Wortgebrauch gibt.¹¹ Für eine Verteidigung der Wortlautgrenze ist die Theorie nicht geeignet. Die Vorstellung, dass Bedeutung allein durch das Bewusstsein von Subjekten geprägt ist, macht eine Wortlautgrenze schwer möglich.

⁵ Etwa: *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 7 Rn 77 ff., § 15 Rn. 15; siehe auch: *Felder*, in: *Bäcker/Klatt/Zucca-Soest*, Sprache – Recht – Gesellschaft, 2012, 141 (145); ähnlich: *Kiesselbach*, in: *Bäcker/Klatt/Zucca-Soest*, Sprache – Recht – Gesellschaft, 234 (249).

⁶ Siehe dazu etwa: *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, 11. Aufl. 2013, 339 ff. *Christensen/Sokolowski*, Wie normativ ist Sprache; abrufbar unter anderem unter: www.juristische-methodik.de/PDF/sprnormativ.pdf.

⁷ *Engemaier*, in: *Breitenstein/Rohbeck*, Philosophie, 2011, S. 181 (Unterkapitel Sprachphilosophie); der folgende Abschnitt soll einen kurzen Überblick schaffen. Es wird etwa nicht gesondert auf Bedeutungstheorien singularer Theme im Gegensatz zu Bedeutungstheorien für Sätze eingegangen, sondern dieses Problem nur angerissen.

⁸ *Newen/Schrenk*, Einführung in die Sprachphilosophie, 3. Aufl. 2019, S. 11.

⁹ *Newen/Schrenk*, Einführung in die Sprachphilosophie, 3. Aufl. 2019, S. 11.

¹⁰ *Locke*, An Essay concerning human understanding, 1690, deutsche Ausgabe in 6. Aufl. 2006; zu neueren Vertretern dieser Theorie: *Newen/Schrenk*, Einführung in die Sprachphilosophie, 3. Aufl. 2019, S. 81 ff.

¹¹ *Newen/Schrenk*, Einführung in die Sprachphilosophie, 3. Aufl. 2019, S. 18.

Die realistische Bedeutungstheorie sieht als Träger der Bedeutung Objekte, Eigenschaften oder Sachverhalte in der wirklichen Welt.¹² Diese Theorie wurde bereits von *Aristoteles* im alten Griechenland vertreten.¹³ Diese Position beeinflusste die mittelalterliche Philosophie. In dieser Traditionslinie wurde davon ausgegangen, dass sich die Strukturen der Wirklichkeit in den Strukturen der Sprache abbilden.¹⁴ Eine Neuformulierung erfolgte Anfang des 20. Jahrhunderts.¹⁵ Das Bestreben war, eine Idealsprache zu schaffen, die die logische Struktur der Realität möglichst gut abbildet. *Frege* ging dabei davon aus, dass Träger der Bedeutung Gedanken seien. Damit waren nicht die Gedanken einer einzelnen Person, sondern etwas Abstraktes, wie etwa der Satz des Pythagoras, gemeint. Gedanken sind danach objektiv. Sie sind zwar weder Teil der Außen- noch der Innenwelt, aber in einem „dritten Reich“ angesiedelt.¹⁶ Diese Theorie würde sich sehr gut für eine Bestimmung der Wortlautgrenze eignen, denn es gäbe ein außerhalb subjektiver Festsetzung liegenden Gegenstand, der erkannt werden könnte.

Auch diese Theorie bereitet jedoch Probleme:¹⁷ Wie ist es bei einer realistischen Theorie möglich, dass auf einen fiktiven Gegenstand (etwa: „Rotkäppchen“) verwiesen wird? Derartige Gegenstände sind schließlich nicht „real“ und trotzdem können wir hierüber sprechen. Eine zweite Frage ist: Warum kann es unterschiedliche Begriffe geben, die das gleiche „bedeuten“? Dieses Problem wird zumeist an folgendem Beispiel erläutert: Die Begriffe Morgenstern und Abendstern bezeichnen beide den Planeten Venus. Der eine Begriff beschreibt einen hellen Stern am

¹² *Newen/Schrenk*, Einführung in die Sprachphilosophie, 3. Aufl. 2019, S. 11. Dies ist zumindest nach früheren Einordnungen der Fall. Nach einer Weiterentwicklung dieser Theorie, etwa *Tarski* (Der Wahrheitsbegriff in den formalisierten Sprachen. in: *Studia Philosophica* 1 (1936), S. 261 ff.) wurde dies zu einer Semantik der Wahrheitsbedingungen modifiziert, siehe erneut: *Newen/Schrenk*, Einführung in die Sprachphilosophie, 3. Aufl. 2019, S. 11, zu der genannten Theorie näher S. 51 ff.

¹³ *Aristoteles*, *Peri hermēneias*, Kapitel 1, hier zitiert nach der Textsammlung *Organon*, 2017, S. 40; *Aristoteles* wird wegen anderer Äußerungen im gleichen Werk aber teilweise auch durchaus anders (konventionalistisch) eingeordnet. Wie hier etwa: *Bertram*, *Sprachphilosophie*, 3. Aufl. 2017, Position 232 des eBooks.

¹⁴ Ausführlich hierzu: *Leiss*, *Sprachphilosophie*, 2012, S. 50 ff. Als Höhepunkt dieser Strömung gilt das Werk *Tractatus de modis significandi* von *Thomas von Erfurt*. Ausführlich hierzu: *Leiss*, S. 54 ff.

¹⁵ *Frege*, *Der Gedanke*. Eine logische Untersuchung, 1918, abgedruckt in: *Logische Untersuchungen*, 1993, 58 ff.; *Carnap*, *Bedeutung und Notwendigkeit*, 1972; *Wittgenstein*, *Tractatus logico-philosophicus*, 9. Aufl. 1973; ausführlich hierzu: *Kutschera*, *Sprachphilosophie*, 2. Aufl. 1974, S. 51 ff.; *Newen/Schrenk*, Einführung in die Sprachphilosophie, 3. Aufl. 2019, S. 17 ff.

¹⁶ *Frege*, *Der Gedanke*, S. 69.

¹⁷ *Engemaier*, in: *Breitenstein/Rohbeck*, *Philosophie*, 2011, S. 183 f.

Morgen, der andere einen hellen Stern am Abend. Es wird bei beiden Begriffen aber auf den gleichen Gegenstand in der wirklichen Welt verweisen, nämlich den Planeten Venus. Hiermit sind Probleme der Referenz angesprochen.¹⁸ Ob und wenn ja, wie diese Probleme sprachphilosophisch gelöst werden können, würde hier zu weit führen.¹⁹

Nach der konventionalistischen Bedeutungstheorie ergibt sich die Bedeutung der sprachlichen Zeichen allein aus der Gebrauchsweise.²⁰ Diese Theorie hat einen wichtigen Vertreter in dem Philosophen *Wittgenstein*, genauer gesagt seinem „Spätwerk“.²¹ In seinem Frühwerk hatte *Wittgenstein* noch auf Grundlage einer realistischen Bedeutungstheorie versucht, eine möglichst exakte Sprache zu entwickeln.²² Später kam er zur Einsicht, dass Sprache auch durch sog. Sprachspiele und ein Netz von Bedeutungen definiert wird. Bedeutung sei gerade nicht starr, sondern Wandlungen unterworfen. Die Teilnehmer des Sprachspiels könnten die Regeln des Sprachspiels jederzeit ändern. Diese Theorie wird von den meisten Vertretern in der Sprachphilosophie der Gegenwart vertreten.²³

b) Ist Sprache normativ?

Diese Theorie ist Grundlage der Angriffe auf die Wortlautgrenze.²⁴ Wenn sich Bedeutung erst aus dem Gebrauch, dem Sprachspiel ergibt, so ist dies zunächst ein einsichtiges Argument gegen die begrenzende Kraft von Wortbedeutungen. Autoren, die auch auf dieser gedanklichen Grundlage eine Wortlautgrenze (oder allgemeiner: eine semantische Grenze) verteidigen, gehen davon aus, dass die Gebrauchsregeln der Sprache Normativität vermitteln. Die begrenzende Wirkung wird also nicht auf den Begriff selbst, sondern auf die Regeln für seine Verwendung gestützt.²⁵

¹⁸ Siehe dazu: *Newen/Schrenk*, Einführung in die Sprachphilosophie, 3. Aufl. 2019, S. 96 ff.

¹⁹ Siehe dazu einleitend: *Engemaier*, in: Breitenstein/Rohbeck, Philosophie, 2011, S. 184 ff.; ausführlich: *Newen/Schrenk*, Einführung in die Sprachphilosophie, 3. Aufl. 2019, S. 88 ff.

²⁰ *Newen/Schrenk*, Einführung in die Sprachphilosophie, 3. Aufl. 2019, S. 12.

²¹ *Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen, 9. Aufl. 2019; Ansätze einer konventionalistischen Theorie werden aber bereits in der Antike gesehen, etwa in dem Dialog *Kratylos* von *Platon*; dazu ausführlich: *Kutschera*, Sprachphilosophie, 2. Aufl. 1974, S. 32 ff.; *Leiss*, Sprachphilosophie, 2012, S. 27 ff.

²² *Wittgenstein*, Tractatus logico-philosophicus, 9. Aufl. 1973; siehe dazu oben, Fn. 15.

²³ So auch die Einordnung bei: *Kuntz*, AcP 215, 2015, 387 (408).

²⁴ Siehe etwa: *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 7 Rn. 77; *Schiffauer*, Wortbedeutung und Rechtserkenntnis, 1979, S. 80 ff.

²⁵ Siehe dazu in unterschiedlicher Ausprägung: *Klatt*, Die Wortlautgrenze, abrufbar im Internet unter: https://edoc.bbaw.de/frontdoor/deliver/index/docId/1779/file/13_343_368_Klatt.pdf; *Neumann*, in: Bäcker/Klatt/Zucca-Soest, Sprache – Recht – Gesellschaft, 2012, 129 (130 f.); im Ergebnis ebenso: *Velten/Mertens*, ARSP 76 (1990), 516 (523 f.).

Teilweise wird dabei auf den Sprachphilosophen *Robert Brandom* Bezug genommen, der in seinem Werk *Making It Explicit*²⁶ Normativität von Sprache auf Grundlage der Gebrauchstheorie der Sprache hergeleitet hat.²⁷ Er analysiert hierfür abstrakt die Gesprächssituation und versucht implizite Voraussetzungen der Kommunikation explizit zu machen. Unsere diskursive Praxis sei durch ein ständiges Geben und Fordern von Gründen implizit normativ strukturiert. Dadurch erst sei es möglich richtige und falsche, angemessene und unangemessen Sprechakte zu unterscheiden.²⁸ Damit wird der Sprecher zumindest an seinen eigenen Wortgebrauch gebunden.²⁹

Gegen eine Normativität von Sprache werden wiederum Einwände erhoben.³⁰ Die Gebrauchsregeln würden einen konkreten Gebrauch nicht vorschreiben, sie seien also nicht präskriptiv.³¹ Aus der empirischen Realität von Regeln (einem Sein) könne nicht ohne weiteres auf ein Sollen geschlossen werden.³² Die Konventionen würden einen bestimmten Gebrauch weder gebieten noch verbieten.³³ *Brandoms* Theorie ziele zudem nicht auf eine intersubjektive Verbindlichkeit von Sprache ab, die über die konkrete Sprechsituation hinausgehe.³⁴ Teilweise wird die fehlende normative Kraft der Gebrauchsregeln mit einem Paradox dargestellt: Eine Sprachregel müsse den Sprachgebrauch, um normativ begrenzen zu können, in jedem Einzelfall vorgeben. In diesem Fall aber könne der abweichende Sprachgebrauch nicht mehr abgegrenzt werden, da mit jeder abweichenden Nutzung ein Bedeutungswandel eintreten würde.³⁵ In der Sprache gäbe es letztlich nichts, was ein normatives Konzept von Bedeutung tragen könne.³⁶

c) Eigene Überlegungen

M.E. lässt sich der Wortlaut als Grenze gegen die sprachphilosophischen Einwände verteidigen. Die Gegenansicht überschätzt oder überbetont die Kontextabhängigkeit

²⁶ *Brandom, Making It Explicit : Resonanz, Representing, and Discursive Commitment*, 1994; hier zitiert nach einer Ausgabe von 1998.

²⁷ Siehe dazu: *Kuntz*, AcP 215 (2015), 387 (425 f.).

²⁸ *Brandom, Making It Explicit*, XIII; siehe dazu auch: *Klatt*, Die Wortlautgrenze, 343 (351).

²⁹ *Kuntz*, AcP 215 (2015), 387 (425)

³⁰ Ausführlich: *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, 11. Aufl. 2013, 339 ff.

³¹ *Kuntz*, AcP 215 (2015), 387 (413 ff.).

³² *Kuntz*, AcP 215 (2015), 387 (416); siehe zum sog. Sein-Sollen-Fehlschluss bereits: *Hume*, Ein Traktat über die menschliche Natur, Buch I-III, Dt. mit Anm. und Reg. von Theodor Lipps, Buch III, 195 ff.

³³ *Kuntz*, AcP 215 (2015), 387 (413).

³⁴ *Kuntz*, AcP 215 (2015), 387 (427).

³⁵ *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, 11. Aufl. 2013, 342.

³⁶ *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, 11. Aufl. 2013, 343 unter Verweis auf: *Davidson*, Deutsche Zeitschrift für Philosophie, 48, 395 (396 ff.).

und die Wandlungsfähigkeit von Sprache. Beides bedeutet keine völlige Offenheit der Bedeutung.³⁷ Eine neue abweichende Praxis wird erst im Vergleich zur bisherigen Konvention erkennbar.³⁸ Ein radikaler semantischer Indeterminismus wird durch das Faktum sprachlicher Verständigung widerlegt.³⁹ Aus der Tatsache, dass sich Sprache entwickelt, also die Konventionen nicht völlig starr sind, folgt keine Aufhebung, sondern nur eine Minderung ihrer begrenzenden Kraft, was Bedeutungen angeht. Diese Begrenzung muss dabei m.E. nicht völlige unabhängig von Einstellungen und Kenntnissen von Individuen sein.⁴⁰ Normativität lässt sich auch unter Beteiligung von Subjekten begründen.⁴¹

Auch die von dieser Ansicht vorausgesetzte völlige Gleichordnung aller Sprecher,⁴² die eine Entscheidung über richtigen und falschen Gebrauch eines Begriffs unmöglich mache, überzeugt letztlich nicht. Bei allen Verschiedenheiten im Einzelfall gibt es dennoch zumeist einen Sprachgebrauch der Mehrheit, von dem Abweichungen überhaupt erst verständlich werden.⁴³

Die Konventionen sind schließlich auch insoweit handlungsleitend, als nur unter Beachtung dieser glückende Sprechakte möglich sind.⁴⁴ Die Konventionen allein deskriptiv zu fassen, überzeugt m.E. nicht. Insoweit kann auf *Brandom* zurückgegriffen werden. Die Annahme, dass sich aus der Diskursituation implizite Voraussetzungen ergeben, die für die Begründung von Verbindlichkeit fruchtbar gemacht werden können, ist der juristischen Begründungslehre nicht neu. Hierauf⁴⁵ bauen auch diskurstheoretische Ansätze in der juristischen Begründungslehre auf.⁴⁶

³⁷ Dazu: *Velten/Mertens*, ARSP 76 (1990), 516 (523 f.) in Bezug auf die Wandlungsfähigkeit von Sprache; siehe auch: *Neumann*, in: Bäcker/Klatt/Zucca-Soest, Sprache – Recht – Gesellschaft, 2012, 129 (131).

³⁸ *Velten/Mertens*, ARSP 76 (1990), 516 (524).

³⁹ *Neumann*, in: Bäcker/Klatt/Zucca-Soest, Sprache – Recht – Gesellschaft, 2012, 129 (131); ähnlich: *Schmitz*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 4. Aufl. 2020, § 1 Rn. 77.

⁴⁰ So aber wohl: *Kuntz*, AcP 215 (2015), 387 (414, Fn. 144).

⁴¹ Dazu näher: *Greiser*, ZfSH/SGB 2014, 598 (604 ff.); *ders.*, VSSR 2014, 241 (257 ff.).

⁴² *Kuntz*, AcP 215 (2015), 387 (416, 418).

⁴³ Erneut: *Velten/Mertens*, ARSP 76 (1990), 516 (524); weitergehend noch: *Neumann*, in: Bäcker/Klatt/Zucca-Soest, Sprache – Recht – Gesellschaft, 2012, 129 (138); andere Ansicht: *Kuntz*, AcP 215 (2015), 387 (417).

⁴⁴ *Neumann*, in: Bäcker/Klatt/Zucca-Soest, Sprache – Recht – Gesellschaft, 2012, 129 (130 f.).

⁴⁵ Zur sog. Transzendentalpragmatik: *Apel*, in: Schnädelbach (Hrsg.), Rationalität – philosophische Beiträge, 1984, 15 ff.

⁴⁶ Siehe dazu: *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 9. Aufl. 2019, 230 ff.; zur Diskurstheorie *Habermas'*: *Habermas*, in: Fahrenbach (Hrsg.), Wirklichkeit und Reflexion, 1973, 211 ff.

Das Problem, bei graduellen Phänomenen eine Grenze zu finden, ist seit der griechischen Philosophie der Antike bekannt.⁴⁷ Mögliche Lösungen zu diskutieren, ist hier nicht möglich.⁴⁸ M.E. folgt aus dieser Problematik aber nicht, dass eine Grenzziehung unmöglich ist. Dass es Grenzen der menschlichen Erkenntnis gibt, ist kein Hindernis, trotz dieser Beschränkungen Dinge möglichst gut einzuordnen. Aus der fehlenden Möglichkeit, die Wortlautgrenze in jedem Fall sicher zu bestimmen, folgt nicht, dass diese Grenze allgemein abzulehnen ist. Derartige Unschärfen sind hinzunehmen und müssen durch Auslegung minimiert werden.

Im Ausgangsfall könnte sich zu § 1 Abs. 1 des Gesetzes die Frage stellen, ob die Vorschrift auch auf einen Wolf anzuwenden wäre. In der Umgangssprache wird das Wort Hund häufig synonym mit dem Begriff des Haushundes, der domestizierten Version des Wolfs, gleichgesetzt. Biologisch betrachtet ist aber auch ein Wolf ein Hund. Hier wäre die Grenze der Auslegung also wohl noch nicht überschritten (Vorrang der Fachsprache). Auf eine Katze wäre die Vorschrift aber nur im Wege der Rechtsfortbildung anwendbar.

Auch die Frage, ob ein Mischling zwischen Schäferhund und einem anderen Hund noch unter § 1 Abs. 2 des Gesetzes fällt, ist eine Frage der Auslegung, denn es ist nicht unmöglich, einen Schäferhund-Labrador-Mischling unter den Wortlaut der Norm zu subsumieren.

II. Auslegung

Es gibt grundsätzlich vier Auslegungskriterien, den Wortlaut, die Systematik, die Entstehungsgeschichte und den Sinn und Zweck der Norm.

1. Wortlaut

Der Wortlaut des Gesetzes ist Ausgangspunkt jeder Auslegung. Nur der Wortlaut ist – wie unter I. 1. bereits erwähnt – direkt vom Gesetzgeber legitimiert. Problematisch ist, dass das Verständnis des Wortlauts sehr unterschiedlich sein kann.

Die Begriffe, die der Gesetzgeber benutzt, sind häufig nicht trennscharf. Man spricht in diesem Zusammenhang von sog. neutralen Kandidaten.⁴⁹ Dieser Theorie liegt eine Dreiteilung zugrunde. Es gibt danach einerseits einen Begriffskern,

⁴⁷ Sog. *Sorites-Paradoxie*, der folgende Überlegung zugrunde liegt: Ein Korn stellt keinen Haufen dar (erste Annahme). Ein zusätzliches Korn macht aus einem „Nichtaufen“ keinen Haufen (zweite Annahme). Daraus scheint zu folgend, dass es keine Haufen gibt, was nach unserer Lebenswirklichkeit offensichtlich falsch ist.

⁴⁸ Siehe dazu: *Saintsbury*, Paradoxien, 2. Aufl. 2001, 41 ff.

⁴⁹ Siehe dazu: *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 194 ff.

in dem es eindeutig ist, dass etwas unter den Begriff fällt (positive Kandidaten). Ebenso eindeutig sind negative Kandidaten, die dem Begriff keinesfalls unterfallen. Im unscharfen Rand des Begriffs liegen die neutralen Kandidaten (auch Begriffshof genannt).

Wie bereits erwähnt, könnte sich im Ausgangsfall die Frage stellen, ob der allgemeine Sprachgebrauch Schäferhundmischlinge noch unter den Begriff Schäferhund „subsumiert“. Dem könnte entgegengesetzt werden, dass nur gezüchtete „reinrassige“ Schäferhunde unter den Wortlaut fallen und die Vorschrift bei jeglicher Kreuzung keine Anwendung findet.

Dagegen könnte wiederum eingewandt werden, dass der Sprachgebrauch das Wort Schäferhund auch dann noch für zutreffend hält, wenn ein Hund „ganz überwiegend“ ein Schäferhund ist. Andererseits kennt die Sprache in diesem Zusammenhang auch das Wort Mischling. Bei einer klaren Zuordnung kennt die Sprache diese Mischform auch unter konkreter Benennung der beteiligten Hunderassen, etwa Schäferhund-Labrador-Mischling. Wie ist es aber bei komplizierten „Mischungen“? Hier könnte eine Theorie etwa sagen: Wenn der Schäferhundanteil über 50 % ist, dann ist es noch ein Schäferhund und die Vorschrift anwendbar, usw. usf.

2. Systematik

In der systematischen Auslegung des Gesetzes finden sich – neben anderen Argumenten – vor allem zwei klassische Auslegungssätze:

Der erste Satz lautet wie folgt: „Lex specialis derogat legi generali“ (Das speziellere Gesetz geht dem allgemeinen vor). Wenn eine Norm einen Fall konkreter regelt, so geht dies zumeist einer allgemeineren Regelung vor. Der zweite Satz heißt: „Lex posterior derogat legi priori“ (Das spätere Gesetz geht dem früheren vor). Es wird vorausgesetzt, dass ein neueres Gesetz das ältere Gesetz ablöst („derogiert“). Problematisch kann das Verhältnis der Auslegungsgrundsätze zueinander sein.⁵⁰ Was ist, wenn das speziellere Gesetz das ältere ist? Zum anderen kann sich in der Praxis die Frage stellen: Was ist die speziellere Norm? Die eine Norm kann in dem einen Teilbereich, die andere in einem anderen spezieller sein. Dies aufzulösen, ist eine Frage des Einzelfalls.

⁵⁰ Häufig gelöst dadurch, dass dem „lex-specialis-Grundsatz“ der Vorrang gegeben wird: Es gelte „lex posterior generalis non derogat legi priori speciali“, siehe dazu: LSG Niedersachsen-Bremen, Beschl. v. 14.1.2008 – L 8 SO 88/07 ER, Rn. 48; so auch bereits: BVerwG, Urt. v. 18.5.2000 – 5 C 29/98 unter Bezugnahme auf: BFH, Urt. v. 29.9.1993 – VII R 56/91.

