



SRZ

SAARBRÜCKER RECHTSZEITSCHRIFT
Studentische Rechtszeitschrift an der Universität des Saarlandes

Aufsätze

Dr. Marie Herberger, LL.M.

Der elektronische Rechtsverkehr – (auch) ein Thema für Klausuren

RA Simon Dörrenbächer

Privatautonomie und Vertragsfreiheit als Schutzgüter der Grundrechte

Studium und Didaktik

Dipl.-Jur. Michelle Weber

Unechte Unterlassungsdelikte in der Fallbearbeitung

Rezension und Varia

StAin Verena Gaußmann

Das Berufsbild des Staatsanwaltes

RAin Selina Röhr | RAin Hanna Braun

Unser Weg vom Referendariat in die Selbstständigkeit – Strafverteidigerinnen aus Leidenschaft

RA Veris-Pascal Heintz, LL.M.

Rezension: Nomos Gesetze Textsammlung

Oliver Michaelis, LL.M., LL.M.

Rezension: Mascha Carina Bildsdorfer, Polizeiliche Öffentlichkeitsarbeit in sozialen Netzwerken

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

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. 2021
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 1
SAARBRÜCKEN 2021

Vorwort der Dekanin

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

nachdem im Herbst 2020 die allererste Ausgabe der Saarbrücker Rechtszeitschrift erschienen ist, halten Sie nun bereits das zweite Heft in Ihren Händen. *Veris-Pascal Heintz* und *Matthias Michael Thielen*, den beiden Herausgebern, die sich nimmermüde für das von ihnen aus der Wiege gehobene Projekt so erfolgreich einsetzen, gilt ein großes Lob.

Ein bunter Blumenstrauß spannender Themen erwartet uns:

In der Rubrik Aufsätze zeigt *Marie Herberger* auf, dass Rechtsfragen zum elektronischen Rechtsverkehr durchaus klausurrelevant sind; sie macht zugleich Mut für den Umgang mit derlei Problemen. *Simon Dörrenbächer* wartet mit einem grundlegenden Thema auf, wenn er beleuchtet, ob und inwieweit Privatautonomie und Vertragsfreiheit zu den grundrechtlich geschützten Freiheiten des Einzelnen zählen. Er schließt sein Zwischenfazit mit offenen Fragen, die schon jetzt neugierig auf Teil 2 seines Beitrags machen.

Ein didaktischer Beitrag aus der Feder von *Michelle Weber* bringt unverzichtbare Grundlagen und Tipps für den Umgang mit unechten Unterlassungsdelikten – Fragen, die die Studierenden im Strafrecht vom Beginn des Studiums bis ins Examen bei der Fallbearbeitung begleiten.

Einer studentischen Rechtszeitschrift stehen Beiträge gut zu Gesicht, die Luft aus dem juristischen Berufsleben schnuppern lassen. Wenn man liest, wie enthusiastisch *Verena Gaußmann* über ihren Beruf als Staatsanwältin und die beiden Rechtsanwältinnen *Selina Röhrli* und *Hanna Braun* über ihr Berufsziel Strafverteidigerinnen berichten, weiß man, dass hier die richtigen Menschen am richtigen Ort angekommen sind.

Bei den Rezensionen bringt uns *Veris-Pascal Heintz* die 2020 neu erschienene dreibändige Gesetzessammlung aus dem Nomos Verlag näher, der er beachtliche Vorteile gegenüber anderen Textsammlungen abgewinnen kann.

Zu guter Letzt zeichnet *Oliver Michaelis* den Gedankengang der Dissertation von *Mascha Carina Bilsdorfer* zum aktuellen Thema „Polizeiliche Öffentlichkeitsarbeit in sozialen Netzwerken“ nach, einer Arbeit, die von meiner Fakultätskollegin *Annette Guckelberger* betreut wurde.

Den beiden Herausgebern und allen Mitwirkenden gelten mein Glückwunsch und herzlicher Dank. Ich meine: Die aktuelle Ausgabe der Saarbrücker Rechtszeitschrift lädt rundherum zum Lesen ein. Weiter so! Ich jedenfalls freue mich schon auf die Lektüre der nächsten Ausgabe.