Ein weiterer (allerdings bestrittener)⁵¹ Grundsatz ist: Ausnahmegesetze sind eng auszulegen („*singularia non sunt extenda*“). M.E. hat dieser Auslegungsgrundsatz durchaus seine Berechtigung, er darf aber nicht schematisch angewandt werden. Man könnte formulieren, dass bei einer Ausnahmegesetz die Begründungslast größer ist, sie weit auszulegen.

Darüber hinaus können sich systematische Argumente aus dem Gesamtgefüge des Gesetzes ergeben. Auch dies kann nicht abstrakt bestimmt werden und ist eine Frage des Einzelfalls.

Im Ausgangsfall könnte eine weitere Vorschrift im Tierschutzrecht hinzugedacht werden, die lautet, dass Halter nur dann Sicherungsmaßnahmen unternehmen müssen, wenn von Tieren eine konkrete Gefahr ausgeht. Ein Hundehalter könnte sich gegen das oben genannte Gesetz über die Pflicht zum Anleinen dann nicht mit dem Argument wehren, dass von seinem Hund keine konkrete Gefahr ausgeht. § 1 Abs. 1 des Gesetzes ist insoweit die speziellere Vorschrift (für Hunde).

Bei der Frage, ob auch andere Hunde unter den Maulkorbzwang gestellt werden, könnten Halter dieser Hunde argumentieren, dass es sich bei § 1 Abs. 2 des Gesetzes um eine Ausnahmegesetz nur für Schäferhunde handelt. Diese Vorschrift erweiternd auszulegen (oder eine Analogie anzunehmen) bedarf zumindest eines erhöhten Begründungsaufwands.

3. Entstehungsgeschichte

Bei der Auslegung nach der Entstehungsgeschichte der Norm stellt sich die Frage des Umgangs mit Gesetzgebungsmaterialien. Hierzu lassen sich zwei Extrempositionen formulieren, die so in der Praxis allerdings mittlerweile selten vertreten werden (zur Veranschaulichung allerdings dennoch dargestellt werden sollen):

a) Objektive und subjektive Theorie

Nach der subjektiven Theorie sind der Berücksichtigung historischer Argumente kaum Grenzen gesetzt. Entscheidend sind die Motive des Gesetzgebers in ihrem geschichtlichen Zusammenhang.⁵² Nach einer sehr weiten Form dieser Theorie muss der Rechtsanwender stets bestrebt sein, „sich [...] möglichst vollständig in die Seele des Gesetzgebers hineinzudenken.“⁵³

⁵¹ *Schneider*, JA 2008, 174 ff.

⁵² So die Charakterisierung in: BVerfG, Beschl. v. 17.5.1960 – 2 BvL 11/59, 2 BvL 11/60, Rn. 16; siehe auch: *Würdinger*, Rechtskultur 2 (2013), 79 ff.

⁵³ *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 9. Aufl. 1963, § 21 S. 99.

Nach der objektiven Theorie ist *der im Gesetz objektivierter Wille* des Gesetzgebers maßgebend.⁵⁴

Soweit der Wille des Gesetzgebers relevant ist, stellt sich die Frage: Wie kann der Wille des Gesetzgebers gedacht werden? Der Gesetzgeber ist schließlich keine Person. Dennoch ist eine solche Zuschreibung (eines gemeinsamen Willens) auch über eine reine Fiktion hinaus möglich.⁵⁵ Es gibt gute Argumente dafür, dass sich das Ergebnis eines kollektiven Willensbildungsprozess nicht einfach auf die Intentionen des Einzelnen reduzieren lässt.⁵⁶ Die Einzelheiten sind hier nicht relevant.

Es schließt sich aber die Frage an, welche Äußerungen als „Wille des Gesetzgebers“ qualifiziert werden können. Nur die Aussagen in den Bundestags- und Bundesratsdrucksachen? Was ist etwa mit Aussagen einzelner Abgeordneter im Bundestagsplenum?⁵⁷

b) Ansicht des BVerfG und der Bundesgerichte

Die Gesetzgebungsmaterialien sind nach der ganz überwiegenden Rechtsprechung in der Auslegung – zumindest ergänzend – heranzuziehen. Zwar gilt nach der überwiegenden Ansicht in der Rechtsprechung der Bundesgerichte die sog. objektiv-historische Auslegung, nach der nicht allein der subjektive Wille des Gesetzgebers, sondern der in der Vorschrift objektivierter Wille entscheidend ist (siehe oben⁵⁸).⁵⁹ Auch nach dieser Ansicht werden jedoch – wie es das BSG ausführt – „wichtige Hinweise auf den Sinn und Zweck einer Vorschrift aus ihrer Vor- und Entstehungsgeschichte gewonnen. Die Regelungsabsicht des Gesetzgebers und die von ihm erkennbar getroffenen Wertentscheidungen stellen daher in jedem Falle eine maßgebliche Richtschnur für die am Gesetzeszweck orientierte Auslegung einer Vorschrift dar“.⁶⁰ Nach der „Standardformel“ des BVerfG für die Ermittlung des objektiven

⁵⁴ Siehe dazu näher: *Walz*, ZJS 2010, 482 (485) m.w.N.

⁵⁵ *Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaats, 2015, S. 236 ff.; *Sehl*, Was will der Gesetzgeber, 2019, S. 117 ff. insbesondere S. 126.

⁵⁶ Dazu: *Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaats, 2015, S. 237 m.w.N. (Fn. 214).

⁵⁷ Die Reden werden mitstenographiert und können im Internet abgerufen werden: www.bundestag.de/protokolle.

⁵⁸ Siehe II. 3. a).

⁵⁹ Siehe dazu die Ausführungen in: BSG, Urt. v. 30.9.2009 – B 9 V 1/08 R, Rn. 49 m.w.N.; so im Ergebnis auch: BSG, Urt. v. 12.9.2018 – B 4 AS 39/17 R, Rn. 23; siehe auch: BSG, Urt. v. 7.5.2019 – B 2 U 27/17 R; BSG, Urt. v. 23.5.2017 – B 1 KR 24/16 R, Rn. 14; BFH, Urt. v. 13.9.1966 – I 53/64, Rn. 11; BGH, Urt. v. 5.11.2019 – XI ZR 650/18, Rn. 30; BGH, Urt. v. 27.11.2019 – VIII ZR 285/18, Rn. 54; BVerwG, Urt. v. 28.5.2019 – 3 C 6/17, Rn. 16; BVerwG, Urt. v. 23.2.2018 – 7 C 9/16, Rn. 21.

⁶⁰ BSG, Urt. v. 30.9.2009 – B 9 V 1/08 R, Rn. 49.

Gesetzgeberwillen kommt den Gesetzesmaterialien für die Beantwortung der Frage, welche Regelungskonzeption dem Gesetz zugrunde liegt, neben Wortlaut und Systematik eine Indizwirkung zu.⁶¹

Zu der Frage, auf welche Materialien zurückgegriffen werden kann, hat das BVerfG im Jahr 1980 ausgeführt, dass konkrete Vorstellungen, die von Ausschüssen oder einzelnen Mitgliedern der gesetzgebenden Körperschaften über die nähere Bedeutung oder Reichweite einer einzelnen Bestimmung, eines Normbestandteils oder eines Begriffs und ihrer Handhabung wie Wirkung geäußert werden, für die Gerichte keine bindende Anleitung darstellen.⁶² In einer neueren Entscheidung weißt das Gericht darauf hin, dass zur Ermittlung des Willens des Gesetzgebers die Begründung eines Gesetzentwurfes, der unverändert verabschiedet worden ist, die darauf bezogenen Stellungnahmen von Bundesrat (Art. 76 Abs. 2 Satz 2 GG) und Bundesregierung (Art. 76 Abs. 3 Satz 2 GG) und die Stellungnahmen, Empfehlungsempfehlungen und Berichte der Ausschüsse in Betracht zu ziehen sind. In solchen Materialien fänden sich regelmäßig die im Verfahren als wesentlich erachteten Vorstellungen der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe und Personen.⁶³

c) Bewertung

Die Befassung mit dieser Thematik kann mitunter verwirrend sein. Es kann folgender Eindruck entstehen: Wenn das jeweilige Gericht der Auffassung ist, die in den Gesetzgebungsmaterialien niedergelegt ist, spielt dies in der Auslegung eine große Rolle. Im gegenteiligen Fall (das Gericht ist nicht der Ansicht, die in den Gesetzgebungsmaterialien zugrunde gelegt wurde), so sprechen die Gerichte oft vom objektivierten Willen des Gesetzgebers. Dies lässt sich wohl – über gewisse Widersprüchlichkeiten hinaus – nur mit der angesprochenen Indizwirkung erklären: Die Gesetzgebungsmaterialien können relevant sein, sie müssen es aber nicht in jedem Fall. Die neuere Rechtsprechung des BVerfG⁶⁴ ist aber wohl als Aufwertung einer Argumentation mit den Materialien aus dem Gesetzgebungsverfahren zu verstehen.

Zu entscheiden, ob Gesetzgebungsmaterialien eine entscheidende Rolle zukommt, ist schwierig und wahrscheinlich nicht ganz frei von Präferenzen des Auslegers. Eine gewisse Unterscheidung ist m.E. aber danach möglich, wie prominent der Gesetzgeber seine Ansicht in den Dokumenten niedergelegt hat und ob aus dieser

⁶¹ BVerfG, Beschl. v. 6.6.2018 – 1 BvL 7/14, Rn. 74; BVerfG, Beschl. v. 26.11.2018 – 1 BvR 318/17, Rn. 32.

⁶² BVerfG, Beschl. v. 11.6.1980 – 1 PBvU 1/79, Rn. 60.

⁶³ BVerfG, Beschl. v. 6.6.2018 – 1 BvL 7/14, Rn. 74.

⁶⁴ Etwa: BVerfG, Beschl. v. 6.6.2018 – 1 BvL 7/14.

Darlegung erkennbar ist, dass das Problem „richtig“ eingeschätzt wurde. Ist aus den Materialien erkennbar, dass das Problem nicht verstanden wurde, dann können diese Aussagen wohl tatsächlich nicht bindend sein. Zudem ist entscheidend, in wie weit die Äußerung des Gesetzgebers irgendeinen Widerhall im Gesetzeswortlaut gefunden hat.

Zu der Frage, auf welche Dokumente zurückgegriffen werden kann, liegt im Hinblick auf Berichte von Ausschüssen eine Widersprüchlichkeit in den beiden soeben zitierten Aussagen des BVerfG⁶⁵ vor. Nach meiner Erfahrung kommt es hierauf aber auch eher selten an. Man wird darüber hinaus formulieren können, dass eine Aussage einzelner Mitglieder der gesamtgebenden Körperschaften kaum Relevanz hat, die in Bundestags- und Bundesratsdrucksachen niedergelegten Stellungnahmen aber deutlich mehr.⁶⁶ Dabei ist es stets wichtig, auf den konkreten Ablauf des Gesetzgebungsverfahrens zu achten, ob es also zum ursprünglichen Entwurf Änderungen gegeben hat.⁶⁷

Nehmen wir an, im Ausgangsfall findet sich folgende Aussage in den Gesetzgebungsmaterialien: „Sehr kleine, völlig ungefährliche Hunde müssen nicht angeleint werden.“ Hierauf könnten sich die Halter sehr kleiner, völlig ungefährlicher Hunde berufen. Die Gegner einer solchen Auslegung würden entgegenhalten, dass sich diese Wertung nicht im Wortlaut des Gesetzes wiederfindet, der gerade keine speziellen Hunde ausnimmt.

4. Sinn und Zweck der Norm

a) Teleologische Auslegung im klassischen Sinne

Bei der Auslegung nach dem Sinn und Zweck der Norm stellt sich zunächst folgende Ausgangsfrage: Ist neben der Auslegung unter 3. überhaupt noch eine Argumentation mit weiteren Zwecken möglich? Fraglich ist also, woher die Zwecke kommen,

⁶⁵ Siehe II. 3. b).

⁶⁶ Siehe dazu ausführlich: *Sehl*, Was will der Gesetzgeber, 2019, S. 149 ff. insbesondere: S. 204 ff., der allerdings einen Schwerpunkt auf die Ausschussdokumente setzt, da hier der entscheidende Teil der Gesetzgebungsarbeit vollzogen werde (S. 205). Die Bundestagsdrucksachen finden sich unter: www.bundestag.de/drucksachen, die Bundesratsdrucksachen unter: www.bundesrat.de/DE/dokumente/dokumente-node.html; jeweils zuletzt abgerufen 27.11.2022.

⁶⁷ Auf der Seite www.bundestag.de gibt es hierfür ein sehr hilfreiches Tool: → Dokumente → Dokumentations- und Informationssystem Hiermit können zu laufenden und abgeschlossenen Gesetzgebungsverfahren die Beratungsverläufe abgerufen werden; zuletzt abgerufen 27.11.2022.

auf die hier rekurriert wird.⁶⁸ Kommen sie aus einer über das positive (geschriebene) Recht hinausgehenden Werteordnung?⁶⁹ In jedem Fall muss eine Trennung von eigenen Vorstellungen erfolgen. Auch ein reines Schauen auf die Rechtsfolge ist problematisch.

Ein Rückgriff auf eine über das positive Recht hinausgehende Werteordnung ist eher problematisch, auch wenn das BVerfG bei der Rechtsfortbildung einen gewissen Rückgriff auf derartige Wertungen in der Vergangenheit zugelassen hat (dazu unten⁷⁰: Gegensatz von Gesetz und Recht in Art. 20 Abs. 3 GG).⁷¹ Letztlich müssen die Wertungen, auf die in dieser Auslegung zurückgegriffen wird, grundsätzlich ebenfalls an gesetzgeberische Wertungen angeknüpft werden. Im Verfassungsstaat müssen Zwecke immer auf gesetzgeberische Setzungen zurückgreifen.⁷² Allerdings erkennt das BVerfG an, dass mit den Grundrechten über das Abwehr/Leistungsrecht auch eine objektive Werteordnung geschaffen wurde.⁷³

Darüber hinaus kann auf Normzwecke abgestellt werden, die allgemeiner sind als solche, die in der historischen Auslegung eine Rolle spielen.⁷⁴ Es kann sich etwa aus dem Sinn und Zweck einer bestimmten Art von Vorschrift, z.B. einer Übergangsvorschrift, ergeben, dass sie auf eine bestimmte Art und Weise auszulegen ist.⁷⁵

In gewissem Umfang können auch die Folgen einer Entscheidung berücksichtigt werden (dazu sogleich).⁷⁶ Allerdings ist hier Vorsicht geboten. Es muss vorrangig vom Tatbestand und nicht von der Rechtsfolge her gedacht werden.

Im Ausgangsfall könnte auch hier überlegt werden, ob sehr kleine, völlig ungefährliche Hunde vom Leinenzwang auszunehmen sind. Sinn und Zweck des Gesetzes sei – so könnte argumentiert werden – der Schutz der Öffentlichkeit vor „Übergriffen“ von Hunden. Wenn solche aber objektiv nicht drohten, so könne der Sinn und Zweck des Gesetzes auch nicht erfüllt werden.

⁶⁸ Kritisch zu einer teleologischen Auslegung etwa: *Herzberg*, NJW 1990, 2525 ff.

⁶⁹ So *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 122; ausführlich (und kritisch) zu derartigen Überlegungen: *Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaats, 2015, S. 195 ff.

⁷⁰ Siehe III. 2. a).

⁷¹ BVerfG, Beschl. v. 14.2.1973 – 1 BvR 112/65, Rn. 38. Das BVerfG hat diesen Ansatz allerdings nicht fortgeführt, siehe III. 2. a).

⁷² *Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaats, 2015, S. 208.

⁷³ Ständige Rechtsprechung seit: BVerfG, Urt. v. 15.1.1958 – 1 BvR 400/51, Rn. 47; daran ebenfalls anknüpfend: *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2019, S. 166.

⁷⁴ Ähnlich: *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2019, S. 164.

⁷⁵ Zu diesem Beispiel: SG Osnabrück, Urt. v. 16.4.2019 – S 16 AS 245/18, Rn. 33.

⁷⁶ Ausführlich: *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2019, S. 175 ff.

Hier würde aber wohl die Grenze der Auslegung überschritten, da auch kleine Hunde klar unter den Wortlaut fallen. Ein Herausnehmen wäre nur im Wege der Rechtsfortbildung möglich.

Zu der bereits angesprochenen Frage der Subsumtion von Schäferhundmischlingen unter § 1 Abs. 2 des Gesetzes könnte argumentiert werden, dass Schäferhunde deshalb einen Maulkorb tragen müssen, weil die meisten Bissverletzungen auf Schäferhunde zurückgehen würden. Dabei sei nicht relevant, ob es sich um einen „reinrassigen“ Schäferhund handle. Auch Mischlingshunde seien für solche Bissverletzungen statistisch gleichermaßen verantwortlich (nehmen wir das mal an).⁷⁷

b) Exkurs: Folgenberücksichtigung, Nachbarwissenschaften und Empirie

Bei der Berücksichtigung von Folgen einer Entscheidung kann in einem gewissen Umfang auch auf Erkenntnisse aus den Sozialwissenschaften (und übriger Empirie) zurückgegriffen werden. Es wird hier also – ohne dass dies näher erörtert werden kann – davon ausgegangen, dass die Erforschung der der normativen Aussage zugrunde liegenden Bedingungen in der Wirklichkeit unter Nutzung der Erkenntnisse der Nachbarwissenschaften der Jurisprudenz grundsätzlich möglich ist.⁷⁸

aa) Einordnung und Abgrenzungen

Erkenntnisse aus den Nachbarwissenschaften können an mehreren Stellen in der Rechtspraxis eine Rolle spielen. Zur Konkretisierung des Untersuchungsgegenstands müssen also zunächst Abgrenzung nach dem Einsatzgebiet und dem Gegenstand der rezipierten Erkenntnisse vorgenommen werden.

⁷⁷ Die Diskussion um die Häufigkeit von Bissverletzungen gab es im Zusammenhang mit bestimmten landesrechtlichen Regelungen zu bestimmten Kampfhunderassen tatsächlich. Diesen Vorschriften unterfielen Schäferhunde gerade nicht. Im Hinblick auf eine mögliche Ungleichbehandlung wurde argumentiert, dass Schäferhunde bei Bissverletzungen einen höheren Wert aufweisen würden, als bestimmte Kampfhunde, siehe dazu etwa: OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 6.9.2012 – OVG 5 A 2.06, Rn. 47; siehe auch: VG Hamburg, Urt. v. 1.9.2003 – 5 VG 3300/2000.

⁷⁸ *Grüber*, JZ 1974, 665, 668; *Wulforst* in: SGB 1971, 293, 294 ff.; dies wird teilweise bestritten. Dabei wird darauf rekurriert, dass Rechtswissenschaften und Sozialwissenschaften unterschiedliche Sphären der Wirklichkeit betreffen, nämlich erstere das Sollen und die Sozialwissenschaften das Sein: *Achterberg*, JZ 1970, 281 ff.; dagegen, also für die hier vertretene Meinung, ausführlich: *Rottleuthner*, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, 1973, S. 248 ff.; *Lautmann*, Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz, 1971, S. 26 ff.; *Jost*, Soziologische Feststellungen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, 1979, S. 19 ff.

Da das Thema des Aufsatzes die Methodenlehre ist, werden Möglichkeiten, Erkenntnisse der Sozialwissenschaften bei der Erfassung des Sachverhalts oder dem Stellen von Prognosen zu nutzen, nicht näher erörtert.⁷⁹ Auch das weite Feld der Berücksichtigung empirischer Daten in der Verhältnismäßigkeitsprüfung soll hier nicht im Vordergrund stehen.⁸⁰ Es geht darum, ob die Überlegungen zum Zweck der Norm einer empirischen Überprüfung standhalten. Dies kann vor allem in einer Folgenberücksichtigung (wirkt das Gesetz so, wie es nach dem Zweck der Fall sein soll?), aber auch in der allgemeinen Argumentation mit gesellschaftlichen Zusammenhängen der Fall sein.⁸¹ Es handelt sich um abstrakt-generelle Tatsachen, die der Auslegung der materiellen Rechtsnorm zugrunde liegen.⁸² Hierfür wird auch im deutschen Rechtsraum mittlerweile der im englischen Rechtsraum entwickelte Begriff der *legislative facts* gebraucht⁸³

Eine weitere Abgrenzung ist anhand des rezipierten Gegenstands notwendig. Es können Begriffe, aber auch normative und positive Theorien aus der fremden Wissenschaft herangezogen werden.⁸⁴ Hier soll uns vor allem um Letzteres gehen.⁸⁵ Damit sind Theorien zur Beschreibung, Erklärung und Prognose von Wirklichkeit gemeint, also etwa (aber nicht nur) die empirische Sozialforschung.⁸⁶ Eine Übertra-

⁷⁹ Hier soll empirische Sozialforschung an die Stelle sog. Alltagstheorie treten; dazu ausführlich: *Opp*, Soziologie im Recht, 1973, S. 14 ff. mit einer Urteilung in Erklärungsprobleme, Prognoseprobleme und Deskriptionsprobleme; ein ausführlicher Beispielfall – aus dem Strafrecht – findet sich auf Seite 83 ff.; zu weiteren Fällen zu den einzelnen Kategorien siehe: *Jost*, Soziologische Feststellungen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, 1979, S. 57 ff., 70 ff. und 140 ff.; dabei darf nicht aus dem Blick verloren werden, dass in der Rechtspraxis mit den prozessualen Regelungen zur Beweiserhebung und -würdigung und zu offenkundigen und gerichtsbekanntem Tatsachen bereits ein ausdifferenziertes Regelwerk vorliegt. Eine Nutzung von sozialwissenschaftlichen Erkenntnissen, etwa aus der Soziologie, kann dies m.E. nur ergänzen.

⁸⁰ Dazu ausführlich zu den Maßnahmen der Pandemiebekämpfung: *Kamil Abdusalam*, JöR 2021, 487 ff.

⁸¹ Siehe dazu allgemein: *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 369 ff.; *Jost*, Soziologische Feststellungen, 1979, S. 130 ff.; (leider teilweise veraltete) Beispiele aus dem Sozialrecht finden sich bei: *Wulfhorst*, SGB 1971, 336 ff.; zu Beispielen aus der Rechtsprechung des BSG in Zivilsachen: *Jost*, S. 118 ff.; siehe zur Nutzung soziologischer Erkenntnisse zur Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe: *Grüber*, JZ 1974, 665 ff.

⁸² BVerwG, Urt. v. 20.3.2012 – 5 C 5/11, Rn. 25.

⁸³ Siehe etwa: *Lepsius*, JZ 2005, 1, 1; *Kamil Abdusalam*, JöR 2021, 487, 489; diese können auch in der Revisionsinstanz noch überprüft werden, siehe etwa: BVerwG, Urt. v. 20.3.2012 – 5 C 5/11, Rn. 25 (wobei das Gericht hier von *legal facts* spricht).

⁸⁴ Siehe dazu näher: *Lüdemann*, Netzwerke, Öffentliches Recht und Rezeptionstheorie, Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, 2007/7, 1, 2 ff.

⁸⁵ Für eine Begrenzung hierauf plädiert: *Opp*, Soziologie im Recht, 1973, S. 65 ff.

⁸⁶ Siehe dazu näher: *Lüdemann*, Netzwerke, Öffentliches Recht und Rezeptionstheorie, Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, 2007/7, 1, 5 f.

gung normativer Theorien aus anderen Wissenschaften ist, was den Rezeptionsvorgang angeht, zumindest deutlich anspruchsvoller und kann hier nicht im Einzelnen dargestellt werden.

bb) Der Rezeptionsprozess⁸⁷

Zur Vorbereitung einer Nutzung der Erkenntnisse aus Nachbarwissenschaften in der hier vorgestellten Weise ist es wichtig, zunächst deskriptive Aussagen, die der Auslegung zugrunde liegen, „herauszuschälen“. Dies kann durchaus anspruchsvoll sein, denn häufig wird (zumindest auch) mit normativen Implikationen argumentiert. Bei der Überprüfung dieser Aussagen kann uns die empirische Sozialforschung aber nur sehr bedingt helfen. Zudem stellt sich ganz praktisch die Frage, wo auf außerjuristische Forschungsarbeiten zurückgegriffen werden kann. Hier bieten sich folgende Datenbanken an: SSRN, JSTOR, EBSCO.⁸⁸

Anschließend sind die gefundenen Ergebnisse zu würdigen. Auch, wenn wir uns vorrangig mit positive Theorien befassen, ist zu untersuchen, wo in der Theorie oder der Erhebung der Daten Wertungen enthalten sind. Auch solche Theorien enthalten (versteckte) Wertungen.⁸⁹ Eine völlig objektive Erhebung von Daten ist nicht möglich.⁹⁰ Deshalb kann die Jurisprudenz diese Aufgabe nicht einfach delegieren.⁹¹

Anschließend ist eine Einpassung in juristische Überlegungen notwendig. Die juristische Methodenlehre ist von der Bindung der Rechtsprechung an Gesetz und Recht geprägt.⁹² Dies setzt der Berücksichtigung von Ergebnissen aus Nachbarwissenschaften Grenzen.⁹³ Es handelt sich nicht um eine freie Auslegung, sondern die Erkenntnisse finden innerhalb der Grenzen der juristischen Methodenlehre Anwendung.

⁸⁷ Die Darstellung orientiert sich an: *Lüdemann*, Netzwerke, Öffentliches Recht und Rezeptionstheorie, 1, 11 ff.

⁸⁸ <https://papers.ssrn.com/>; <https://www.jstor.org/>; <https://search.ebscohost.com/>; zuletzt abgerufen 27.11.2021.

⁸⁹ *Lüdemann*, Netzwerke, Öffentliches Recht und Rezeptionstheorie, 1, 12; *Petersen*, Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende? Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, 2010/10, 1, 12 ff.; weitergehend noch: *Augsberg*, Der Staat 51 (2012), 117 ff.

⁹⁰ Dies gilt auch dann, wenn das erkenntnistheoretische Problem, wie eine solche objektive – wohl besser: intersubjektive – Wirklichkeit gedacht werden kann, vernachlässigt wird. Siehe dazu: *Augsberg*, Der Staat 51 (2012), 117 ff.; zu den Problemen empirischer Sozialforschung in diesem Zusammenhang: *Opp*, Soziologie und Recht, 1973, S. 49 ff.

⁹¹ *Petersen*, Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende, 1, 16 f.

⁹² Siehe dazu: Art. 1 Abs. 3 GG, Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 97 Abs. 1 GG.

⁹³ *Wulffhorst*, SGB 1971, 293, 294; *Lüdemann*, Netzwerke, Öffentliches Recht und Rezeptionstheorie, 1, 9.

Im Ausgangsfall könnte anhand empirischer Daten überprüft werden, ob Schäferhunde tatsächlich für mehr Bissverletzungen verantwortlich sind. Auch hier würde aber die Auslegung verlassen. Dieses Argument wäre also eher bei einer verfassungsrechtlichen Überprüfung der Norm zu nutzen.

Ein Beispiel aus dem Sozialrecht, in dem auf empirische Sozialforschung zurückgegriffen werden kann, ist die Berücksichtigung von Einkommen des „Stiefeltern-teils“ bei der Bedarfsberechnung des „Stiefkinds“.⁹⁴ Nach § 9 Abs. 2 Satz 2 SGB II ist das Einkommen des neuen Partners des leiblichen Elternteils auf den Bedarf des „Stiefkinds“ anzurechnen, obwohl dieses zivilrechtlich keinen Unterhaltsanspruch hat. Dies hat das BSG als verfassungsgemäß angesehen. Es sei dem Partner zwar ohne rechtlichen Hinderungsgrund möglich, sein Einkommen ausschließlich zur Befriedigung eigener Bedürfnisse oder zur Erfüllung eigener Verpflichtungen zu verwenden. Der Gesetzgeber dürfe aber gleichwohl davon ausgehen, dass dieser Konflikt innerhalb der Bedarfsgemeinschaft ausgetragen und gelöst werde, ohne dass das Kindeswohl gefährdet wird.⁹⁵ Ob dies realistisch ist, lässt sich anhand empirischer Sozialforschung überprüfen. Dabei müssen wir zunächst im ersten Schritt die empirische These/Frage herausarbeiten. Diese ist nicht, ob der Gesetzgeber eine Konfliktlösung verlangen kann (normativ), sondern, ob eine solche Konfliktlösung in der Praxis tatsächlich gelingt und in welchem Umfang dies der Fall ist. Im zweiten Schritt müssten Studien zu dem Thema rausgesucht und kritisch gewürdigt werden. Geben die Studien auf diese konkrete Frage eine Antwort? Wenn ja: Wie wurde ein „Konflikt“ oder eine „Gefährdung des Kindeswohls“ definiert? Wie wurden die Daten erhoben? Nehmen wir an, das Ergebnis wäre, dass es häufig nicht zu einer Lösung des Konflikts kommt und eine Unterdeckung des Bedarfs des Kinds die Folge ist, so muss im dritten Schritt gefragt werden, wie sich dies auf das Gesamtergebnis der Auslegung auswirkt. Hier sind zwei Ebene zu unterscheiden, die sich allerdings gegenseitig beeinflussen. Zum einen ist zu fragen, was die übrigen Auslegungskriterien ergeben und ein Gesamtergebnis der Auslegung herauszuarbeiten. Kommt man zu dem Ergebnis, dass die Unterdeckung des Bedarfs mit der Verfassung (dem Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums, Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG) nicht vereinbar ist, so stellt sich zudem die Frage, ob ein verfassungskonformes Ergebnis noch innerhalb der Auslegung möglich ist oder eine Vorlage an das BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG geboten ist. Dies leitet zum nächsten Abschnitt über.

⁹⁴ Voigt/Greiser, ZfSH/SGB 2022, 80, 89 ff.

⁹⁵ BSG, Urt. v. 13.11.2008 – B 14 AS 2/08 R, Rn. 37.

5. Sonderfall: Verfassungskonforme Auslegung

a) Einordnung

Zunächst ist näher zu definieren, was die verfassungskonforme Auslegung eigentlich ist. Unter diesem „Label“ werden sehr unterschiedliche Argumentationsmuster zusammengefasst. Nach einer aktuellen Einteilung kann man wohl folgende Fallgestaltungen unterscheiden:⁹⁶ Die verfassungsorientierte Auslegung, die verfassungskonforme Auslegung im engeren Sinne und die verfassungskonforme Rechtsfortbildung.

Mit der verfassungsorientierten Auslegung wird der Inhalt der Norm erschlossen.⁹⁷ Die Verfassung ist hier nur ein Punkt in der Abwägung. Diese Überlegung muss sich bei der Auslegung also nicht zwingend „durchsetzen“.⁹⁸ Die Einzelheiten sind umstritten.⁹⁹ Das BVerfG nutzt diesen Terminus nicht, sondern spricht von der „Ausstrahlungswirkung“ der Grundrechte oder einer mittelbaren Drittwirkung.¹⁰⁰ Mit der verfassungsorientierten Auslegung kann schließlich auch eine Ausfüllung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen gemeint sein.¹⁰¹ Diese sind nach Rechtsprechung des BVerfG ein „Einfallstor“ für die Grundrechte.¹⁰²

Stärker in der Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Gesichtspunkte ist die verfassungskonforme Auslegung im engeren Sinne. Diese Vorzugsregel besagt, dass in dem Fall, dass von mehreren Auslegungsergebnissen nur eines mit der Verfassung vereinbar ist, diese Auslegung zu wählen ist.¹⁰³ Diese Form der verfassungskonformen Auslegung dürfte so gut wie unbestritten sein und wird so auch vom BVerfG angewendet.¹⁰⁴ All dieses befindet sich nach der obigen Einteilung noch im Rahmen der Auslegung (auch wenn die Konkretisierung von Generalklauseln teilweise als Rechtsfortbildung angesehen wird¹⁰⁵).

⁹⁶ Möllers, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2019, S. 377 ff.; etwas abweichend (vier Kategorien): Lembke, Einheit aus Erkenntnis?, Zur Unzulässigkeit der verfassungskonformen Gesetzesauslegung als Methode der Normkompatibilisierung, 2009, S. 23 ff.

⁹⁷ Möllers, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2019, S. 378.

⁹⁸ Möllers, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2019, S. 379.

⁹⁹ Möllers, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2019, S. 378.

¹⁰⁰ Siehe beispielsweise: BVerfG, Beschl. v. 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09, Rn. 32.

¹⁰¹ Diese Fallgruppe wird bei Lembke als weitere Kategorie gesondert behandelt. Diese weitere Unterteilung bringt m.E. aber keine wirklichen Vorteile.

¹⁰² BVerfG, Beschl. v. 14.9.2010 – 1 BvR 1504/10, Rn. 13.

¹⁰³ Möllers, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2019, S. 377; Lembke, Einheit aus Erkenntnis, 2009, S. 32.

¹⁰⁴ Etwa: BVerfG, Beschl. v. 8.3.1972 – 2 BvR 28/71, Rn. 30.

¹⁰⁵ Siehe dazu: Lembke, Einheit aus Erkenntnis, 2009, S. 36, mit Nachweisen in Fn. 71.

Davon abzugrenzen ist die dritte Gruppe, die verfassungskonforme Rechtsfortbildung, bei der die Grenze des möglichen Wortsinns überschritten wird. Es dürfte Einigkeit bestehen, dass es solche Fälle faktisch in der Rechtsprechung des BVerfG gibt,¹⁰⁶ auch wenn dies teilweise ggf. nicht als solches benannt wird. Den Terminus verfassungskonforme Rechtsfortbildung benutzt das BVerfG zudem nicht. Eine solche Rechtsfortbildung könnte Gefahr laufen, die hierfür entwickelten Kriterien (in den meisten Fällen: eine planwidrige Regelungslücke, dazu unten¹⁰⁷) zu unterlaufen. Zwar könnte hiergegen argumentiert werden, dass die Planwidrigkeit des einfachen Rechts deshalb in einem solchen Fall nicht relevant ist, da höherrangiges Recht entgegensteht. Dennoch können sich hier m.E. Probleme mit der Bindung des Richters an Gesetz und Recht ergeben (dazu auch unten¹⁰⁸).

Auch das BVerfG dürfte sich an die selbst gesetzten Grenzen der Rechtsfortbildung zu halten haben. Insoweit verwendet das BVerfG seit 1997 die Formel, dass die Rechtsfortbildung die gesetzgeberische Grundentscheidung und deren Ziele respektieren und den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung folgen müsse.¹⁰⁹ In der fachgerichtlichen Rechtsprechung ist darüber hinaus problematisch, dass mit einer solchen verfassungskonformen Rechtsfortbildung das Verwerfungsmonopol des BVerfG aus Art. 100 GG umgangen wird. Erkennt man den Wortlaut als Grenze der (verfassungskonformen Auslegung) an (dazu oben¹¹⁰), dann ist eine solche Rechtsfortbildung allgemein nicht möglich.¹¹¹

b) Begrenzung der verfassungskonformen Auslegung

aa) Ist der Wortlaut eine Grenze?

Da es sich um eine Auslegung handelt, muss der mögliche Wortsinn nach der hier vertretenen Ansicht letztlich auch Grenze der verfassungskonformen Auslegung sein.¹¹² Die Rechtsprechung des BVerfG ist nicht einheitlich.¹¹³ So heißt es in einer Entscheidung aus dem Jahr 2014 zum Beispiel: „Die Möglichkeit einer

¹⁰⁶ So auch die Bewertung von Möllers, *Juristische Methodenlehre*, 2. Aufl. 2019, S. 386.

¹⁰⁷ Siehe III. 1. a).

¹⁰⁸ Siehe III. 2. b).

¹⁰⁹ Zuletzt: BVerfG, Beschl. v. 26.11.2018 – 1 BvR 318/17, Rn. 30 mit weiteren Nachweisen.

¹¹⁰ Siehe I. 1.

¹¹¹ Siehe zur oben (siehe I. 1.) bereits festgestellten Widersprüchlichkeit der Rechtsprechung des BVerfG insoweit auch: Möllers, *Juristische Methodenlehre*, 2. Aufl. 2019, S. 386.

¹¹² Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaften*, 3. Aufl. 1991, S. 161.

¹¹³ Ebenso: Sauer, *Wortlautgrenze der verfassungskonformen Auslegung?*, S. 3 f., abrufbar im Internet auf der Seite der rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Freiburg (15.7.2020).

verfassungskonformen Auslegung endet [...] dort, wo sie mit dem Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch träte¹¹⁴. Dies dürfte so zu verstehen sein, dass die verfassungskonforme Auslegung erst dort endet, wo sie neben dem Wortlaut auch mit dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch tritt.¹¹⁵ Allerdings heißt es in der gleichen Entscheidung wiederum: „Das Ergebnis einer verfassungskonformen Auslegung muss [...] nicht nur vom Wortlaut des Gesetzes gedeckt sein, sondern auch die prinzipielle Zielsetzung des Gesetzgebers wahren“.¹¹⁶ Letztlich lässt das BVerfG die Frage in der zitierten Entscheidung offen, wenn es formuliert, dass „allein der Wortlaut einer Vorschrift nicht in jedem Fall eine unüberwindliche Grenze für die verfassungskonforme Auslegung bilden“ möge.¹¹⁷

In früheren Entscheidungen hatte das BVerfG unter anderem ausgeführt, dass der Richter „am Wortlaut einer Norm [...] nicht haltzumachen“ brauche.¹¹⁸ Eine Auslegung gegen den Wortlaut einer Norm sei nicht von vornherein ausgeschlossen, wenn andere Indizien deutlich belegen, dass ihr Sinn im Text unzureichend Ausdruck gefunden habe.¹¹⁹ Andererseits hat das BVerfG mehrfach eine verfassungskonforme Auslegung wegen des „klaren Wortlauts“ abgelehnt.¹²⁰ Zumindest über Letzteres dürfte Einigkeit herrschen.¹²¹

bb) Grenze: Wille des Gesetzgebers

In der neueren Rechtsprechung des BVerfG kristallisiert sich der klare Wille des Gesetzgebers als (weitere) Grenze der verfassungskonformen Auslegung heraus.

Zwar gilt einerseits, dass einer verfassungskonformen Auslegung nicht entgegen steht, dass eine nicht mit der Verfassung vereinbare Auslegung eher dem subjektiven Willen des Gesetzgebers entsprochen hätte.¹²² Andererseits hat das Gericht bereits 1958 entschieden, dass eine solche verfassungskonforme Auslegung keinesfalls das gesetzgeberische Ziel in einem wesentlichen Punkte verfehlen oder

¹¹⁴ BVerfG, Beschl. v. 16.12.2014 – 1 BvR 2142/11, Rn. 86.

¹¹⁵ SG Osnabrück, Beschl. v. 27.1.2020 – S 44 AY 76/19 ER, Rn. 39.

¹¹⁶ BVerfG, Beschl. v. 16.12.2014 – 1 BvR 2142/11, Rn. 86.

¹¹⁷ BVerfG, Beschl. v. 16.12.2014 – 1 BvR 2142/11, Rn. 93.

¹¹⁸ BVerfG, Beschl. v. 19.6.1973 – 1 BvL 39/69, Rn. 49, dazu bereits oben unter I.

¹¹⁹ BVerfG, Beschl. v. 27.1.1998 – 1 BvL 22/93, Rn. 34, dazu bereits oben unter I.

¹²⁰ BVerfG, Beschl. v. 11.4.1967 – 1 BvL 25/64, Rn. 40; unter Bezugnahme auf den „eindeutigen Wortlaut“: BVerfG, Beschl. v. 8.2.1983 – 1 BvL 20/81, Rn. 38.

¹²¹ Dazu: *Lembke*, Einheit aus Erkenntnis, 2009, S. 121 mit weiteren Nachweisen: Fn. 513.

¹²² BVerfG, Urt. v. 9.2.1982 – 1 BvR 845/79, Rn. 87.

verfälschen darf.¹²³ Diesen Rechtssprechungsstrang hat das BVerfG im Jahr 2018 in einem Urteil zu Kettenbefristungen im Arbeitsrecht aufgenommen und gestärkt.¹²⁴

Schwierig einzuordnen ist, wann ein solcher wesentlicher Punkt vorliegt. Eine kurze Erwähnung einer Ansicht in einer Bundestagsdrucksache dürfte dafür nicht hinreichend sein. Es muss sich anhand der gesamten Konzeption des Gesetzes um eine wesentliche Richtungsentscheidung handeln. Über eine solche Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers können sich die Gerichte dann, auch wenn sie das Gesetz für verfassungswidrig halten, nicht hinwegsetzen.

III. Rechtsfortbildung

Eine Systematisierung der Rechtsfortbildung ist schwierig. Es dürfte sich um einen Bereich handeln, der sich gegen eine Systematisierung „sträubt“. Nach *Larenz/Canaris* kann eine Unterscheidung danach erfolgen, ob es sich um eine gesetzesimmanente oder eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung handelt.¹²⁵ Erstere hält sich innerhalb des Plans des Gesetzes, die zweite geht darüber hinaus.

1. Gesetzesimmanente Rechtsfortbildung

Bei der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung ist das Gesetz – nach seinem eigentlichen Plan (Sinn und Zweck) – in seinem Wortlaut entweder zu weit oder zu eng gefasst. Ist der Wortlaut zu eng ist eine Analogie zu prüfen. Ist der Wortlaut zu weit, eine teleologische Reduktion. Beide Auslegungsformen haben eine planwidrige Regelungslücke zur Voraussetzung.

a) Planwidrige Regelungslücke

Zur Bestimmung dieser Voraussetzung ist zunächst der Begriff der Lücke näher zu betrachten, anschließend der der Planwidrigkeit. Teilweise sind die Ebenen nicht genau zu trennen.

aa) Begriff der Lücke

Bereits der Begriff der Lücke hat eine Wertungsebene.¹²⁶ Eine Mauer kann nur deshalb als lückenhaft erkannt werden, weil dies dem Sinn und Zweck, eine Abgrenzung zu schaffen, nicht gerecht wird. Eine „Lücke“, um einen Eingang zu schaffen,

¹²³ BVerfG, Beschl. v. 11.6.1958 – 1 BvL 149/52, Rn. 22.

¹²⁴ BVerfG, Beschl. v. 6.6.2018 – 1 BvL 7/14.

¹²⁵ *Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaften*, 3. Aufl. 1991, S. 191 ff. und S. 232 ff.

¹²⁶ *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, S. 17 f.

wird nicht als Lücke erkannt. Dabei kann sich der Bewertungsmaßstab aus der Sache selbst oder einem externen Bezugspunkt ergeben.¹²⁷

Exkurs: Der Begriff der Lücke wird dabei von *Larenz* und *Canaris* unterschiedlich gebraucht. *Canaris* wendet den Begriff weit an und nutzt ihn auch zur Rechtfertigung einer gesetzesüberschreitenden Rechtsfortbildung.¹²⁸ Hier ergibt sich die für die Bestimmung der Lücke notwendige (planwidrige) Unvollständigkeit des Gesetzes nicht aus dem Plan des Gesetzes, sondern aus einem Vergleich mit der Gesamtrechtsordnung oder rechtsethischen Prinzipien.¹²⁹ *Larenz* hingegen benutzt den Begriff in den Vorauslagen nur für die Rechtfertigung der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung.¹³⁰

Gegen die Einteilung von *Canaris* kann eingewandt werden, dass das Gesetz nach Wortlaut und seinem Plan bei einer gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung gerade nicht lückenhaft ist. Allerdings muss auch dort von einer fehlenden oder „falschen“ Regelung ausgegangen werden, andernfalls wäre die Rechtsfortbildung schließlich nicht notwendig. Dies wird durch die Lückenmetapher recht gut abbildet. Kompliziert ist an der Begriffsbildung von *Canaris*, dass die Lücke dann einmal durch den Plan des Gesetzes definiert wird (bei der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung) und einmal anhand darüber hinaus gehender Wertungen (bei der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung). Das lädt zu Verwechslungen ein, weshalb die Einteilung von *Larenz* letztlich vorzuziehen ist.

bb) Planwidrigkeit

Bei der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung wird die Planwidrigkeit anhand des Planes des Gesetzes (also intern) beurteilt. Eine planwidrige Regelungslücke liegt vor, wenn nach dem Plan des Gesetzes der nicht geregelte Fall eigentlich geregelt sein müsste.

Die Planwidrigkeit zu definieren, ist schwierig. Eine solche kann jedenfalls nicht bei einem „beredten Schweigen“ des Gesetzgebers vorliegen. Wenn der Gesetzgeber einen Fall explizit nicht regeln wollte, dann liegt keine planwidrige Regelungslücke vor. Die Planwidrigkeit ist m.E. vorrangig vom Willen des Gesetzgebers her

¹²⁷ *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, S. 18.

¹²⁸ *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, S. 35 ff.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaften, 3. Aufl. 1991, S. 246 ff.

¹²⁹ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaften, 3. Aufl. 1991, S. 246 ff.

¹³⁰ Zitiert nach: *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaften, 3. Aufl. 1991, S. 246 Fn. 145.

zu bestimmen.¹³¹ Allerdings kann dies nicht allein an den Gesetzgebungsmaterialien erfolgen.¹³² Teleologische Aspekte und solche aus der historischen Entwicklung (Änderungen der Vorschrift, der gesellschaftlichen oder anderweitigen rechtlichen/tatsächlichen Grundlagen) müssen mit aufgenommen werden – zumindest als tatsächliche Vermutung, dass der Gesetzgeber diesen Fall wohl nicht gesehen hat.

In den Gesetzesmaterialien gibt es häufig keinen Hinweis auf das zu lösende Problem. Kann aus einem fehlenden Hinweis dann auf eine Planwidrigkeit geschlossen werden? Dies ist eine Frage des Einzelfalls. Teilweise kann von der Besonderheit des Falls und der fehlenden Aussage in den Gesetzgebungsmaterialien auf eine Planwidrigkeit geschlossen werden.¹³³ Das ist aber nicht immer möglich.

c) Interessenslage

Neben der planwidrigen Regelungslücke ist bei der Gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung eine zweite Voraussetzung zu erfüllen, die sich am Sinn und Zweck der Norm orientiert.

Für eine Analogie muss eine vergleichbare Interessenslage zwischen dem geregelten und dem ungeregelten Fall vorliegen. Bei der teleologischen Reduktion muss ein Fall vorliegen, der von Sinn und Zweck der Norm nicht mehr gedeckt ist (also quasi das Gegenteil zu einer Analogie).

Im Ausgangsfall wären die bereits mehrfach zitierten sehr kleinen und völlig ungefährlichen Hunde ein Fall für eine teleologische Reduktion. Der Wortlaut erfasst diese Hunde zwar. Aber der Sinn und Zweck der Vorschrift, die Öffentlichkeit zu schützen, macht ein Anwenden des Leinenzwangs bei objektiv ungefährlichen Hunden nicht nötig. Es könnte argumentiert werden, dass der Wortlaut also zu weit ist.

Gegen eine planwidrige Regelungslücke spricht, dass der Gesetzgeber den Fall gesehen hat, aber keine Ausnahmeregelung geschaffen hat. Andererseits wollte der Gesetzgeber diesen Fall ausnehmen. Hier dürfte beides vertretbar sein.

Ggf. liegt hier ein sog. „beredtes Schweigen“ vor. Der Gesetzgeber hat diese Konstellation gesehen, aber absichtlich keine Ausnahmegesetzgebung geschaffen. Es könnte

¹³¹ A.A. *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, S. 38.

¹³² Insoweit übereinstimmend zu: *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, S. 38 Fn. 39.

¹³³ SG Osnabrück, Urt. v. 26.8.2009 – S 16 AL 131/08, Rn. 47 (bezüglich der Gesetzgebungsmaterialien keine Ausführung, implizit vorausgesetzt); SG Osnabrück, Beschl. v. 18.1.2008 – S 16 AY 30/07 ER, Rn. 38 ff. mit Ausführungen zu den Gesetzgebungsmaterialien.

sich hier etwa aus späteren Dokumenten aus dem Gesetzgebungsverfahren ergeben, dass mit der Regelung eine möglichst einfache und klare Anwendung ermöglicht werden soll. Es solle gerade nicht jeder selbst entscheiden, ob sein Hund nun gefährlich ist oder nicht. Hier vermischen sich die Prüfungspunkte a und b.

Ein klassischer Fall für eine Rechtsfortbildung liegt vor, wenn sich ein neues Problem stellt. Wegen der vermehrten Wölfe in Deutschland gibt es mittlerweile wieder Hybriden zwischen Hund und Wolf. Wenn der Gesetzgeber diesen Fall nicht sehen konnte oder er bei Erlass des Gesetzes keine Rolle gespielt hat, ist eine planwidrige Regelungslücke naheliegend. Dies setzt aber voraus, dass man diese Hybriden nicht unter den Wortlaut „Hund“ subsumiert. Wird der Begriff in § 1 Abs. 1 des Gesetzes nach dem biologischen Fachterminus ausgelegt, wären derartige Hybride vom Gesetz erfasst.

Ein weiterer Fall der Analogie wäre eine Anwendung des § 1 Abs. 2 des Gesetzes auf andere Hunde, bei denen sich Bissvorfälle häufen.

2. Gesetzesübersteigender Rechtsfortbildung

a) Grundlage

Es gibt unterschiedliche Begründungsansätze für eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung. Teilweise wird auf eine Lückenhaftigkeit des positiven (geschriebenen) Rechts abgestellt. In der sog. Soraya-Entscheidung aus dem Jahr 1973 führte das BVerfG aus, dass das positive Recht nicht lückenlos sei.¹³⁴ Folge sei die Notwendigkeit zur Rechtsfortbildung.¹³⁵ Ebenfalls in der Soraya-Entscheidung griff das BVerfG darauf zurück, dass die Rechtsfortbildung auch daher seine Berechtigung habe, dass der Richter nach Art. 20 Abs. 3 GG nicht nur an das Gesetz (das geschriebene Recht), sondern auch an das Recht, als darüber hinausgehende verfassungsgemäße Rechtsordnung gebunden sei. Der Richter müsse Wertvorstellungen, die der verfassungsgemäßen Ordnung immanent seien, aber im geschriebenen Recht nur unvollständig zum Ausdruck gelangt seien, „ans Licht bringen“.¹³⁶

In neueren Entscheidungen hat das BVerfG diese Begründungsansätze nicht mehr fortgesetzt. Aktuell bezieht es sich eher auf pragmatische Argumente. Die Rechtsfortbildung gehöre „traditionell zu den Aufgaben der Rechtsprechung.“¹³⁷ Ähnlich

¹³⁴ BVerfG, Beschl. v. 14.2.1973 – 1 BvR 112/65, Rn. 38.

¹³⁵ Siehe dazu näher auch: *Kruse*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 65.

¹³⁶ BVerfG, Beschl. v. 14.2.1973 – 1 BvR 112/65, Rn. 38.

¹³⁷ BVerfG, Beschl. v. 26.11.2018 – 1 BvR 318/17, Rn. 29.

pragmatisch ist das Argument angelegt, dass der Gesetzgeber in den prozessualen Zuständigkeitsregelungen den obersten Gerichtshöfen des Bundes die Aufgabe der Rechtsfortbildung zuweise.¹³⁸

b) Grenzen der Rechtsfortbildung

Kriterien für eine Begrenzung der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung zu finden, ist schwierig. Letztlich geht es hierbei um Kompetenzabgrenzungen zwischen Legislative und Judikative. Zumeist wird hier eine Begrenzung durch Verfassungsrecht – Gewaltenteilung, Gesetzesbindung, Vorbehalt des Gesetzes – erörtert. M.E. ist eine Grenzziehung am besten aus der Gesetzesbindung möglich.¹³⁹ Auch wenn es schwierig ist, hier einzelne Kriterien zu finden, so lässt sich die Abgrenzung zwischen einer Rechtsfortbildung, die sich mit der Gesamtrechtsordnung noch ein Einklang bringen lässt und damit der Bindung des Richters an Gesetz und Recht noch entspricht und einem Judizieren contra legem (also gegen das Gesetz) in den meisten Fällen begründen.¹⁴⁰ Das BVerfG verwendet – wie bereits zitiert¹⁴¹ – seit 1997 die Formel, dass Rechtsfortbildung die gesetzgeberische Grundentscheidung und deren Ziele respektieren und den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung folgen müsse.¹⁴²

Letztlich muss diese Form der Rechtsfortbildung der absolute Ausnahmefall bleiben. Ganz auf diese Kategorie zu verzichten ist aber auch nicht möglich. Die früheren Rechtsinstitute der culpa in contrahendo (c.i.c.) und der positiven Vertragsverletzung (p.V.V.),¹⁴³ aber auch der Anspruch auf Schmerzensgeld bei der Verletzung des Persönlichkeitsrechts,¹⁴⁴ sind derartige Beispiele. Außerdem ist diese Art der Rechtsfortbildung zumindest eine soziale Realität und bedarf deshalb auch der Regulierung (Machtbegrenzung, Gewaltenteilung). Ggf. ist diese Form der Rechtsfortbildung auch einfach ein Nutzen der faktischen Möglichkeit der Obergerichte. Wird die Rechtsfortbildung dann anerkannt, wird sie nachträglich legitimiert.

¹³⁸ BVerfG, Beschl. v. 26.11.2018 – 1 BvR 318/17, Rn. 29.

¹³⁹ Das ist auch die gängigste Begründung, siehe dazu die Nachweise bei: *Kruse*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 80 ff.; zu einem alternativen Ansatz einer Grenzziehung aus dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes siehe: *Kruse*, S. 141 ff.

¹⁴⁰ Kritisch hierzu: *Kruse*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 83 ff.

¹⁴¹ Siehe II. 5. a).

¹⁴² Zuletzt: BVerfG, Beschl. v. 26.11.2018 – 1 BvR 318/17, Rn. 30 m.w.N.

¹⁴³ Zur c.i.c.: *Emmerich*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, 35 ff.; zur p.V.V. etwa: BGH, Urt. v. 4.3.1982 – I ZR 107/80.

¹⁴⁴ BVerfG, Beschl. v. 14.2.1973 – 1 BvR 112/65 – Soraya.

c) Verhältnis zur verfassungskonformen Rechtsfortbildung

Die Fälle der verfassungskonformen Rechtsfortbildung und der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung dürften sich in Teilen überschneiden. Wenn die Lücke, die nicht anhand des Planes des Gesetzes gefunden werden kann, sich im Vergleich mit der verfassungsmäßigen Ordnung als Werteordnung ergibt, dürften die Argumentationsformen vollständig übereinstimmen. Nicht immer wird bei der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung aber mit der Verfassung argumentiert.

IV. Fazit

Die Untersuchung hat gezeigt, welche unterschiedlichen Formen der Auslegung und Rechtsfortbildung in der Rechtswissenschaft üblicherweise herangezogen werden. Sie hat gewisse Ambivalenzen aufgezeigt. Auslegung und Rechtsfortbildung sind nicht völlig frei von subjektiven Präferenzen und Vorwertungen.¹⁴⁵ Sinn und Zweck einer methodengerechten Begründung und von Methodenlehre selbst kann in einem solchen Fall nur sein, diese Wertungselemente offen zu legen. Hierfür ist allerdings eine genaue Kenntnis der Instrumente der juristischen Argumentation notwendig. Andernfalls können solche Wertungen hinter allgemein gültig klingenden Aussagen „versteckt“ werden. Neben dem positiven Effekt für das Verständnis von Meinungsstreitigkeiten in der Jurisprudenz kann die Methodenlehre also auch eine Hilfe sein, Entscheidungen besser zu verstehen und die dahinterstehenden Wertungen besser zu begreifen und einzuordnen.

¹⁴⁵ Siehe dazu ausführlich: *Greiser*, ZfSH/SGB 2014, 599 ff.; *ders.*, VSSR 2014, 241 ff.

Beitrag zur römischen Rechtsgeschichte

Zum Verhältnis von Recht und Geschichtsschreibung – Juristische Begrifflichkeiten außerhalb der juristischen Quellen am Beispiel der völkerrechtlichen *deditio* überliefert von Titus Livius (Liv. 1.38.1-3; 36.27-28)¹

Einleitung – Rechtsgeschichte im Studienplan

*Historia vero testis temporum, lux veritatis, vita memoriae, magistra vitae, nuntia vetustatis.*²

Mit dem Einstieg in die römische Rechtsgeschichte betreten Studierende der Rechtswissenschaften einen meist neuen und ungewohnten Weg, welcher jedoch, sofern die Studierenden dies zulassen, einen Weg eröffnet, der das dogmatische Verständnis der modernen Jurisprudenz zu erleichtern vermag. Dabei handelt es sich bei dem dogmatischen Verständnis um die Rechtsdogmatik, also um die Wissenschaft vom hier und jetzt geltenden Recht. Währenddessen befasst sich die Rechtsgeschichte mit dem Recht der Vergangenheit. Die Rechtsgeschichte definiert sich letztlich als die Rechtsdogmatik des heute nicht mehr geltenden Rechts.³ Innerhalb der Rechtsgeschichte wird zumeist zwischen der deutschen Rechtsgeschichte und der römischen Rechtsgeschichte unterschieden. Nicht nur zum besseren dogmatischen Verständnis, sondern auch wegen der Tatsache, dass das römische (Privat-)Recht die abendländische Rechtskultur nachhaltig geprägt hat, gehört die Vermittlung dieser Materie zum Grundstock einer vollständigen Juristenausbildung.⁴

Warum nun jedoch in einem Studienplan der „modernen“ Rechtswissenschaft, welcher neben Vorlesungen wie Schuldrecht, Handelsrecht oder auch Rechtsinformatik, auch die (antike) Rechtsgeschichte gelehrt werden soll, erscheint gerade dann als logisch und vor allem fördernd, wenn man sich die Entwicklung und die Vorgängerinstitute unserer modernen Rechtswissenschaft anschaut. An dieser Stelle kann bereits vorweggenommen werden, dass unserer heutiges Bürgerliches Gesetzbuch

¹ Der vorliegende Beitrag basiert auf dem Referat des Autors, welches im WiSe 2019/20 im Seminar zum römischen Recht unter der Leitung von Frau Prof. Dr. Dr. h.c. Tiziana Chiusi gehalten wurde.

² Die Geschichte ist die Zeugin der Zeiten, das Licht der Wahrheit, das Leben der Erinnerung, die Lehrerin des Lebens, die Kündlerin der alten Zeit, *Marcus Tullius Cicero*, *De Oratore*, Buch II, 36.

³ *Muthorst*, *Grundlagen der Rechtswissenschaften*, 2. Aufl. München 2020, § 2 Rn. 28.

⁴ *Kaser/Knütell/Lohsse*, *Römisches Privatrecht*, 22. Aufl. München 2021, Vorwort zur 16. Auflage.

(BGB), welches am 1. Januar 1900 in Kraft getreten ist, als ein Ergebnis resultierend aus der Auseinandersetzung mit dem römischen Privatrecht anzusehen ist.⁵ Das römische Rechtssystem und die von den Juristen entwickelten Normen, bilden das Grundgerüst, das die Zivilrechtsgesetzbücher Kontinentaleuropas und die ihnen nachempfunden Kodifikationen gemein haben.⁶

Des Weiteren lassen sich viele *termini technici* des römischen Privatrechts finden, die auch heute noch in der juristischen Alltags- bzw. Fachsprache zur Anwendung kommen. Man denke hierbei vor allem an: die *rei vindictio*⁷, der Herausgabeanspruch des Eigentümers gegen den Besitzer ohne Recht zum Besitz (§ 985 BGB); die *actio negatoria*⁸, die Klage des Eigentümers wegen Eingriffs in das Eigentum (§ 1004 BGB); die *condictio indebiti*⁹, der Rückforderungsanspruch aus einer ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB).

Den Zugang zum römischen Recht ermöglicht die Methode der Exegese antiker Rechtsquellen. Diese Texte sind in der Regel juristischer Natur, allerdings enthalten zuweilen auch literarische Texte Informationen zu Rechtsinstituten der Antike. Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich anhand der völkerrechtlichen *deditio* mit juristischer Materie, die außerhalb der klassischen juristischen Literatur geschrieben wurde. Anhand zweier Stellen des Geschichtenschreibers Titus Livius soll dem Leser exemplarisch eine Exegese von Textstellen nahegebracht werden. Dies stellt somit eine Vorlage für Seminararbeiten im Römischen Recht dar, wo zumeist anhand einer Exegese von Digestenstellen ein juristisches Problem analysiert werden soll. Der Beitrag dient daher dem interessierten Leser für Römische Rechtsgeschichte und der Arbeit an juristischen, aber auch an außerjuristischen Texten aus der Zeit der Römer. Zu den einzelnen Bestandteilen einer Exegese finden sich entsprechende **Hinweise** in den Fußnoten.

⁵ Waldstein/Rainer, Römische Rechtsgeschichte, 11. Aufl. München 2014, § 44 Rn. 35; Zahn, Einführung in die Quellen des römischen Rechts, in: JURA 2015, S. 448.

⁶ Harke, Römisches Recht, 2. Aufl. München 2016, S. 2.

⁷ *Ubi rem meam invenio, ibi vindico* – Wo auch immer ich meine Sache finde, kann ich diese vindizieren.

⁸ Vgl. Ulp. D. 8.5.8.5–7.

⁹ Vgl. Ulp. D. 12.6.1.1: *Et quidem si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condictere potest* – Wenn nämlich jemand irrtümlich etwas Nichtgeschuldetes geleistet hat, kann er es mit dieser Klage kondizieren.

A. Der Geschichtsschreiber Titus Livius¹⁰

Die beiden zu besprechenden Textstellen stammen von dem römischen Geschichtsschreiber Titus Livius. Livius wurde vermutlich im Jahr 59 v. Chr. im heutigen Padua (*Patavium*) geboren und verstarb auch dort im Jahr 17 n. Chr.¹¹

Der im Jahr 14 n. Chr. verstorbene Kaiser Augustus hinterließ ein nach innen und außen gefestigtes Imperium Romanum. Die Bürgerkriege gehörten der Vergangenheit an und die neue Regierungsform, das Prinzipat, war etabliert. Kurze Zeit später erschienen die letzten Bände des monumentalsten Geschichtswerks, das in Rom je veröffentlicht wurde. Die ersten Bücher dieses Werkes, welches 142 Bände umfassen sollte, kamen mehr als 40 Jahre vor dem Tod des Augustus „auf den Markt“. Es war zu der Zeit erschienen, als Augustus gerade seinen Rivalen Antonius ausgeschaltet und begonnen hatte, seine Herrschaft aufzubauen. Das Werk hat somit eine enge Bindung zur Regierungs- und Lebenszeit des Augustus. Der Titel des Werkes lautet *Ab urbe condita* (Seit der Gründung der Stadt) und erzählt die Geschichte Roms von den Anfängen bis zum Jahr 9 v. Chr. Das Werk hätte wohl noch weitere Bücher umfassen sollen, jedoch stellte sich der Tod des Autors dem entgegen. Von den insgesamt 142 Büchern sind heute jedoch nur die Bücher 1-20 und 21-45 erhalten. Der Inhalt der übrigen Bücher ist heute nur durch die *periochae* (Inhaltsangaben), *epitomae* (Auszüge) und Bruchstücke bekannt.¹²

Titus Livius bildet mit Sallust und Tacitus die Klassiker-Trias der römischen Geschichtsschreibung. Obwohl kein anderer als Livius das Bild des glorreichen römischen Reiches während der republikanischen Zeit mehr prägte, entspricht Livius nicht dem üblichen Bild eines Historikers. Sich mit der Geschichte zu befassen war ursprünglich die Aufgabe der Politiker. Livius hatte jedoch kein Interesse an einer politischen Karriere und strebte auch keinen Sitz im Senat an. Obwohl sich für seine Recherche längere Aufenthalte in Rom nicht vermeiden ließen, arbeitete er am liebsten an seinem Schreibtisch in seiner Heimat Padua. Livius wahrte eine gewisse Distanz zu den Dingen und konnte somit im Vergleich zu Tacitus tatsächlich *sine ira et studio* (wörtlich: „ohne Zorn und Eifer“, d. h. sachlich und objektiv) schreiben. Auch wenn sich Livius zu Beginn seines Werkes noch nicht vorstellen konnte, mit welchen Stoffmengen er später zu kämpfen hatte, ließ er sein Ziel, nämlich zu zeigen, durch welche Männer und welche Eigenschaften Rom zu solcher Größe

¹⁰ **Hinweis:** Zu Beginn der Exegese steht die **Inskription**, also eine kurze Darstellung des Autors, sowie der zu analysierenden Textstelle. Hier gilt es, eine kurze Biografie und die wichtigsten Werke oder Tätigkeiten darzustellen.

¹¹ *Zimmermann*, Metzler Lexikon antiker Literatur, Heidelberg 2004, S. 111.

¹² *von Albrecht*, Geschichte der Römischen Literatur, 3. Aufl. Berlin/Boston 2012, S. 704.

gelangte, nicht aus dem Blick.¹³ Die Hauptquellen von *Ab urbe condita* sind die Werke der alten Annalisten, aus denen sich Livius großzügig bediente und die später aus den römischen Buchhandlungen verschwanden. Livius wurde zum Sachwalter des kollektiven Gedächtnisses der Römer und ihrer Geschichte.¹⁴

B. Livius 1.38.1-3¹⁵

Collatia et quidquid citra Collatim agri erat, Sabinis ademptum; Egerius - fratris hic filius erat regis - Collatiae in praesidio relictus. Deditosque Collatinos ita accipio eamque deditiois formulam esse: rex interrogavit: „Estisne vos legati oratoresque missi a populo Collatino, ut vos populumque Collatinum dederetis?“ „Sumus.“ „Estne populus Collatinus in sua potestate?“ „Est.“ „Deditisne vos populumque Collatinum, urbem, agros, aquam, terminos, delubra, utensilia, divina humanaque omnia in meam populique Romani dicionem?“ „Dedimus.“ „At ego recipio.“

Bello Sabino perfecto Tarquinius triumphans Romam redit.

Collatia und alles Land diesseits von Collatia wurde den Sabinern weggenommen; Egerius, der Neffe des König, blieb mit einer Besatzung in Collatia zurück. Ich höre, die Bewohner von Collatia hätten sich folgendermaßen ergeben und die Übergabeformel habe folgenden Wortlaut: Der König stellte die Frage: „Seid ihr als Gesandte und Sprecher vom Volk von Collatia geschickt worden, um euch und das Volk von Collatia zu übergeben?“ - „Ja, das sind wir.“ - „Ist das Volk von Collatia sein eigener Herr?“ - „Ja, das ist es.“ - „Gebt ihr euch und das Volk von Collatia, die Stadt, das Land, das Wasser, die Grenzsteine, die Heiligtümer, die Geräte und alles, was Göttern und Menschen gehört, in meine und des römischen Volkes Gewalt?“ - „Ja, das tun wir.“ - „Und ich nehme die Übergabe an.“

Nach Beendigung des Sabinerkrieges kehrte Tarquinius nach Rom zurück und feierte einen Triumph.

¹³ *Schütze*, Metzler Lexikon antiker Autoren, Heidelberg 1997, S. 408 ff.

¹⁴ *Zimmermann* (Fn. 11), S. 10; *Schütze* (Fn. 13), S. 410.

¹⁵ Übersetzung aus *Hillen*, T. Livius Römische Geschichte Buch I-III, 2. Aufl. München 1991, Buch I.38.1-3. **Hinweis:** Der zu analysierende Text (auf Latein) und eine deutsche Übersetzung.

I. Paraphrase¹⁶

Eine Gesandtschaft des Volkes von Collatia tritt vor den König. Dieser fragt daraufhin, ob es sich bei der Gesandtschaft um gewählte Sprecher des Volkes der Collatia handele und ob diese gekommen seien, um sich und das Volk zu ergeben. Die Gesandten bejahen dies, worauf der König fragt, ob das Volk der Collatia unter eigener Gewalt stehe, was ebenfalls positiv beantwortet wird. Als nächstes fragt der König, ob sich die Collatia sowie ihr Hab und Gut in seine und somit in die Gewalt der Römer geben wollten. Dies wird erneut bejaht, worauf der König „die Übergabe“ annimmt.

II. Historischer Hintergrund¹⁷

1. Sabiner

Die Sabiner waren unmittelbare Nachbarn der Römer und stammten von den Umbrenn, einem Volk in den Sabiner Bergen des Apennins, ab. Zu Beginn des 5. Jahrhunderts v. Chr. stellten sie für Rom eine der Hauptgefahren dar, weil sie die Via Salaria (Salzstraße), einen wichtigen Handelsweg, beherrschten und Rom unmittelbar bedrohen konnten. Im Jahr 268 v. Chr. erhielten sie die *civitas Romana* (römisches Bürgerrecht), nachdem sie 290 v. Chr. endgültig unter die Herrschaft Roms gefallen waren.¹⁸

Bekanntheit erlangten die Sabiner unter anderem durch die von Livius überlieferte Sage über den „Raub der Sabinerinnen“.¹⁹

2. Collatia

Collatia war eine antike Stadt in der Region Latium (Mittelitalien) und lag an der nach ihr benannten Via Collatina. Die Stadt ist vor allem durch die Sage um die Vertreibung des letzten römischen Königs Lucius Tarquinius Superbus im Jahr 509 v. Chr. bekannt geworden. Titus Livius vermutete, dass die Stadt von den Sabinern bewohnt gewesen war und von Rom erobert wurde.²⁰ Der Sage zufolge lebte dort Lucius Tarquinius Collatinus mit seiner Frau Lucretia. Lucretia beging nach der

¹⁶ **Hinweis:** In der **Paraphrase** wird die zu besprechende Stelle in eigenen Worten zusammengefasst. Sie dient dazu, die meist komplizierten Sachverhalte kurz und in eigenen Worten wiederzugeben.

¹⁷ **Hinweis:** Hier werden die im Text genannten Begrifflichkeiten definiert und erklärt.

¹⁸ Pallottino, Italien vor der Römerzeit, München 1987, S. 109 ff; Ogilvie, Das frühe Rom und die Etrusker, München 1983, S. 118 f.

¹⁹ Pallottino (Fn. 19), S. 109 ff.; Liv. 1.9-13.

²⁰ Liv. 1.38.

Vergewaltigung durch Sextus Tarquinius, einem Sohn des Königs, Suizid.²¹ Nach der Aufbahrung des Leichnams auf dem Forum wiegelte Lucius Iunius Brutus das Volk gegen Lucius Tarquinius Superbus auf, was schließlich dazu führte, dass er aus Rom vertrieben wurde. Collatinus und Brutus sollen demnach die ersten Konsuln Roms gewesen sein.²²

3. Lucius Tarquinius Superbus

Lucius Tarquinius Superbus starb um das Jahr 496 v. Chr. und stammte aus der Familie der Tarquinier und war der siebte und zugleich letzte König Roms. Das Cognomen²³ Superbus bedeutet „der Hochmütige“ und wurde später hinzugefügt. Seine Regentschaft dauerte von 534 v. Chr. bis zu seiner Verbannung aus Rom im Jahr 509 v. Chr. Tarquinius gehört zu den drei etruskischen Königen und gilt als Enkel des römischen Königs Tarquinius Priscus. Er war mit der Tochter des Servius Tullius, dem sechsten König Roms, verheiratet. Bereits kurz nach der Vermählung stürmte Lucius Tarquinius mit seinen Anhängern die Kurie und berief den Senat ein. Er stieß demnach den Servius Tullius die Treppenstufen der Kurie hinab und ließ ihn ermorden. Nach dem Mord an S. Tullius schaltete Tarquinius seine innenpolitischen Gegner und alle potentiellen Rächer für den Mord an S. Tullius systematisch aus und machte politische Reformen seines Vorgängers rückgängig.

Die Verbannung des Tarquinius markiert in der Historie Roms das Ende der Königsherrschaft und die Geburtsstunde der römischen Republik.²⁴

In den späteren Latinerkriegen soll Tarquinius mit etruskischer und lateinischer Hilfe versucht haben, die Macht über Rom zurückzuerobern.²⁵

4. Egerius

Arruns Tarquinius, genannt Egerius, war ein Mitglied der königlichen Familie im antiken Rom.²⁶ Egerius war der Sohn von Arruns Tarquinius und Enkel des Demaratus von Korinth. Egerius kam erst nach dem Tod seines Vaters und Großvaters zur Welt, so dass das Vermögen aus der Erbschaft an den Bruder von Arruns fiel. Aus

²¹ Fögen, Römische Rechtsgeschichte. Über Ursprung und Evolution eines sozialen Systems, Göttingen 2002, S. 21 ff.; Kowalewski, Frauengestalten im Geschichtswerk des T. Livius, 2002, S. 133.

²² Liv. 1.57-60.

²³ Kognomen: dritter Bestandteil in Namen von Personen im antiken Rom.

²⁴ Dixon-Kennedy, Encyclopedia of Greco-Roman Mythology, Santa Barbara (California) 1998, S. 289; Ogilvie (Fn. 19), S. 105 f.

²⁵ Liv. 2.18.2.; Nack/Wägner, Rom. Land und Volk der alten Römer, Wien 1976, S. 20 ff.

²⁶ Liv. 1.34, 1.57-60.

dieser Tatsache folgert auch der Name „Egerius“. Der Neffe von Lucumo wurde wegen seiner Armut Egerius (der Bedürftige) genannt. Als Lucumo später unter dem Namen Lucius Tarquinius Priscus römischer König wurde, erhielt Egerius von ihm die Herrschaft über die Stadt Collatia und nahm daraufhin den Beinamen Collatinus an. Sein Sohn war Lucius Tarquinius Collatinus, der spätere Mann der Lucretia.²⁷

III. Interpretation²⁸

1. Der Begriff *deditio* (Sich-Ergeben, Übergabe, Auslieferung)

Unter der *deditio* (Sich-Ergeben, Kapitulation, Übergabe, Auslieferung, Aufgabe, Preisgabe, Aushändigung, Unterwerfung, Selbsthingabe) versteht sich der antike völkerrechtliche Vorgang, durch welchen die unbedingte Herrschaftsgewalt über ein fremdes Gemeinwesen mit dessen Einwilligung auf Rom übergeht. Unter dem Begriff der *deditio* versteht man den gesamten Prozess einer Übergabe, der notwendigerweise in einem realen Handlungsablauf besteht. Während eines Krieges war die *deditio* die Voraussetzung für einen Friedensschluss und während des Friedens war sie Bedingung für den Schutz durch Rom.²⁹

2. *formula deditio*

Von diesem realen Handeln hebt sich deutlich der mündliche Akt in Form der *formula deditio* ab. Es handelt sich hierbei um den in Worten gebrachten Akt zwischen dem römischen Imperiumsträger³⁰ und den Vertretern der betreffenden Gemeinde.³¹ Wie auch der römische Rechtsakte der *stipulatio*³² bedient, sich die *deditio* der Frage-Antwort-Form. Der eine Teil erklärt sich darin bereit, der römischen Herrschaftsergreifung keinen Widerstand entgegenzustellen und der andere tut seinen Willen kund, die Herrschaft über den anderen zu übernehmen. Hierbei ist es für die *deditio* charakteristisch, dass der „Erwerber“ die Frage so formuliert, dass der „Verlierer“

²⁷ Cancik/Schneider, Der neue Pauly, Enzyklopädie der Antike, Band 3, Stuttgart 2003, S. 889; Liv. 1.38.1.

²⁸ Hinweis: Herzstück der Exegese ist die **Interpretation**. Hier wird analysiert, was der Kerngehalt der Textstelle ist und welche Probleme wie dargestellt und eventuell gelöst werden.

²⁹ Badrian, „Deditio“, in: Cancik/Schneider (Fn. 28); Timpe, Rechtsformen der römischen Außenpolitik bei Caesar, Berlin 1972, S. 288 ff.

³⁰ Imperium: Im weitesten Sinne die allgemeine militärische Kommandogewalt eines Befehlshabers; im engeren Sinne die Befehlsgewalt der höchsten Beamten Roms (Konsuln, Praetor, Magister).

³¹ Heuss, Die völkerrechtlichen Grundlagen der römischen Außenpolitik in republikanischer Zeit, Leipzig 1933, S. 60.

³² Harke (Fn. 6), § 6 Rn. 30 ff.; § 4 Rn 1 f.; Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 4), § 7 Rn. 20; näheres dazu unter B. III. 5.

sie lediglich mit „ja“ beantworten konnte. Von der Erwerberseite lassen sich demnach drei Fragen herauskristallisieren:³³

Erste Frage: Zunächst stellt der „Erwerber“ die Frage, ob die Gesandten auch das Recht besäßen, für das Gemeinwesen die *deditio* auszusprechen. Es wird also zunächst nach der Legitimation der Gesandten gefragt.³⁴ Hierin kann auch die Frage nach einer Art „Vollmacht“ verstanden werden.

Zweite Frage: Nach dem römischen Legalismus muss anschließend geklärt werden, ob das Gemeinwesen eine völkerrechtliche Selbstständigkeit aufweist. Damit soll abgesichert werden, dass Rom nicht in einem fremden Rechtskreis eingreift. Der Staat muss also *in sua potestas*, also souverän sein.

Dritte Frage: Bei der eigentlichen Deditionsfrage sollen in einer Aufzählung alle dedierten Gegenstände benannt werden.

Annahme: Erst nach den bejahenden Antworten erfolgt die Übergabe, die mit der Annahme durch den römischen Imperiumsträger endet. Hier wird nicht ohne Grund das Verb *recipere*³⁵ verwendet. Es lässt eine Garantenstellung des Annehmenden erkennen.

Die Fixierung des Deditionsformulars offenbart nicht nur die Übergabe der drei Rechtskategorien (*res publicae, privatae und sacrae*), sondern nennt den bestimmenden Wesenszug dieser drei Gruppen im Einzelnen: Der Verlust der *potestas*³⁶ bedeutet den Verzicht auf die *potestas* über *urbs, agri*³⁷, *aqua, humanque omnia publica*³⁸. Die *res sacrae* hören auf dem Dedierten zu gehören. Dem Sieger liegt somit das Ermessen über Staats- und Privatrecht in den Händen.³⁹

3. Bedingungen

Zum Abschluss einer *deditio* lassen sich drei Bedingungen nennen, die auf der Seite des Gegners verpflichtend wirken und den realen Vollzug der *deditio* absichern

³³ Nörr, Die Fides im römischen Völkerrecht, Heidelberg 1991, S. 14.

³⁴ Dahlheim, Struktur und Entwicklung des römischen Völkerrechts im dritten und zweiten Jahrhundert v. Chr., Band I, München 1968, S. 3.

³⁵ Nörr (Fn. 34), S. 14 ff.

³⁶ i.S.d. römischen Amtsgewalt.

³⁷ Der „Boden“ des dedierten Gemeinwesens wird nach römischen Beuterecht Eigentum des römischen Staates, vgl. hierzu Kaser, Die Typen der römischen Bodenrechte in der späteren Republik, in: SZ 62 (1942) S. 57, der dort auf Textstellen von Livius und Polybios verweist.

³⁸ sich zurückziehen, zurückweichen, zurückkehren; Nörr (Fn. 34), S. 14.

³⁹ Dahlheim, Deditio und societas: Untersuchungen zur Entwicklung der römischen Außenpolitik in der Blütezeit der Republik, München 1965, S. 1 ff.

sollen, so dass der Sieger keiner „Schein-*deditio*“ zum Opfer fällt. Diese Bedingungen gingen dem eigentlichen Übergabeprozess zeitlich voraus.⁴⁰

Erste Bedingung: Die erste Bedingung besagt, dass der zur *deditio* bereite Staat seine Waffen abgeben muss, was den Schutz vor Hinterhalten sichern sollte.

Zweite Bedingung: Des Weiteren müssen alle feindlichen Führer ausgeliefert werden.

Dritte Bedingung: Es mussten Geiseln gestellt werden.

Die Lehre, dass solche *deditiones* eine eigene Klasse darstellen, etwa eine Klasse der *deditio conditionata* wurde von TAÜBLER⁴¹ abgewiesen. Diese abgelehnte Lehre sieht neben der bedingungslosen *deditio* diese auf Vorbedingungen beruhende *deditio* als eigene Art. Es ist jedoch eher so, dass alle Bedingungen in den Vorgang der *deditio* gehören, und zwar in der Weise, dass diese rechtlich und zeitlich vor dem Deditionsabschluss liegen. Geht der Besiegte nicht auf die Bedingungen der *deditio* ein, so entfällt diese und der Krieg geht weiter.⁴²

Als eine besondere Form der Vorbedingung gilt der Grundsatz, dass das Deditionsangebot nur rechtzeitig erfolgen kann, bevor der Sturmbock die Stadtmauer berührt hat: *se [...] civitatem conservaturum, si, prius quam murum aries attigisset, se dedissent [...]*.⁴³

Hier könnte nun die Frage aufkommen, ob in dem vorangestellten Text eine *deditio* in diesem Sinne überhaupt noch möglich war, da bereits von einer Art Eroberung gesprochen wurde:

*Collatia et quidquid citra Collatim agri erat, Sabinis ademptum [...] Collatiae in praesidio relictus.*⁴⁴

Es könnte nun hierbei die Vermutung aufkommen, dass es sich bei der vorliegenden Quelle um einen Beweis dafür handle, dass die *deditio* auch dann noch vollzogen werden könne, wenn die Eroberung bereits begonnen hatte.

⁴⁰ Nörr, Aspekte des römischen Völkerrechts: Die Bronzetafel von Alcántara, München 1989, S. 44.

⁴¹ Täubler, Imperium Romanum. Studien zur Entwicklungsgeschichte des Römischen Reiches, Band 1: Die Staatsverträge und Vertragsverhältnisse, Leipzig 1913, S. 19.

⁴² Dahlheim (Fn. 35), I, S. 8 f.

⁴³ Caesar, bellum Gallicum, 2.32.: [...] Er wolle ihrem Stamm mehr nach seiner Gewohnheit, als weil sie es verdient hätten, schonen, wenn sie sich vor dem ersten Stoß des Sturmbocks an ihre Mauer ergäben [...].

⁴⁴ Collatia und alles Land diesseits von Collatia wurde den Sabinern weggenommen [...] blieb mit einer Besatzung in Collatia zurück.

Wahrscheinlicher ist jedoch, dass hier das Ergebnis der *deditio* aus literarischen Gründen vorangestellt wurde und es weiterhin bei der Voraussetzung bleibt, dass die *deditio* zeitlich nur vor einer Eroberung erklärt werden konnte.⁴⁵

Angeboten wird die *deditio* von bevollmächtigten Gesandten des sich dedierenden Staates („*oratores*“). Angenommen wird die *deditio* von dem Imperiumsträger: In der Regel von dem Konsul, Praetor oder seit 326 v. Chr. durch den Promagistrat, da im Kriegszustand zunächst durch sie die römische Staatsgewalt zum Ausdruck kommt.⁴⁶ Vor der republikanischen Zeit wurde die *deditio* von dem herrschenden König angenommen.⁴⁷ Ein Deditionsabschluss vor dem Senat erfolgte nur bei einer *deditio* im Frieden. Dies ist auch der Tatsache geschuldet, dass nur in Zeiten des Friedens sich eine Gesandtschaft des sich dedierenden Staates nach Rom vorwagen konnte. Eine Mitwirkung des Staatsvolkes ist nicht überliefert und nach dem Wesen der Sache auch nicht anzunehmen, da der Staat den Verzicht auf die Existenz des eigenen Staates des Dedierten zugunsten Roms annahm.⁴⁸

4. Zweck und Rechtswirkung der *deditio*

Zweck der Übergabe in die Entscheidungsgewalt Roms war es, zwar im Angesicht der drohenden Niederlage aber dennoch freiwillig (*sua voluntate*), die Folgen der *occupatio bellica*⁴⁹ abzuwenden.⁵⁰ Rechtswirkung der *deditio* ist die gleiche wie bei einer Eroberung.⁵¹ Die enge Verwandtschaft der *deditio* zur Eroberung kommt bereits durch die Formulierung der *formula deditiois* zum Ausdruck, worin es heißt, dass nicht nur die öffentliche Gewalt und das öffentliche Eigentum des sich dedierenden Staates in die Gewalt – *in dicionem* – der Römer fällt, sondern dass sich die Verfügungsgewalt über alles erstreckt. Der dedierte Staat existiert fortan nicht mehr als eigenes Rechtssubjekt.⁵² Der dedierte Staat wird jedoch dadurch nicht zu einem juristischen Nichts. Das Gemeinwesen behält eine juristisch gerade noch fassbare Existenz, die sich etwa im Fortbestand gewisser Magistraturen, der Befugnis, Gesandtschaften zu senden, der Weiterexistenz einer zumindest rudimentären Rechtsordnung zeigt.⁵³

⁴⁵ Nörr (Fn. 41), S. 44 ff.

⁴⁶ Bleicken, Die Verfassung der Römischen Republik, 7. Aufl. Paderborn 1995, S. 116 f.; Nörr (Fn. 41), S. 44 ff.

⁴⁷ Nörr (Fn. 41), S. 44 ff.; Liv. 1.38.1-3.

⁴⁸ Dahlheim (Fn. 35), I, S. 10 f.

⁴⁹ *occupatio bellica* bezeichnet eine kriegerische/militärische Besetzung von feindlichem/fremden Staatsgebiet.

⁵⁰ Dahlheim (Fn. 35), S. 11 f.

⁵¹ Täubler (Fn. 42), S. 15; Kaser (Fn. 38), S. 57.

⁵² Ziegler, Völkerrechtsgeschichte, 2. Aufl. München 2007, § 9 II 2 c.

⁵³ Nörr (Fn. 41), S. 17.

Der Unterschied zu einer Eroberung liegt also lediglich in der Art und Weise, wie die Herrschaft begründet wird. Bei der *deditio* fällt so dann die kriegerische Gewalttätigkeit weg, was letztlich auch deren Sinn entsprach. Die spätere Rechtslage ist jedoch bei einer Eroberung oder bei einer *deditio* identisch: [...] *captas non deditas diripi urbes*, [...].⁵⁴

Keine Folge der *deditio* war es jedoch, dass der Dedierte eine Garantie für eine schonende oder verschonende Behandlung erhielt. Der Akt enthielt nämlich nur die Übergabe der Herrschaftsgewalt. Der Gebrauch der Herrschaftsgewalt oblag dem Belieben des Siegers.

Ein weiteres Vorkommen der *deditio* ist außerhalb des öffentlichen Rechts im römischen Privatrecht zu beobachten. Der durch ein Delikt Verletzte hat ein Recht auf Vergeltung gegen die Person des Täters, auch wenn dieser ein Hauskind oder Sklave ist. Kam es nun zu der Konstellation, dass ein Gewaltunterwerfener ein solches Delikt verursachte, so konnte das Opfer nur auf ihn zugreifen, wenn der Hausvater diesen freigab. Stellte sich der Hausvater einem solchen Zugriff entgegen, so kollidieren Haftungsgewalt mit der Hausgewalt und es kommt dazu, dass der Verletzte die Deliktsklage als *actio noxalis* erhält.⁵⁵ Diese richtet sich gegen den Gewalthaber und stellt ihn vor die Wahl, entweder die auf die Tat gesetzte Buße zu bezahlen oder den Täter dem Verletzten auszuliefern – *noxae deditio*.⁵⁶

Die *noxae deditio* ist im Vollzug an die Form der *mancipatio* oder der *in iure cessio* gebunden.⁵⁷

5. Die Rechtsnatur der *deditio*

Wie bereits dargestellt, weisen die *deditio* und die Eroberung die gleiche Rechtswirkung auf. Die Forschung von THEODOR MOMMSEN⁵⁸ und EUGEN TÄUBLER⁵⁹ will die *deditio* gleichzeitig als einen Vertrag bezeichnen.⁶⁰ Anlass für diese Forschung war eine äußerliche Ähnlichkeit der *deditio* mit der *stipulatio*. Die *stipulatio* ist ein mündliches Schuldversprechen und besteht aus der Frage des Gläubigers, ob der

⁵⁴ Liv. 37.32.12: [...] man plündert Städte, die erobert worden seien, aber nicht solche, die sich ergeben hätten [...].

⁵⁵ Kaser/*Knütel/Lohsse* (Fn. 4), § 15 Rn. 12; Kaser, Das römische Privatrecht, erster Abschnitt, das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, 2. Aufl. München 1971, § 42 I.

⁵⁶ Kaser/*Knütel/Lohsse* (Fn. 4), § 50 Rn. 12ff.

⁵⁷ Kaser (Fn. 56), § 42 I.

⁵⁸ Mommsen, Römische Staatsrecht, Band 3.1, 3. Aufl. 1887, S. 55 ff.

⁵⁹ Täubler (Fn. 42), S. 14 ff, der auf S. 14 in Fn. 1 von einer *deditio* ohne einen vorangegangenen Krieg spricht.

⁶⁰ Zusammenfassend und verweisend bezgl. dieses Streits siehe Baltrusch, Außenpolitik, Bünde und Reichsbildung in der Antike, München 2008, S. 123.

Schuldner ihm die genau bezeichnete Leistung verspricht.⁶¹ Diese Form, also Frage und Antwort, findet sich auch in der Deditionsformel wieder. Hierbei darf jedoch nicht übersehen werden, dass sich bei der *deditio* die Formel von ihrer Struktur her nicht in An- und Widerrede erschöpft, sondern dass die *formula deditiois* ihren Abschluss in der selbstständigen Behauptung des Siegers findet – *at ego recipio*.⁶²

Nicht zu verkennen ist weiterhin der sachliche Unterschied zwischen beiden Instituten. Betrachtet man die *stipulatio*, so stellt man als Ergebnis ein einseitiges Schuldverhältnis fest.⁶³ Stellt man diesem nun die *deditio* entgegen, fragt man sich zunächst, worin hierbei eine Obligation gesehen werden kann beziehungsweise ob eine solche gar besteht. Ferner muss danach gefragt werden, wer nun wen verpflichtet und ob es sich um eine zweiseitige oder einseitige Verpflichtung handelt. Antworten auf diese Fragen sind gar unmöglich zu stellen, da bereits im Ausgangspunkt kein vertragliches Verhältnis vorliegt.⁶⁴ Auch wäre es unmöglich, ein solches Verhältnis zu fingieren, da doch das Ergebnis der *deditio* die Tatsache ist, dass der Besiegte aufhört, als Rechtssubjekt zu existieren, so dass bestimmte Pflichten für ihn nicht festzulegen sind. Vielmehr hat er die Entscheidung des Siegers bedingungslos anzunehmen. Auch eine Bindung des Siegers an einen „Vertrag“ kann nicht gesehen werden, da nach der Selbstaufgabe der Besiegten kein Vertragspartner mehr besteht, gegenüber dem etwaige Pflichten einzuhalten wären.⁶⁵ Will man der *deditio* jedoch einen Vertragscharakter beimessen, ist man dazu gezwungen den Begriff entsprechend umzuprägen und ihn so als eine Erscheinung *sui generis* anzusehen. Weiterhin läuft eine Subsumtion der *deditio* als Vertrag auch dem Begriff des „Vertrages“ zuwider.⁶⁶

Demnach umschreibt der Terminus *foedus* eine Willenseinigung von zwei oder mehreren Völkern, durch die Rechte und Pflichten begründet werden, ohne die völkerrechtliche Souveränität eines der beiden Partner aufzuheben.⁶⁷ Die *deditio* bleibt

⁶¹ *Honsell*, Römisches Recht, 7. Aufl. Berlin/Heidelberg 2010, § 9 IV; *Harke* (Fn. 6), § 6 Rn. 30 ff.; § 4 Rn 1 f.; *Kaser/Knütel/Lohsse* (Fn. 4), § 7 Rn. 20.

⁶² „Und ich nehme die Übergabe an.“

⁶³ *Honsell* (Fn. 62), § 9 IV; *Harke* (Fn. 6), § 6 Rn. 30 ff., § 4 Rn 1 f.; *Kaser/Knütel/Lohsse* (Fn. 4), § 7 Rn. 20.

⁶⁴ *Heuss* (Fn. 32), S. 61 f.; anders, aber im Ergebnis abzulehnen *Mommsen* (Fn. 59) und *Täubler* (Fn. 42).

⁶⁵ Vgl. *Nörr* (Fn. 41), S. 13, der den Streit über die Rechtsnatur der *deditio* als „wenig nützlich“ erachtet.

⁶⁶ *Heuss* (Fn. 32), S. 61 f.

⁶⁷ *Karlowa*, Römische Rechtsgeschichte, Bd. 1, Staatsrecht und Rechtsquellen, Leipzig 1885, § 45; *Schulz*, Die Entwicklung des römischen Völkerrechts im 4. Und 5. Jahrhundert n. Chr., Stuttgart 1993, S. 15 ff.; *Matthaei*, Das Geiselnwesen bei den Römern, in: *Philologus* 64

demnach also ein völkerrechtlicher Akt, welchem kein Vertragscharakter zugesprochen werden kann. Auch gibt es keine Quellen, die belegen, dass auf die *deditio* der Ausdruck für einen Vertrag (*foedus* oder *pactum*) angewandt wird.⁶⁸

C. Livius 36.27-28^{69 70}

Ceterum Heraclea capta fregit tandem animos Aetolorum, et paucos post dies, quam ad bellum renovandum acciendumque regem in Asiam miserant legatos, abiectis belli consiliis pacis petendae oratores ad consulem miserunt. Quos dicere exsorsos consul interfatus, cum alia sibi praevertenda esse dixisset, redire Hypatam eos datis dierum decern indutiis et L. Valerio Flacco cum iis misso iussit eique, quae secum acturi fuissent, exponere, et si qua vellent alia. Hypatam ut est ventum, principes Aetolorum apud Flaccum concilium habuerunt consultants, quonam agendum modo apud consulem foret. Parantibus iis antiqua iura foederum ordiri meritaque in populum Romanum absistere iis Flaccus iussit, quae ipsi violassent ac rupissent; confessionem iis culpae magis profuturam et totam in preces orationem versam; nec enim in causa ipsorum, sed in populi Romani dementia spem salutis positam esse; et se suppliciter agentibus iis adfuturum et apud consulem et Romae in senatu; eo quoque enim mittendos fore legatos. Haec una

Aber die Einnahme von Herakleia nahm den Ätolern endlich den Mut, und wenige Tage, nachdem sie die Gesandten nach Asien geschickt hatten, um den Krieg zu erneuern und den König herbeizurufen, ließen sie alle Kriegspläne fallen und schickten Gesandte mit der Bitte um Frieden zum Konsul. Als diese zu sprechen begannen, unterbrach sie der Konsul, und nachdem er gesagt hatte, er habe zunächst andere Dinge zu erledigen, forderte er sie auf, nach Hypata zurückzukehren, wozu er ihnen einen Waffenstillstand von zehn Tagen gewährte, und gab ihnen den L. Valerius Flaccus mit; dem sollten sie darlegen, was sie mit ihm hätten verhandeln wollen und wenn sie sonst noch etwas wollten. Sobald man nach Hypata gekommen war, hatten die Führer der Ätoler eine Beratung mit Flaccus und fragten ihn um Rat, auf welche Weise sie denn mit dem Konsul verhandeln müßten. Als sie sich anschickten, mit den alten Rechten aus den Bündnissen zu beginnen und mit ihren Verdiensten gegenüber dem römischen Volk, gebot

(1905) 227 f.; zu den Charakteristika des *foedus* siehe Nörr (Fn. 41), S. 17.

⁶⁸ Dahlheim (Fn. 40); Heuss (Fn. 32), S. 61 f.

⁶⁹ Übersetzung aus Hillen, T. Livius Römische Geschichte Buch XXXV-XXXVIII, 2. Aufl. München 1991, Buch XXXV.36.27-28.

⁷⁰ Hinweis: siehe Fn. 16.

via omnibus ad salutem visa est, ut se in fidem permitterent Romanorum; ita enim et illis violandi supplices verecundiam se imposituros et ipsos nihilo minus suae potestatis fore, si quid melius fortuna ostendisset.

Postquam ad consulem ventum est, Phaeneas legationis princeps longam orationem et varie ad mitigandam iram victoris compositam ita ad extremum finivit, ut diceret Aetolos se suaque omnia fidei populi Romani permittere. Id consul ubi audivit, „Etiam atque etiam videte” inquit, „Aetoli, ut ita permittatis.” Tum decretum Phaeneas, in quo id diserte scriptum erat, ostendit. „Quando ergo” inquit „ita permittitis, postulo, ut mihi Dicaearchum civem vestrum et Menestam Epirotam” — Naupactum is cum praesidio ingressus ad defectionem compulerat — „et Amyndrum cum principibus Athamanum, quorum consilio ab nobis defecistis, sine mora dedatis.” Prope dicentem interfatus Phaeneas Romanum „Non in servitutem” inquit, „sed in fidem tuam nos tradidimus, et certum habeo te imprudentia labi, qui nobis imperes, quae moris Graecorum non sint.” Ad ea consul „Nec hercule” inquit „magnopere nunc euro, quid Aetoli satis ex more Graecorum factum esse censeant, dum ego more Romano imperium inhibeam in deditos modo decreto suo, ante armis victos; itaque, ni prope fit, quod impero, vinciri vos iam iubebo.” Adferri catenas et

Flaccus ihnen, damit aufzuhören, was sie selbst verletzt und gebrochen hätten. Ein Eingeständnis ihrer Schuld werde ihnen mehr nützen und eine Rede, die sich ganz aufs Bitten verlege. Denn nicht in ihrer Rechtsposition, sondern in der Milde des römischen Volkes liege ihre Hoffnung auf Rettung. Und wenn sie unterwürfig verhandelten, werde er ihnen sowohl beim Konsul beistehen wie auch in Rom beim Senat; denn auch dorthin müßten sie Gesandte schicken. Allen schien es der einzige Weg zur Rettung, sich in die Hand der Römer zu geben; denn so, glaubten sie, würden sie erreichen, daß die Römer sich scheuten, Unterwürfigen Gewalt anzutun, und würden selbst nichtsdestoweniger Herren ihrer Entscheidung sein, wenn das Schicksal ihnen einen besseren Weg zeige. Nachdem man zum Konsul gekommen war, beendete Phaineas, der Führer der Gesandtschaft, seine lange Rede, die mannigfach darauf angelegt war, den Zorn des Siegers zu besänftigen, endlich so, daß er sagte, die Ätoler gäben sich und alle ihre Habe in die Hand des römischen Volkes. Sobald der Konsul das hörte, sagte er: „Seht ja zu, daß ihr das tut!“ Dann zeigte Phaineas den Beschluß, in dem dies ausdrücklich aufgezeichnet war. „Da ihr euch also so ergebt“, fuhr der Konsul fort, „fordere ich, daß ihr mir euren Mitbürger Dikaiarchos, den Epiroten Menestas“ - er war mit einer Abteilung in Naupaktos eingerückt und hatte die Stadt zum

circumsistere lictores iussit. Tum fracta Phaeneae ferocia Aetolisque aliis est, et tandem, cuius condicionis essent, senserunt, et Phaeneas se quidem et, qui adsint Aetolorum, scire faciendum esse, quae imperentur, dixit, sed ad decernenda ea concilio Aetolorum opus esse; ad id petere, ut decerni dierum indutias daret. Petente Flacco pro Aetolis indutiae datae, et Hypatam reditum est. Ubi cum in consilio delectorum, quos apocletos vocant, Phaeneas, et quae imperarentur et quae ipsis prope accidissent, exposuisset, ingemuerunt quidem principes condicioni suae, parandum tamen victori censebant et ex omnibus oppidis convocandos Aetolos ad concilium.

Abfall getrieben - „und Amynder mit den Führern der Athamanen, auf deren Rat hin ihr von uns abgefallen seid, unverzüglich ausliefert.“ Fast noch während der Römer sprach, fiel Phaineas ihm ins Wort und sagte: „Wir haben uns nicht in deine Sklaverei begeben, sondern uns deiner Redlichkeit überantwortet, und ich bin sicher, daß du in Unkenntnis den Fehler machst, da du uns befiehst, was bei den Griechen nicht Sitte ist.“ Darauf entgegnete der Konsul: „Beim Herkules, mich kümmert jetzt nicht so sehr, was nach Meinung der Ätoler hinreichend mit der Sitte der Griechen übereinstimmt, wenn ich nur nach römischer Sitte meine Macht ausübe gegenüber Leuten, die sich gerade erst nach eigenem Entschluss ergeben haben und die vorher mit den Waffen besiegt worden sind. Deshalb werde ich euch, wenn nicht eilends geschieht, was ich befehle, in Fesseln legen lassen.“ Er gab Befehl, Ketten heranzubringen, und die Liktores mußten sich um sie herumstellen. Da verging Phaineas und den anderen Ätolern die Dreistigkeit, sie merkten endlich, wie ihre Situation war und Phaineas sagte, er jedenfalls und die anwesenden Ätoler wußten, daß sie tun mußten, was befohlen werde; aber um das zu beschließen, bedürfe es der Bundesversammlung der Ätoler. Dazu bitte er, daß er ihnen einen Waffenstillstand von zehn Tagen gebe. Da Flaccus für die Ätoler Fürbitte einlegte, wurde der Waffenstillstand gewährt, und man

kehrte nach Hypata zurück. Als Phaineas dort in der Versammlung der Ausgewählten, die sie Apokleten nennen, auseinandersetzte, was befohlen werde und was ihnen selbst beinahe passiert wäre, seufzten die führenden Männer zwar über ihre Lage, meinten aber doch, man müsse dem Sieger gehorchen und aus allen Städten die Ätoler zur Bundesversammlung zusammenerufen.

I. Paraphrase¹

Nachdem die Stadt Herakleia gefallen war, fiel auch der Mut der Ätoler für weiteren Widerstand und sie entschlossen sich dazu aufzugeben und Frieden zu ersuchen. Als sie nach Rom zum Konsul gelangten, wurden sie zunächst mit einem Beauftragen des Konsuls zurückgeschickt, um mit ihm ihr Anliegen zu beraten. Der Römer Flaccus riet den Ätolern in ihrer Heimat, sich bei der Rede vor dem Konsul ganz auf das Bitten zu konzentrieren und nicht irgendwelche alten Rechte vorzubringen. Bei der anschließenden *deditio* vor dem Konsul kam es dann jedoch zur Eskalation, als der Konsul von den Ätolern die Auslieferung einiger Kriegsschuldner forderte. Die Ätoler, unter der Führung von Phaineas, weigerten sich zunächst, da sie sich nicht darüber im Klaren waren, was es mit der *deditio* auf sich hatte, und beschwerten sich darüber, dass sie sich nicht in die Sklaverei begeben haben. Der Konsul fühlte sich dazu provoziert, seine neugewonnene Herrschaftsgewalt über die Ätoler auszuüben und drohte damit, sie in Ketten legen zu lassen. Die Ätoler gaben darauf nach und es wurde ein erneuter Waffenstillstand vereinbart, um mit der ätolischen Bundesversammlung die „Konditionen“ der *deditio* zu besprechen.

II. Historischer Hintergrund²

1. Ausgangssituation

Hintergrund der im Ergebnis gescheiterten *deditio* des Ätolischen Bundes an Rom im Jahr 191 v. Chr. ist der Krieg zwischen Rom und Antiochos III. (191 - 188 v. Chr.). In diesem Krieg ging es zumindest *ex post* um die Vorherrschaft im östlichen Mittelmeerraum. Der ätolische Bund, der sich von seinem nordgriechischen

¹ Hinweis: siehe Fn. 17.

² Hinweis: siehe Fn. 18.

Kerngebiet bis etwa nach Mittelgriechenland ausgedehnt hatte, schloss sich dem Antiochos an. Antiochos III (*242 v. Chr.; †187 v. Chr.), auch bekannt als Antiochos der Große (*Megas Basileus*), war König des Seleukidenreiches (223 - 187 v. Chr.). Er war Sohn von Seleukos II. und bestieg nach dem Tod seines Bruders Seleukos III. den Thron.³

Unter Führung des Konsuls Manius Acilius Glabrio wurde Antiochos III. 191 v. Chr. von den Römern an den Thermophylen⁴ besiegt. Dieser Sieg entschied die erste Phase des Römisch-Syrischen Krieges, nämlich den Kampf um die Vorherrschaft in Griechenland. Antiochos III. musste als Folge der Niederlage sämtliche Stützpunkte in Griechenland aufgeben, da diese nicht mehr militärisch zu halten waren. Die zu diesem Zeitpunkt einzigen Verbündeten der Seleukiden, die Ätoler, befanden sich von da an in der Defensive, da ihre Truppen von den seleukidischen Truppen getrennt waren.⁵ Nach weiteren Kämpfen musste Antiochos im Jahr 188 v. Chr. einen ungünstigen Frieden schließen.

In der Zwischenzeit kam es zwischen den Ätolern und Rom immer wieder zu Verhandlungen über eine mögliche Kapitulation. Diese Verhandlungen fanden im Jahr 189 v. Chr. mit einem Vertrag (*foedus iniquum*⁶) ihr Ende, welcher zunächst die Existenz des ätolischen Bundes anerkannte, ihn aber zwang, die Herrschaft Roms anzuerkennen.

2. Der Fall Herakleias

Die Verhandlungen, die zu dem Zeitpunkt des vorliegenden Textes begonnen haben, resultierten aus der Eroberung Herakleias im Sommer 191 v. Chr. Die Ätoler hielten ihre Lage für so verzweifelt, dass sie sich für eine Kapitulation – *se dedere in fidem populi Romani* – entschieden hatten. Der ätolische Stratege Phaineas bemühte sich um Friedensverhandlungen und kam mit einer Gesandtschaft zum römischen Konsul Manius Acilius Glabrio, der ihm daraufhin den Tribun Lucius Valerius Flaccus zur Seite stellte, dem er alles sagen sollte, um was sie verhandeln wollten. In den darauffolgenden zehn Tagen Waffenstillstand berieten sich die Ätoler unter der Hilfe des Flaccus über die *deditio*. Dieser wies sie daraufhin, dass sie sich in ihrer

³ Cancik/Schneider (Fn. 28), Band 1, S. 768.; Dreyer, Die römische Nobilitätsherrschaft und Antiochos III. (205 bis 188 v. Chr.), Göttingen 2003.

⁴ Eine Engstelle zwischen dem Meer und dem Kallidromosgebirge in Mittelgriechenland mit hohem strategischem Wert in der Antike, da sie den einzigen Weg von der Küste nach Innergriechenland darstellt.

⁵ Mommsen, Römische Geschichte: gekürzte Ausgabe, Wien/Leipzig 1932, S. 385 ff.

⁶ Liv. 38.11.1.

Rede auf das Bitten konzentrieren und nicht auf alte Bündnisse, wie das Bündnis zwischen Rom und den Ätolern aus dem Jahr 212/11, verweisen sollten. In diesem Bündnisvertrag war bestimmt, dass in den Fällen, in denen Rom gewaltsam eine Stadt einnehmen würde, Stadt und Land den Ätolern, die bewegliche Beute den Römern gehören sollte.⁷

III. Interpretation⁸

1. Die *deditio* der Ätoler

Nach dem zehntägigen Waffenstillstand kehrte Phaineas zurück zum Konsul und erklärte diesem die *deditio* der Ätoler:

[...] *Aetolos se suaque omnia fidei populi Romani permittere.*⁹

Nachdem sich der Konsul von der Ernsthaftigkeit des Deditionsvorhaben der Ätoler versichert und Phaineas den schriftlichen Deditionsbeschluss vorgelegt hatte, fuhr er damit fort, dass er verlangte, dass man ihm eine Reihe von Bundesgenossen ausliefern sollte.

Darauf unterbrach ihn Phaineas, warf dem Konsul Unkenntnis (*imprudentia*) vor und wies darauf hin, dass dies nicht griechischer Sitte (*moris Graecorum*) entspreche und dass er sie wie Sklaven (*servi*) behandle.

[...] *non in servitatem sed in fidem tuam tradimus.*¹⁰

Glabrio ließ die Gesandten von den Liktores¹¹ umstellen, wischte den Hinweis auf die griechischen Sitten beiseite und machte seinen Standpunkt als Römer, der hier maßgebend war, deutlich:

[...] *dum ego more Romano imperium inhibeam in deditos modo decreto suo, ante armis victos; itaque, ni propere fit, quod impero, vinciri vos iam iubebo* [...]¹²

Von Liktores umstellt und mit Fesseln bedroht, brach nun der Trotz der Ätoler

⁷ Nörr (Fn. 41), S. 96.

⁸ **Hinweis:** siehe Fn. 31.

⁹ [...] die Ätoler gaben sich und alle ihre Habe in die Hand des römischen Volkes.

¹⁰ [...] Wir haben uns nicht in deine Sklaverei begeben, sondern uns deiner Redlichkeit überantwortet.

¹¹ Liktores waren ursprünglich im Römischen Reich jene Diener, die den König als Leibwache schützen sollten, später Amtsdienner, die den höheren Staatsbeamten mit Imperium bei öffentlichen Auftritten voranschritten oder sie auch umringten.

¹² [...] wenn ich nur nach römischer Sitte meine Macht ausübe gegenüber Leuten, die sich gerade erst nach eigenem Entschluss ergeben haben und die vorher mit den Waffen besiegt worden sind [...].

zusammen und sie erkannten ihre tatsächliche Lage nach der *deditio*, die ihnen nur noch die Ausführung römischer Befehle gestattet:

*Tum fracta Phaeneae ferocia Aetolisque aliis est, et tandem, cuius condicionis essent, senserunt, et Phaeneas se quidem et, qui adsint Aetolorum, scire facienda esse, quae imperentur, dixit [...]*¹³

Unter anderem durch die Fürbitte des Flaccus wurden die Gesandten frei gelassen und man gewährte ihnen erneut einen zehntägigen Waffenstillstand, um die *deditio* mit ihrer Bundesversammlung zu besprechen. Damit ist der formal vollzogene Deditionsvorgang hinfällig und an seine Stelle tritt ein auf zehn Tage befristeter Waffenstillstand, nach dem der Krieg wieder auflebt.¹⁴

2. Die *deditio in fidem*

Was bedeutet es nun in *fidei populi Romani permittere* zu sein? Der Übersetzung nach bedeutet es, dass sich die *dediti* und all ihre Habe in die Hand des römischen Volkes geben. Das Schicksal der *dediti* liegt damit in der Gnade der Römer.¹⁵

Eine andere Erzählung über die *deditio* der Ätoler ist von dem antiken griechischen Geschichtsschreiber Polybios (*200 v. Chr.; †120 v. Chr.) überliefert. Dieser bemerkt zu Beginn (im Gegensatz zu Livius), dass sich die Ätoler über die Bedeutung des *se in fidem dedere* getäuscht haben: οἱ δ' Αἰτωλοὶ κα πλείω λόγον ποιησάμενοι περὶ τῶν ὑποπιπτόντων ἔκριναν ἐπιτρέπειν τὰ ὅλα Μανίῳ, δόντες αὐτοὺς εἰς τὴν Ῥωμαίων πίστιν.¹⁶ Sie glaubten demnach, dass sie durch diese Formel einen Anspruch auf Mitleid haben und der Sieger mit ihnen als Bittflehende schonend umgehen würde und sie *in sua potestate* – also unter eigener Gewalt – bleiben würden. Für die Römer jedoch war das *se in fidem dedere* gleichwertig mit dem Unterwerfungsakt *se dedere in dicionem*. Davon abgesehen, welche Formel hierbei genutzt wurde erhielten die Römer in beiden Fällen die volle Macht über die *dediti*. Demnach würde sich auch der Ablauf der *deditio* zwischen Glabrio und Phaineas besser verstehen.¹⁷

¹³ Da verging Phaineas und den anderen Ätolern die Dreistigkeit, sie merkten endlich, wie ihre Situation war und Phaineas sagte, er jedenfalls und die anwesenden Ätoler wüssten, dass sie tun müssten, was befohlen werde [...].

¹⁴ Dahlheim (Fn. 35), S. 35.

¹⁵ Kaser (Fn. 38), S. 57.

¹⁶ Polyb. 20.9.10: The Aetolians, after some further observations about the actual situation, decided to refer the whole matter to Glabrio, committing themselves “to the faith” of the Romans, not knowing the exact meaning of the phrase, but deceived by the word “faith” as if they would thus obtain more complete pardon.

¹⁷ Nörr (Fn. 41), S. 94.

Bei richtigem Verständnis des Textes beruht jedoch der Irrtum der Ätoler nicht auf der Verwechslung der römischen *fides*¹⁸ mit der griechischen πίστις (*pistis*)¹⁹. Auch wenn sich die beiden Begriffe inhaltlich nicht genau decken, so wäre auch bei der griechischen *pistis* kein Anlass auf Mitleid und Gnade zu hoffen.

Die Ätoler irrten demnach also nicht so sehr um die Auslegung des Begriffs *fides* als um das Verständnis des Aktes *se in fidem dedere*. Sie gingen demnach davon aus, dass es zwei Deditiostypen gab. Einmal die *deditio in fidem* und die *deditio in dicionem, arbitrium, potestatem*. Es wird jedoch (von Polybios) klargestellt, dass es nur einen Typ der *deditio* gibt. Polybios definiert die *deditio* demnach als einen Akt, der den Römern die volle Gewalt über die Besiegten verschafft. Es darf hierbei jedoch nicht davon ausgegangen werden, dass die *fides* bei der *deditio* bedeutungslos war. Auch im vorliegenden Fall ging es allenfalls um das Leben einiger „Kriegsschuldner“ und nicht allgemein um das Leben des ätolischen Bundes.

Aus der Sicht des römischen Siegers stellt sich das Missverständnis der Ätoler dahingegen dar, dass sie versuchten, sich an der Konkretisierung der *fides* zu versuchen. Sie verbanden wohl das ein oder andere mit dem Begriff der *fides*, mussten nun allerdings einsehen, dass sich der römische Machthaber nicht in seiner Ausgestaltung der *fides* hineinreden ließ.

Die Gebundenheit an die *fides* stellte Glabrio demnach her, indem er sich auf den *mos Romanus*, auf römische Gewohnheiten, Normen, Rechtssatzungen, als Standard seines Verhalten gegenüber der *dediti* berief. Demnach fühlte er sich dazu berechtigt, seine Verfügungsgewalt gegenüber den *dediti* zu demonstrieren. Da die *deditio in fidem* in ihrer Form als Kapitulation nur den internationalen Rechtsgebräuchen angehörte, lässt sich dem erhalten des Konsuls nichts Negatives entgegenstellen.

D. Fazit

Die beiden Stellen von Livius zeigen anschaulich, was unter dem Vorgang der *deditio* zu verstehen ist und unter welchen Bedingungen sie vollzogen wurde. Auch zeigt, vor allem die zweite Stelle (Liv. 36.27-28), das unterschiedliche Verständnis über die Bedeutung des *se in fidem dedere*. Schließlich kann auch der „unnütze“²⁰ Streit über die Rechtsnatur der *deditio* dahingegen entschieden werden, dass es sich bei der *deditio* nicht um einen Vertrag handelt, da letztendlich im Ergebnis

¹⁸ Glauben, Vertrauen; vgl. auch *bona fides* = guter Glaube (vgl. im heutigen Sinne § 242 BGB).

¹⁹ Glaube, Vertrauen, Überzeugung, Treue.

²⁰ Vgl. Nörr (Fn. 41), S. 13.

das dedierte Staatswesen aufhört als Rechtssubjekt zu existieren und dadurch kein Vertragspartner mehr bestand, gegenüber dem etwaige vertragliche Pflichten einzuhalten wären. Es bleibt dem dedierten Gemeinwesen nur die Hoffnung, dass sich die Römer ihnen gegenüber, unter Achtung der *fides*, wohlwollend verhielten und die überwiegenden Leben verschonten.



I. Das Berufsbild des Syndikusrechtsanwalts¹

Wer von einem Rechtsanwalt spricht, hat meist den freiberuflich tätigen Anwalt vor Augen, der allein oder mit anderen Rechtsanwälten gemeinsam in einer „Sozietät“ den Anwaltsberuf ausübt und hierzu eine Kanzlei unterhält. Als Selbstständiger trägt er das wirtschaftliche Risiko seiner Berufsausübung, profitiert jedoch auch unmittelbar vom jeweiligen Gewinn. Die Berufsordnung für Rechtsanwälte (BORA)² formuliert dementsprechend: „Der Rechtsanwalt übt seinen Beruf frei, selbstbestimmt und unreglementiert aus“ (§ 1 Abs. 1 BORA – die BORA ergänzt insoweit die Bundesrechtsanwaltsordnung [BRAO]),³ in der sich u.a. die grundlegenden Vorschriften über die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft und zu den Rechten und Pflichten im Rahmen der anwaltlichen Berufsausübung befinden). Dennoch dürfen Rechtsanwälte ihren Beruf auch als Angestellte solcher Arbeitgeber ausüben, die

* Der Verfasser ist Syndikusrechtsanwalt bei einem Energienetzbetreiber und zudem wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Immaterialgüterrecht, Deutsche und Europäische Rechtsgeschichte von Herrn Prof. Dr. Hannes Ludyga, M. A. an der Universität des Saarlandes.

¹ Aus Gründen der Lesbarkeit wird im folgenden Text das sog. generische Maskulinum verwendet, welches nicht nur männliche Berufsträger erfassen soll, sondern geschlechteroffen ist.

² Fassung vom 22.03.1999, BRAK-Mitt. Nr. 3 S. 123, zuletzt geändert durch BRAK-Beschl. vom 06.05.2019, BRAK-Mitt. Nr. 5 S. 245

³ Bundesrechtsanwaltsordnung vom 01.08.1959 (BGBl. I S. 565), zuletzt geändert durch Art. 8 des Gesetzes vom 15. Juli 2022, BGBl. I S. 1146.

selbst als Rechtsanwälte oder rechtsanwaltschaftliche Berufsausübungsgesellschaften⁴ tätig sind, so z. B. die im modernen Sprachgebrauch häufig als „Associates“ bezeichneten angestellten Anwälte großer Kanzleien.

Seit 2016 kennt das (geschriebene) deutsche Anwaltsrecht auch den sog. Syndikusrechtsanwalt.⁵ Auch hier tritt der einzelne Rechtsanwalt als Arbeitnehmer auf, jedoch ist sein Arbeitgeber weder ein Rechtsanwalt noch eine anwaltschaftliche Berufsausübungsgemeinschaft – vielmehr handelt es sich um ein (Wirtschafts-)unternehmen, das Güter verkauft oder (nicht-juristische) Dienstleistungen anbietet. Da mit wachsender Größe des Unternehmens bzw. steigendem Geschäftsumfang auch der juristische Beratungsbedarf steigt, mandatieren Unternehmen nicht bei jeder Rechtsfrage einen Rechtsanwalt, sondern bündeln eigenen rechtlichen Sachverstand etwa in einer eigenen Rechtsabteilung. Dies gilt analog auch für Verbände, Stiftungen oder eine berufsständische Körperschaft. In Deutschland arbeiten ca. 50.000 solcher Unternehmensjuristen, was in etwa der Summe der Verwaltungsjuristen (35.000) und der Richter und Staatsanwälte (25.000) entspricht.⁶ Beschränkt sich diese Tätigkeit auf eine bloße Sachbearbeitung, z. B. im Rahmen der Abwicklung von Schäden, hat dies wenig mit der spezifischen Tätigkeit des Rechtsanwalts als „unabhängiger Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten“⁷ zu tun.

Werden dem Unternehmensjuristen jedoch Tätigkeiten wie die

- Prüfung von Rechtsfragen (einschließlich der Aufklärung des Sachverhalts) sowie das
- Erarbeiten und Bewerten von Lösungsmöglichkeiten, die
- Erteilung von Rechtsrat sowie die
- Gestaltung von Rechtsverhältnissen etwa durch das selbstständige Führen von

⁴ Siehe § 59c der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) sowie das Partnerschaftsgesellschaftsgesetz (PartGG), durch welches der Gesetzgeber die Partnerschaft als besondere Form der Personengesellschaft geschaffen hat, in der sich Angehörige freier Berufe zur Ausübung ihres Berufs zusammenschließen können, vgl. hierzu *Groh*, in: Creifelds Rechtswörterbuch compact, 3. Edition 2020 (beck-online) – Partnerschaftsgesellschaft.

⁵ Den Anstoß hierfür hatten drei Urteile des Bundessozialgerichts (BSG) vom 3. April 2014 gegeben, wonach Syndikusrechtsanwälte der gesetzlichen Rentenversicherungspflicht unterliegen, weil sie sozialversicherungsrechtlich als Angestellte zu betrachten seien. Zuvor entsprach es der gelebten (Behörden-)praxis, Syndikusrechtsanwälte ebenso wie die in einer Kanzlei angestellten Anwälte von der gesetzlichen Rentenversicherungspflicht zu befreien und ihnen die Mitgliedschaft im jeweiligen Rechtsanwaltsversorgungswerk zu gestatten, siehe hierzu *Wein/Walter*, BB 2016, 245 ff. sowie *Theus*, BB 2016, 203 ff. (jeweils m.w.N.).

⁶ Vgl. *Meier*, in: e-follows.net (Hrsg.), Perspektiven für Juristen, 2021, S. 107.

⁷ § 3 Abs. 1 BRAO.

Verhandlungen (mit der notwendigen Befugnis, nach außen verantwortlich aufzutreten⁸)

zur fachlich unabhängigen und eigenverantwortlichen Ausübung übertragen, liegt nach der Wertung des Gesetzgebers in der Sache eine anwaltliche Tätigkeit vor.⁹ Der jeweilige Arbeitgeber hat sich hier vorwiegend aus betriebswirtschaftlichen Gründen dazu entschlossen, „seinen“ Rechtsanwalt als Arbeitnehmer einzugliedern. Denn die fall- oder stundenweise Abrechnung der externen Anwälte wird vor dem Hintergrund kostspieliger wirtschaftlicher Sachverhalte schnell teurer als die Anstellung eines Syndikusrechtsanwalts, der das Unternehmen und dessen Geschäftstätigkeit zudem mitunter besser kennt.¹⁰ Inhaltlich gleicht die Tätigkeit zwar in nicht wenigen Aspekten derjenigen eines Rechtsanwalts – jedoch bietet der Syndikusrechtsanwalt seine Dienste exklusiv seinem Arbeitgeber als „Mandanten“ an und tritt nicht am (Rechts-)markt auf.

Voraussetzung für die Gleichstellung ist jedoch, dass der Arbeitgeber die eigenständige Analyse der Rechtslage sowie die einzelfallorientierte Rechtsberatung nicht durch sein arbeitsvertragliches Direktions- und Weisungsrecht¹¹ konterkariert.¹² Diese fachlich unabhängig und eigenverantwortlich auszuübenden Tätigkeiten müssen quantitativ und qualitativ zumindest den Schwerpunkt des Arbeitsverhältnisses darstellen.¹³ Dem Syndikusrechtsanwalt ist seine fachliche Unabhängigkeit im Rahmen der Berufsausübung daher sowohl vertraglich als auch tatsächlich zu gewähren.¹⁴ Dies bedeutet z. B. konkret, dass der Arbeitgeber keine arbeitsrechtlichen Konsequenzen zulasten des Syndikusrechtsanwalts ergreifen darf, sofern dieser der Meinung ist, die Entscheidung seines Arbeitgebers nicht vertreten zu können.¹⁵

⁸ Die Erteilung einer Prokura oder einer Handlungsvollmacht im Sinne der §§ 48 ff. HGB sind hierfür zwar hinreichende, nicht aber notwendige Bedingung, siehe die Empfehlung des Bundestag-Rechtausschusses vom 02.12.2015, BT-Drs. 18/6915, S. 22.

⁹ § 46 Abs. 3 BRAO. Eine fachliche Unabhängigkeit liegt nicht vor, wenn Vorgaben zur Art und Weise der Bearbeitung und Bewertung bestimmter Rechtsfragen bestehen. Allgemeine Compliance-Regelungen, z. B. ein im Unternehmen geltendes Vier-Augen-Prinzip, sind hierbei jedoch ebenso unschädlich wie fachliche Abstimmungen mit anderen Syndikusrechtsanwälten, vgl. BGH NJW-RR 2019, 1267 sowie BGH, Beschl. v. 29.01.2019 – AnwZ (Brfg) 16/18 (juris).

¹⁰ Vgl. *Meier*, in: e-fellows (Hrsg.), Perspektiven für Juristen, 2021, S. 108.

¹¹ Siehe § 106 GewO und § 315 BGB.

¹² Ausgeschlossen ist jedoch nicht jede Weisung, sondern nur solche, die sich auf fachliche Fragen beziehen; unschädlich soll sogar sein, wenn der Syndikusrechtsanwalt bei einem Teil seiner anwaltlichen Tätigkeit (20% bis 30%) durch ein Weisungsrecht eingeschränkt ist, siehe BGH NJW-RR 2019, 440.

¹³ NJW-RR 2019, 440.

¹⁴ § 46 Abs. 4 BRAO.

¹⁵ Ausschussempfehlung vom 02.12.2015, BT-Drs. 18/6915, S. 22.

II. (Berufs-)Rechtliche Stellung des Syndikus

Voraussetzung für die Tätigkeit als Syndikusrechtsanwalt ist eine entsprechende Zulassung, für welche die jeweilige Rechtsanwaltskammer zuständig ist.¹⁶ Mit der Zulassung zur Anwaltschaft werden Syndikusrechtsanwälte weitgehend sonstigen Rechtsanwältinnen gleichgestellt.¹⁷ Der Syndikusrechtsanwalt ist, ebenso wie der bei einem anwaltlichen Arbeitgeber beschäftigte oder auch der niedergelassene Rechtsanwalt, Teil der Rechtsanwaltschaft. Er unterliegt daher grundsätzlich den allgemeinen Berufspflichten des Rechtsanwalts nach §§ 43 ff. BRAO und auch den Pflichten, die sich außerhalb der BRAO ergeben, z. B. Pflichten nach der BORA oder dem Geldwäschegesetz (GwG), etwa wenn der Syndikusrechtsanwalt Kataloggeschäfte macht (§ 2 Abs. 10 GwG). Unterschiede bestehen aufgrund der Besonderheiten innerhalb des Arbeitsverhältnisses beispielsweise bei der Pflicht zur Unterhaltung einer Berufshaftpflichtversicherung oder zur Aufbewahrung und Herausgabe von Dokumenten in der Handakte.¹⁸ Die Versicherungspflicht entfällt für Syndikusrechtsanwälte, sofern sie nicht zusätzlich auch als Rechtsanwalt im Sinne des § 4 der BRAO zugelassen sind.¹⁹ Dies hat seinen Grund darin, dass die Tätigkeit des Syndikusrechtsanwalts sich grundsätzlich auf die Beratung und Vertretung des Arbeitgebers beschränkt.²⁰

Ein weiterer Unterschied zu regulären Rechtsanwältinnen besteht bei der Prozessvertretung. Hier gilt, dass Syndikusrechtsanwälte ihren Arbeitgeber in zivil- und

¹⁶ §§ 4 ff. BRAO. Im Zuge des Antragsverfahrens muss der Antragsteller durch die Vorlage des Arbeitsvertrages sowie einer Tätigkeitsbeschreibung nachweisen, dass die von ihm konkret ausgeübte Tätigkeit den oben geschilderten Anforderungen an eine unabhängige anwaltliche Tätigkeit (§ 46 Abs. 3 BRAO) entspricht, § 46a Abs. 3 BRAO. Die Zulassungsgebühren sind von Kammer zu Kammer verschieden und liegen i.d.R. zwischen 250 EUR und 450 EUR.

¹⁷ § 46c Abs. 1 BRAO.

¹⁸ Siehe im Übrigen die Aufzählung in § 46c Abs. 3 BRAO.

¹⁹ Ist der Syndikus parallel als niedergelassener Rechtsanwalt zugelassen, kann er nicht nur nebenberuflich eine Tätigkeit als solcher ausüben, sondern auch in den Fällen, in denen er als Syndikusrechtsanwalt von der gerichtlichen Vertretung seines Arbeitgebers ausgeschlossen wäre (siehe oben), als niedergelassener Rechtsanwalt auftreten, dann allerdings auch mit den daraus resultierenden Rechten und Pflichten (insbesondere muss er seine Tätigkeit aus Gründen der Waffengleichheit nach dem RVG abrechnen), siehe die Stellungnahme des DAV unter Ziff. 1.2 (Fn. 20).

²⁰ Die Haftung des Syndikusrechtsanwalts bemisst sich daher nach den allgemeinen Regeln des Zivil- und Arbeitsrechts, wobei insbesondere die Grundsätze der Arbeitnehmerhaftung unberührt bleiben und davon auszugehen ist, dass diese Grundsätze hier unter denselben Voraussetzungen zur Anwendung gelangen wie für andere Arbeitnehmer in vergleichbarer Position, siehe die Stellungnahme der Arbeitsgemeinschaft Syndikusrechtsanwälte des Deutschen Anwaltvereins (DAV), online abrufbar unter: [h/www.syndikusanwaelte.de](http://www.syndikusanwaelte.de) (zuletzt abgerufen am 26.11.2021).

arbeitsgerichtlichen Verfahren mit Anwaltszwang nicht im Rahmen ihrer Tätigkeit als Syndikus vertreten dürfen;²¹ in Straf- und Bußgeldverfahren gilt ein noch weitergehendes Vertretungsverbot.²² Ferner findet das strafrechtliche Zeugnisverweigerungsrecht sowie das Beschlagnahmeverbot auf Syndikusrechtsanwälte keine Anwendung, was ebenfalls mit der Stellung des Syndikus im Unternehmen begründet wird.²³ Als Kanzlei²⁴ gilt die jeweilige Arbeitsstätte des Syndikusrechtsanwalts.²⁵ Die Tätigkeit ist unter der Berufsbezeichnung „Rechtsanwalt (Syndikusrechtsanwalt)“ bzw. „Rechtsanwältin (Syndikusrechtsanwältin)“ auszuüben.²⁶ Durch seine Stellung als Rechtsanwalt und der Mitgliedschaft in der jeweiligen Rechtsanwaltskammer²⁷ sowie – auf weiteren Antrag hin – auch im jeweiligen Rechtsanwaltsversorgungswerk unterfällt er nicht mehr der gesetzlichen Rentenversicherungspflicht.²⁸ Die vom Arbeitgeber abgeführten Sozialbeiträge werden in diesem Fall an das Rechtsanwaltsversorgungswerk gezahlt. Wird der Syndikusrechtsanwalt arbeitslos, führt dies zum Widerruf der Zulassung, da diese tätigkeitsbezogen ist – der (ehemalige) Berufsträger scheidet damit grds. sowohl aus der Rechtsanwaltskammer als auch aus dem Versorgungswerk aus, jedoch kann die Mitgliedschaft im Versorgungswerk auch im Falle der Arbeitslosigkeit freiwillig fortgeführt werden – dann freilich nur bei Fortzahlung der entsprechenden Beiträge.²⁹

III. Aufgaben eines Syndikus

1. Jurist mit Weitsicht und Gestaltungswillen

Viel häufiger und meist in größerem Umfang als dies der gewöhnliche Rechtsanwalt

²¹ § 46c Abs. 2 S. 1 BRAO.

²² § 46c Abs. 2 S. 2 BRAO.

²³ Vgl. *Freundorfer*, AnwBl Online 2019, 336 mit kritischer Darstellung der entsprechenden Erwägungen des Gesetzgebers.

²⁴ Nach § 27 Abs. 1 BRAO muss der Rechtsanwalt im Bezirk der Rechtsanwaltskammer, deren Mitglied er ist, eine Kanzlei einrichten und unterhalten.

²⁵ § 46c Abs. 4 S. 1 BRAO.

²⁶ § 46a Abs. 4 Nr. 3 BRAO.

²⁷ §§ 12 Abs. 3, 60 Abs. 2 Nr. 1 BRAO.

²⁸ Befreiungsantrag nach § 6 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 SGB VI. Die deutsche Rentenversicherung kann, wenn sie entgegen der Rechtsanwaltskammer die Voraussetzungen für die Zulassung nicht für gegeben hält, gegen die Zulassungsentscheidung Rechtsschutz gemäß § 112a Abs. 1 und 2 BRAO erlangen, ist aber im Übrigen an die Kammerentscheidung gebunden und wird im Zulassungsverfahren selbst nur angehört, § 46a Abs. 2 Satz 3 BRAO.

²⁹ Diese werden jedoch nach § 173 Abs. 1 SGB III auf Antrag von der Bundesagentur für Arbeit übernommen. Der Beitrag beschränkt sich in diesem Falle auf den Betrag, den die Arbeitsagentur nach § 173 Abs. 3 SGB III gesetzlich zu zahlen verpflichtet ist, vgl. die Stellungnahme der Arbeitsgemeinschaft Syndikusrechtsanwälte des Deutschen Anwaltvereins (Fn. 20), dort Ziff. 4.8.

üblicherweise tut, muss der Syndikusrechtsanwalt im Unternehmen auch proaktiv tätig werden und rechtliche Chancen und Risiken identifizieren, kommunizieren und Aufklärungsarbeit leisten. Auch beim Aufbau eines Compliance-Systems oder der Umsetzung von Datenschutzvorgaben kommt dem Syndikus eine wichtige präventive Funktion zu. Durch eine sorgfältige Arbeitsweise, der Erstellung geeigneter Formulare und Vertragsmuster kann der Syndikusrechtsanwalt so einen wichtigen Beitrag dazu leisten, bereits das Entstehen juristischer Probleme zu vermeiden und so ggf. später anfallende Rechtsberatungskosten zu reduzieren.³⁰ Wenn externe Kanzleien zur Beantwortung von komplexen oder sehr arbeitsintensiven Fragestellungen bzw. zur Prozessführung herangezogen werden, ist es zudem Aufgabe des Syndikusrechtsanwalts, diese auszuwählen und zu führen.

2. So nah am „Mandanten“ wie sonst nie

Durch seine kontinuierliche und ausschließliche Tätigkeit für ein einziges Unternehmen kann der Syndikusrechtsanwalt dessen Geschäft und typische juristische Probleme nicht selten besser verstehen als ein externer Anwalt, der nur fallweise herangezogen wird. Er kann eine Vertrauensbeziehung zu den fachlichen Ansprechpartnern im Unternehmen aufbauen und viele Fragen in einem kurzen Telefonat klären, die sonst gar nicht oder erst nach umständlicher Einschaltung einer Anwaltskanzlei geklärt würden – und dies meist auch erst dann, wenn die Frage bereits zu einem konkreten Rechtsproblem oder -streit geworden ist.³¹

3. Der Syndikusrechtsanwalt als Allround-Talent

Bedingt durch diese Rolle als erster Ansprechpartner, muss der Syndikusrechtsanwalt – je nach Größe und Ausgestaltung der Rechtsabteilung – durchaus breit aufgestellt sein. Zwar kann niemand gleichzeitig Experte in allen Rechtsgebieten sein, doch wird noch mehr als bei anderen Juristen vom Syndikusrechtsanwalt verlangt, sich nötigenfalls in ein ihm unbekanntes Rechtsgebiet einzuarbeiten, um dann ggf. eine extern zu mandatierende Kanzlei bei der Beantwortung der konkreten Fragen entsprechend zu führen. Ferner wird es in dieser Konstellation auch häufig die Aufgabe des Syndikus sein, die spezifisch juristischen Probleme gegenüber den übrigen (nicht juristisch ausgebildeten) Abteilungen bzw. der Unternehmensführung zu präsentieren und sie auch betriebswirtschaftlich einzuordnen.

IV. Arbeitszeiten und Vergütung

Die Arbeitszeiten eines Syndikusrechtsanwalts sind gegenüber denen einer

³⁰ Meier, in: e-fellows (Hrsg.), Perspektiven für Juristen, 2021, S. 109.

³¹ Meier, a.a.O., S. 108 f.

Großkanzlei in den meisten Fällen geringer, was angesichts der unterschiedlichen Bezahlung auch gerechtfertigt ist. Nichtsdestotrotz wird auch der Syndikusrechtsanwalt etwa projektbezogen regelmäßig Überstunden leisten müssen – der bis in die tiefe Nacht arbeitende Syndikus wird jedoch die Ausnahme bleiben. Tendenziell wird der Syndikus zudem seltener als der niedergelassene Rechtsanwalt unter dem Zeitdruck von Schriftsatzfristen stehen.

Bei der Vergütung spielt die Art und Größe des Unternehmens eine entscheidende Rolle sowie die Größe der jeweiligen Rechtsabteilung, der Rahmen bewegt sich hier in der Regel zwischen 45.000 und 80.000 Euro Bruttoverdienst pro Jahr.³² Anders als in Kanzleien kommen jedoch nicht selten zusätzliche Angebote wie eine erfolgsabhängige Zusatzvergütung, Urlaubsgeld oder ein Firmenwagen in Frage. Auch bei Angeboten wie einer Kantine, einer Gesundheitsförderung oder der Kinderbetreuung haben größere Wirtschaftsunternehmen mitunter einen Vorteil gegenüber (Groß-)Kanzleien.

V. Anforderungsprofil

Das Anforderungsprofil des Syndikusrechtsanwalts ist auf zwei Ebenen zu betrachten. Formell gesehen unterscheidet sich das Anforderungsprofil zunächst nicht von demjenigen eines Rechtsanwalts, sodass neben dem Nachweis der Befähigung zum Richteramt³³ lediglich die Vorgaben der BRAO zur entsprechenden Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses einzuhalten sind. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, kann die Zulassung bei der Rechtsanwaltskammer beantragt werden.

Materiell hängt die privatrechtliche Anstellung als Syndikus freilich von der Auswahlentscheidung des jeweiligen Arbeitgebers ab, also des Unternehmens, Verbandes etc. Diesem steht es – anders etwa als dem durch Art. 33 Abs. 2 und 3 GG gebundenen Staat – grundsätzlich frei, nach welchen Kriterien er seine Arbeitnehmer auswählt.³⁴ Die persönliche Qualifikation des Bewerbers wird dabei je nach Art und Größe des Unternehmens unterschiedlich bemessen. Bezüglich der Examensnote wird in der Regel mindestens ein „befriedigendes“ Ergebnis, mitunter auch ein „vollbefriedigend“ erwartet. Die wichtigste Anforderung ist jedoch meist Berufserfahrung, vor allem in einer Anwaltskanzlei, die sich etwa auf die Beratung

³² Meier (Fn. 30), S. 108, der zutreffend darauf hinweist, dass umgekehrt der Spielraum des Einzelnen oft im selben Maße abnimmt.

³³ Durch Ablegen der ersten und zweiten Staatsprüfung, siehe § 5 des Deutschen Richtergesetzes (DRiG), § 4 S. 1 Nr. 1 BRAO. Hier unterscheidet sich der Syndikusrechtsanwalt vom Unternehmensjuristen: Diesen können Unternehmen frei von einer Zulassung und daher auch lediglich mit 1. Staatsprüfung, d. h. als Diplomjuristen, einstellen.

³⁴ Grenzen setzt etwa das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG).

einschlägiger Unternehmen spezialisiert hat.³⁵ Dies hängt auch damit zusammen, dass eine fachliche Fortentwicklung eher in den mittleren oder großen Kanzleien möglich ist.³⁶ Daneben sind nicht-juristische Fähigkeiten wie verhandlungssicheres Englisch, das Verständnis oder jedenfalls Interesse für wirtschaftliche (und ggf. technische) Zusammenhänge sowie die Fähigkeit zum lösungsorientierten Denken und interdisziplinärer Zusammenarbeit sehr hilfreich.³⁷

VI. Zusammenfassung

Ein Syndikusrechtsanwalt ist ein Rechts- oder Patentanwalt, der dauerhaft bei einem nichtanwaltlichen Arbeitgeber wie z. B. einem Unternehmen, Verband, einer Berufsständischen Körperschaft oder Stiftung angestellt ist. Syndikusrechtsanwälte haben in der Regel die Aufgabe, die Organisation, in der sie tätig sind, umfassend bei rechtlichen Fragen zu beraten. Dabei sind sie häufiger erster Ansprechpartner für die verschiedenen Unternehmensbereiche und die Unternehmensleitung. Bei Bedarf mandatieren sie eine Rechtsanwaltskanzlei als externen Berater. Syndikusrechtsanwälte sind berufsrechtlich regulären Rechtsanwälten weitgehend gleichgestellt. Einschränkungen unterliegen sie bei der Vertretung ihres Arbeitgebers in manchen Verfahren vor Zivil- und Verwaltungsgerichten. Zudem müssen sie aus Transparenzgründen durch die zusätzliche Berufsbezeichnung „Syndikusrechtsanwalt“ auf diese Sonderstellung hinweisen.

Attraktiv ist das Berufsbild des Syndikusrechtsanwalts für all diejenigen, denen die öffentliche Verwaltung und Rechtspflege zu bürokratisch erscheint, die sich aber zugleich mehr Sicherheit und eine bessere Work-Life-Balance wünschen, als dies der an gerichtliche Fristen und Marktrisiken gebundene freiberufliche Rechtsanwalt üblicherweise erwarten kann. Wer Interesse für wirtschaftliche Zusammenhänge mitbringt, den interdisziplinären Austausch im Unternehmen attraktiv findet und aktiv mitgestalten, statt nur beraten möchte und auf das Gehalt eines Großkanzlei-Anwalts verzichten kann, trifft mit der Tätigkeit als Syndikusrechtsanwalt eine kluge Wahl.³⁸

³⁵ *Meier* (Fn. 30), S. 108.

³⁶ *Meier*, a.a.O., S. 111.

³⁷ *Meier*, a.a.O., S. 108.

³⁸ Weitere Informationen rund um den Beruf des Syndikusrechtsanwalts finden sich etwa unter www.syndikusanwalte.de, www.ecla.org, www.acc.com oder www.wjfh.de.

Nicole Sand*

Berufswunsch Notar*in



„Was willst du werden, Notarin? Wirklich? Das ist doch total langweilig und trocken. Da machst du ja nichts anderes als vorlesen.“

Das waren und sind teilweise auch heute noch die Aussagen in meinem Umfeld, als ich mit dem zweiten juristischen Staatsexamen in der Tasche diesen Berufswunsch äußerte oder wenn ich heute erzähle, was ich beruflich mache. Die klassische, in der Gesellschaft dominante Vorstellung des Notars, in Form eines älteren Herrn, der aussieht, als würde er den Job schon seit mindestens 50 Jahren ausüben, ist heute nicht mehr zeitgemäß - in den Köpfen der Menschen dennoch auch im Jahr 2022 fest verankert. Das bekomme ich täglich in meinem Berufsalltag bestätigt. Doch genauso hartnäckig versuche ich, diese stereotype Vorstellung davon, wer den Beruf Notar*in ausübt, durch ein modernes und zeitgemäßes Bild zu ersetzen.

Ich gebe zu, dass die Arbeit als Notar*in sicherlich nicht das ist, was sich Jurastudent*innen beim Studienbeginn als Traumjob vorstellen. Das war es auch für mich persönlich nicht, als ich nach meinem Abitur und einem anschließenden Praktikum in einer Anwaltskanzlei mit meinem Jurastudium an der Universität des Saarlandes zum Wintersemester 2009/2010 begann. Vor meinem Studium habe ich nie auch nur darüber nachgedacht, Notarin zu werden, da diese oben von mir beschriebenen gesellschaftlichen Vorurteile so auch in meiner Vorstellung verwurzelt waren, bis ich

durch Studium und Referendariat erste Einblicke in den Beruf des Notars erlangte und sich meine Meinung Stück für Stück vollkommen wandelte. Tatsächlich hatte ich mir beim Studienbeginn vorgestellt, dass ich einmal als Staatsanwältin arbeiten würde, um in der Gesellschaft für Gerechtigkeit zu sorgen.

Im Endeffekt mache ich nun zwar etwas anderes, aber etwas für mich persönlich unglaublich Erfüllendes, was mich jeden Tag aufs Neue fordert und deshalb für mich nie langweilig und trocken ist, nämlich rechtsgestaltend für Rechtssicherheit zu sorgen, was ich derzeit als Notarassessorin - also noch als Anwärtlerin auf das Amt der Notarin - tue und später im meinem eigenen Notariat tun werde.

I. Was ist die Aufgabe des Notars/der Notarin

Gemäß § 1 der Bundesnotarordnung werden als unabhängige Träger eines öffentlichen Amtes für die Beurkundung von Rechtsvorgängen und andere Aufgaben auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege in den Ländern Notare bestellt. In § 14 Absatz 1 Satz 2 der Bundesnotarordnung ist der Grundsatz festgeschrieben, der die Tätigkeit des Notars klar von derjenigen des Rechtsanwalts unterscheidet, nämlich dass der Notar nicht eine Partei, sondern alle Beteiligten unabhängig und unparteiisch zu vertreten hat. Hier zeigt sich mithin einer der wesentlichen Grundsätze in der täglichen Berufsausübung: die Neutralität des Notars bei der Erfüllung seiner Aufgabe im Bereich der Rechtsberatung und Rechtsgestaltung, insbesondere im Bereich des Immobilienrechts, des Erbrechts, des Familienrechts und des Gesellschaftsrechts. So fallen in seinen Tätigkeitsbereich beispielsweise die Beurkundung von Immobilienkaufverträgen, Übergabeverträgen, Schenkungen, Testamenten, Erbverträgen, bis hin zu Eheverträgen, General- und Vorsorgevollmachten und Gesellschaftsgründungen und vieles mehr.

II. Wie bin ich Notarassessorin geworden?

Wie bereits erwähnt, habe ich an der Universität des Saarlandes Rechtswissenschaften studiert und nach dem Anschluss an mein erstes juristisches Staatsexamen auch das Referendariat am Saarländischen Oberlandesgericht absolviert, wobei ich mir in meiner letzten Station - der dreimonatigen Wahlstation - ein Notariat im Saarland aussuchte. Nachdem die Stationen bei der Staatsanwaltschaft, einem Zivilrichter und insbesondere bei der Verwaltung doch recht ernüchternd für mich waren, was die tatsächlichen Arbeitsinhalte sowie die Arbeitsweisen anging, erging es mir im Notariat vollkommen anders. Mir gefiel der stetige Menschenkontakt gepaart mit juristischem Arbeiten auf höchstem Niveau und die Aufgabe, rechtsgestaltend Rechtssicherheiten zu schaffen.

Der Einblick in das Saarländische Notariat bestärkte mich in meinem Wunsch, Notarin zu werden und gab dann schließlich auch den Ausschlag, mich bei der Saarländischen Notarkammer im Jahr 2018, als diese eine Stelle als Notarassessor*in ausschrieb, zu bewerben. Die Saarländische Notarkammer schreibt diese Stellen nach keinem festgelegten Zyklus aus, sondern die Stellenausschreibung erfolgt in Absprache mit dem Ministerium der Justiz des Saarlandes nur nach Bedarf der zu besetzenden Notarstellen im Saarland. Der Zugang zum Notarberuf ist also nicht frei, sondern es werden stets nur so viele Notare und Notarinnen bestellt, wie es dem Erfordernis einer geordneten Rechtspflege entspricht. Im Saarland sind derzeit insgesamt 36 Notare und Notarinnen und fünf Notarassessoren und Notarassessorinnen bestellt.

Anforderung für die Bewerbung als Notarassessor*in, also den Anwärter bzw. die Anwärterin auf das Amt des Notars bzw. der Notarin, sind neben überdurchschnittlichen Examensergebnissen unter anderem auch soziale Kompetenz, Kommunikationsfähigkeit, Verantwortungsbewusstsein und die Fähigkeit, selbstständig zu arbeiten.

Nachdem ich meine Bewerbung eingereicht hatte, wurde ich zum Bewerbungsgespräch mit den Mitgliedern des Vorstandes der Saarländischen Notarkammer und einem Vertreter des Justizministeriums des Saarlandes eingeladen. Direkt am nächsten Tag erhielt ich die Zusage und freute mich sehr darüber. Ich wurde in der Folge vom Justizminister zur Notarassessorin ernannt und vom Präsidenten des Landgerichts vereidigt.

Als Notarassessor*in ist man bei der Saarländischen Notarkammer angestellt und wird zunächst verschiedenen Notaren*innen zur Ausbildung zugewiesen, zu deren ständigem Vertreter man bestellt wird. Das bedeutet, dass man in den Notarbüros unter anderem Besprechungen, Beurkundungen, Entwurfserstellung und -überarbeitung, Postbearbeitung etc. für die vertretenen Notare und Notarinnen übernimmt. Zudem wird man daneben bei Bedarf auch als Vertreter anderer saarländischer Notare*innen, etwa als Urlaubs- oder Krankheitsvertretung, eingesetzt.

Ich wurde zu Beginn insgesamt drei Kollegen zur ständigen Vertretung in Saarbrücken und Sulzbach und später auch in Ottweiler zugewiesen. Nach dreijähriger Ableistung des Anwärterdienstes hat man die Möglichkeit, sich auf freie Notarstellen im Saarland zu bewerben. Wann und wo Notarstellen neu besetzt werden müssen, weiß man im Vorfeld nicht. Die Notare dürfen ihr Amt jedoch gemäß § 48a Bundesnotarordnung nur bis zum Ende des Monats, in dem sie das 70. Lebensjahr vollenden, ausüben. Der auf Lebenszeit ernannte Notar ist Träger eines öffentlichen Amtes, aber selbstständig, das heißt, er ist nicht verbeamtet.

III. Wie sieht mein Arbeitsalltag aus?

Ich arbeite immer tageweise in den Notariaten der Notare und Notarinnen, denen ich als ständige Vertreterin zugewiesen bin. Dort nehme ich Beurkundungs- und Besprechungstermine wahr. Ich kümmere mich um die Bearbeitung der Post, führe Recherchen und Prüfungen zu Rechtsfragen durch und halte die Ergebnisse gutachterlich fest. Ich fertige auch selbst Entwürfe nach den von mir durchgeführten Besprechungen an und überprüfe die durch die Notariatsmitarbeiter gefertigten Entwürfe, bevor diese zur Prüfung an die beteiligten Parteien geschickt werden.

Mein Arbeitsalltag gestaltet sich durch den täglichen Kontakt mit den unterschiedlichsten Klienten sehr abwechslungsreich. Abwechslung bringen auch die zahlreichen Außentermine mit sich, wie zum Beispiel bei nicht mobilen Menschen Zuhause, im Krankenhaus, im Alten- und Pflegeheim, manchmal sogar im Gefängnis, wohin ich mich auf Ersuchen der Beteiligten zu Beurkundungen und Besprechungen begeben. Natürlich erfordert diese Art von Arbeit, bei der man Menschen aus allen sozialen Schichten, jeden Alters, mit ganz unterschiedlichen rechtlichen Vorkenntnissen und völlig unterschiedlichen Bedürfnissen und Anliegen berät, ein hohes Maß an Einfühlungsvermögen und Empathie, die es dem Notar ermöglicht, seine Aufgabe, den Willen der Rechtssuchenden zu erforschen und diesen rechtlich umzusetzen, zu erfüllen. Sehr wichtig dabei ist es, die Fähigkeit zu besitzen, den Rechtssuchenden die diversen rechtlichen Optionen darzulegen und am Ende sachgerechte und praxistaugliche Lösungen zu finden und den erforschten Willen der Mandanten in individuellen Gestaltungen umzusetzen. Dabei ist es mir persönlich auch sehr wichtig, die oft sehr komplexen und juristisch formulierten Vertragstexte meinen Mandanten verständlich zu machen und ihnen die Regelungen und Rechtslage nachvollziehbar zu vermitteln. Dabei ergibt sich der Abwechslungsreichtum auch durch die unterschiedlichen Rechtsgebiete, in denen unsere Arbeit sich abspielt.

Also wie sieht beispielsweise ein typischer Arbeitstag bei mir aus?

Gleich morgens geht es los mit der Beurkundung eines Kaufvertrages über ein Baugrundstück, verbunden mit einer Grundschuld zur Finanzierung des geplanten Bauvorhabens des Käufers.

Anschließend habe ich eine Besprechung mit einem jungen Paar, das sich verlobt hat und gerne einen vorsorgenden Ehevertrag abschließen möchte.

Direkt im Anschluss fahre ich auf Bitten einer älteren, nicht mehr mobilen Dame zu dieser nach Hause, um mit ihr eine General- und Vorsorgevollmacht, eine Patientenverfügung und ihr Testament zu beurkunden.

Wieder im Notariat angekommen, folgt die nächste Beurkundung, dieses Mal eine Gründung einer GmbH mit der dazugehörigen Anmeldung zum Handelsregister.

Im Anschluss nehme ich noch einen Telefontermin mit Parteien eines Übergabevertrages wahr, die Rückfragen zu dem von uns erstellten Entwurf haben. Danach kümmere ich mich um den bereits durch die Mitarbeiter bearbeiteten Posteingang und versende die von mir zuvor mittels einer speziellen Software digital signierten Dokumente elektronisch an die zuständigen Handels- und Vereinsregister, Nachlassgerichte und Grundbuchämter, sofern diese am elektronischen Datenverkehr teilnehmen.

Nachmittags geht es mit einer Besprechung eines verheirateten Paares weiter, das sich einvernehmlich scheiden lassen will und dazu eine Scheidungsfolgenvereinbarung treffen möchte.

Danach habe ich noch einmal einen Beurkundungstermin, dieses Mal ein Adoptionsantrag eines Stiefelternteils zur Annahme seines Stiefkindes.

Im Anschluss folgt dann noch eine Beurkundung eines Erbscheinsantrages mit darauffolgender Besprechung einer Erbauseinandersetzung nach dem Erblasser.

Schließlich prüfe ich noch zwei Entwürfe, die die Mitarbeiter nach Besprechungen auf meine Anweisungen hin erstellt haben und versende diese an die Beteiligten.

Aber so sieht natürlich nicht jeder Tag aus. Manchmal gibt es auch Termine, die sich über den ganzen Tag erstrecken, zum Beispiel die Beurkundung eines großen Unternehmenskaufvertrages, der sich oft sehr komplex gestaltet und dementsprechend eine intensive Vorbereitung mit den häufig beteiligten Anwälten und Steuerberatern der Parteien erfordert.

Sehr häufig kommt es in meinem Berufsalltag auch zu internationalen Bezügen. Hier spielen die Vorschriften der Europäischen Union, wie beispielsweise die seit 2015 geltende EU-Erbrechtsverordnung oder die seit 2019 geltende EU-Güterrechtsverordnung, mittlerweile eine sehr große Rolle. So wie auch das Internationale Privatrecht, da es zum Beispiel im Rahmen eines geplanten Kaufvorhabens einer in Deutschland belegenen Immobilie durch einen Beteiligten mit ausländischer Staatsangehörigkeit häufig erforderlich ist, das einschlägige Güterrechtsstatut der beteiligten verheirateten Verkäufer und Käufer zu ermitteln, um zu prüfen, wer beim Vertrag in welcher Form mitwirken muss.

Darüber hinaus haben die Notariate in Deutschland in den letzten Monaten einige wichtige Fortschritte in technischer Hinsicht vollzogen. Seit Beginn des Jahres gibt

es das elektronische Urkundenarchiv, bestehend aus dem Urkundenverzeichnis, dem Verwahrungsverzeichnis und der elektronischen Urkundensammlung, sowie seit August die Möglichkeit von Online-Unternehmensgründungen, was uns zwar vor große Herausforderungen sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht stellt, jedoch zeigt, dass die Weichen für eine Modernisierung des Notariats gestellt sind und uns in der Zukunft sicherlich noch viele spannende Neuerungen bevorstehen.

IV. Besondere Erfahrung: Meine Zeit als Notariatsverwalterin

Gemäß § 56 der Bundesnotarordnung hat die Aufsichtsbehörde einen Notariatsverwalter damit zu betrauen, das Amt des Notars vorübergehend wahrzunehmen, wenn das Amt eines hauptberuflichen Notars erloschen ist oder ein Notar seinen Amtssitz verlegt. Der Notariatsverwalter bzw. die Notariatsverwalterin bleibt dabei während der Dauer der Verwaltung weiterhin bei der Notarkammer angestellt und nimmt die Verwaltung für Rechnung der Notarkammer wahr.

Diese Aufgabe der Notariatsverwaltung ist mir erst kürzlich zuteilgeworden, da ein Notar seinen Amtssitz verlegt hatte und die Stelle nicht nahtlos besetzt werden konnte. In dieser Zeit hatte ich die Möglichkeit, das von mir übernommene Notariat in Eigenverantwortung zu führen und neben meinen üblichen auch die unternehmerischen und personellen Aufgaben wahrzunehmen. Durch diese Erfahrung war es mir möglich, das Portfolio meiner Skills nochmals zu erweitern, sodass mich diese Zeit bestens auf die künftige Aufgabe der Führung eines eigenen Notariats vorbereitet hat. Ich habe die Zeit der Notariatsverwaltung trotz anfänglich hohen Arbeitsaufkommens und neuen Herausforderungen sehr genossen und habe auf diese Art und Weise einen Einblick in meinen künftigen Arbeitsalltag erlangen können.

V. Persönliches Fazit

Wie dargelegt, gestaltet sich mein Arbeitsalltag im Notariat höchst abwechslungsreich und fordernd - damit jedenfalls keineswegs langweilig und trocken!

Die unterschiedlichsten Mandanten bedürfen einer ganz individuellen Beratung in gänzlich verschiedenen Lebenslagen. Unsere Aufgabe ist es dabei, durch den Kontakt und das Gespräch mit den Rechtssuchenden deren Bedürfnisse zu erkennen und diese in sachgerechten Regelungen, die Rechtssicherheit schaffen, umzusetzen. Dabei ist es wichtig, dass man vorausschauend agiert, um Streitigkeiten von vornherein bestmöglich zu vermeiden. Dies hat für mich von Anfang an den Reiz des Berufs des Notars/der Notarin ausgemacht. Das Augenmerk liegt auf der Streitvermeidung und Streitbehebung, jedoch unter dem Gesichtspunkt der absoluten Neutralität.

Ich gebe zu, man benötigt schon ein gewisses Durchhaltevermögen, denn es ist ein langer Weg bis ins eigene Amt – aber es zahlt sich aus, denn am Ende ist es das, was ich jeden Tag machen möchte. Dabei hat mich die Arbeit als Notarassessorin sehr gut auf die Tätigkeit als Notarin vorbereitet, insbesondere auch die Erfahrungen, die ich in der Zeit der Notariatsverwaltung sammeln konnte. Gerade diese Zeit hat mich in meinen Wunsch vom eigenen Notariat nochmals bestärkt und meine Vorfreude auf den Schritt ins eigene Amt gesteigert.

Veris-Pascal Heintz

Rezension

Eickelberg | Krätzschel, Digitale Lehre



Eickelberg, Jan/Krätzschel, Holger, Digitale Lehre, 230 Seiten, Softcover, Verlag Franz Vahlen, München 2021, 29,80 €, ISBN: 978-3-8006-6447-4

Die Corona-Pandemie hat sich ganz erheblich auf den Lehrbetrieb an den Hochschulen ausgewirkt. Nicht zuletzt aufgrund der hoheitlichen Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung von COVID-19 mussten die vormals in Präsenz geplanten Lehrveranstaltungen auf virtuelle Angebote umgestellt werden. Der plötzliche Einsatz digitaler Methoden zur Wissensvermittlung gestaltete sich für viele Dozierende als enorm schwierig. Für die Lehrenden bestand – und besteht auch noch – ein dringender Bedarf an praktischer Anleitung, um die Digitalisierung der eigenen Lehrinhalte umsetzen zu können. Diesem Bedarf begegnet das vorliegende Werk in besonders gelungener Weise. Dem selbstgesteckten Ziel, „allen juristisch Lehrenden [...] ein Handbuch an die Seite zu stellen, mithilfe dessen sie unmittelbar mit der digitalen Lehre (synchron wie asynchron) starten können“ (Vorwort, S. VI), sind die beiden Autoren bestens gerecht geworden.

Das Buch ist in sieben Kapitel gegliedert. In den ersten Kapiteln werden insbesondere die Grundregeln und die Voraussetzungen für eine gelungene digitale Lehre in der Rechtswissenschaft dargestellt. Die sich dabei ergebenden Herausforderungen werden von den Autoren klar adressiert. Den Schwerpunkt des Werks bildet das sechste Kapitel, in dem aufgezeigt wird, wie die digitale Lehre im juristischen Kontext konkret umgesetzt werden kann. Hierbei wird zwischen synchronem und asynchronem Unterricht unterschieden. Beide Spielarten sind in der digitalen Lehre

denkbar und haben jeweils für sich genommen Vor- und Nachteile. Der wesentliche Unterschied besteht darin, dass beim synchronen Unterricht die Lehrenden und Lernenden zeitgleich – wenn auch virtuell – aufeinandertreffen, während die Stoffvermittlung beim asynchronen Unterricht zeitversetzt erfolgt. Ein prominentes Beispiel für eine asynchrone Wissensvermittlung ist der „Podcast“.

Erfreulich und spürbar ist, dass die Autoren bei der Entstehung des Buches in einem regen Austausch mit dozierenden Kolleginnen und Kollegen gestanden haben. Vor allem auf den S. 191 ff. kommen Lehrende aus unterschiedlichen Bereichen der juristischen Ausbildung (Studium, Referendariat, Weiterbildung) zu Wort. Anhand von konkreten Fragen der Autoren geben die Befragten wertvolle Tipps und nennen Best-Practice-Beispiele. Hierdurch wird das Werk „abgerundet“.

Den Autoren ist ihre Leidenschaft für eine gute juristische Lehre deutlich anzumerken. Die Lektüre kann allen Lehrenden, von den Leiterinnen und Leitern von Arbeitsgemeinschaften bis hin zu Universitätsprofessorinnen und -professoren, wärmstens empfohlen werden. Das Buch sollte zudem Anlass geben, die Errungenschaften und Vorteile digitaler Lehre auch nach der Rückkehr in den Präsenzbetrieb nicht vollends ad acta zu legen.

RA Veris-Pascal Heintz, LL.M.