Ihre



Prof. Dr. Annemarie Matusche-Beckmann
Dekanin der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität des Saarlandes

Vorwort der Herausgeber

Der große Zuspruch, der uns nach dem Erscheinen der ersten Ausgabe im Oktober 2020 erreicht hat, stimmt uns nicht nur stolz, sondern bestätigt auch, dass das Engagement für das Projekt „Saarbrücker Rechtszeitschrift“ lohnenswert ist.

Für die Durchweg positive Resonanz möchten wir uns herzlichst bedanken.

Vereinzelte Anregungen konnten bereits umgesetzt werden: So richten sich die Beiträge der nunmehr vorliegenden Ausgabe 1/2021 vornehmlich an einen studentischen Leserkreis. Die Aufsätze von *Marie Herberger* und *Simon Dörrenbächer* behandeln Themenkreise, die gerade auch für Prüfungen von Relevanz sein können. Der Beitrag von *Michelle Weber* widmet sich in der Rubrik Studium und Didaktik ausdrücklich den Unterlassungsdelikten in der Fallbearbeitung.

Mit der Ausgabe 1/2021 wird zudem eine Beitragsreihe zu juristischen Berufsbildern bzw. Tätigkeitsfeldern begründet. Zum Auftakt berichten *Verena Gaußmann* sowie *Selina Röhl* und *Hanna Braun* über ihren Werdegang und ihren spannenden Berufsalltag auf dem Gebiet des Strafrechts.

Den Autorinnen und Autoren dieser Ausgabe danken wir herzlich für ihre Beiträge und wünschen den Leserinnen und Lesern viel Spaß bei der Lektüre.



Veris-Pascal Heintz



Matthias Michael Thielen

INHALTSVERZEICHNIS

AUFSÄTZE

Dr. Marie Herberger, LL.M.

Der elektronische Rechtsverkehr – (auch) ein Thema für Klausuren 1

RA Simon Dörrenbächer

Privatautonomie und Vertragsfreiheit als Schutzgüter der Grundrechte 16

Teil 1: Begriff, Erscheinungsformen und verfassungsrechtliche Verortung

STUDIUM UND DIDAKTIK

Dipl.-Jur. Michelle Weber

Unechte Unterlassungsdelikte in der Fallbearbeitung 32

REZENSION UND VARIA

StAin Verena Gaußmann

Das Berufsbild des Staatsanwaltes 43

RAin Selina Röhrl | RAin Hanna Braun

Unser Weg vom Referendariat in die Selbstständigkeit – Strafverteidigerinnen aus Leidenschaft 49

RA Veris-Pascal Heintz, LL.M.

Rezension: Nomos Gesetze Textsammlung 53

Oliver Michaelis, LL.M., LL.M.

Rezension: Mascha Carina Bildsdorfer, Polizeiliche Öffentlichkeitsarbeit in sozialen Netzwerken 55

Der elektronische Rechtsverkehr – (auch) ein Thema für Klausuren

A. Einleitung

Der elektronische Rechtsverkehr ist nicht nur ein Thema für die Praxis, sondern gleichermaßen für das Studium relevant. Die zu lösenden Sachverhalte beruhen häufig auf Konstellationen, die aus der Praxis herrühren. So kann sich in einer Klausur nicht nur die Frage stellen, ob eine Klageeinreichung per Computerfax möglich ist.¹ In gleicher Weise könnte zu prüfen sein, ob eine Klage wirksam per beA (= besonderes elektronisches Anwaltspostfach) erhoben wurde. Probleme rund um die Wiedereinsetzungsproblematik beschränken sich ebenfalls nicht nur auf den Fax-Kontext.² Zu diesen exemplarisch genannten prozessualen Fragestellungen treten materiell-rechtliche Probleme, weil die Anforderungen, die § 130a ZPO an ein elektronisches Dokument stellt, nicht in jedem Fall mit den Voraussetzungen der elektronischen Form des § 126a BGB korrespondieren.

B. Das elektronische Dokument

Nach § 130a Abs. 1 ZPO können vorbereitende Schriftsätze und deren Anlagen, schriftlich einzureichende Anträge und Erklärungen der Parteien sowie schriftlich einzureichende Auskünfte, Aussagen, Gutachten, Übersetzungen und Erklärungen Dritter als elektronische Dokumente bei Gericht eingereicht werden.³ Aus der Formulierung „können“ ergibt sich, dass es sich um eine Option handelt, die neben die „klassischen“ Übermittlungswege tritt. Mit anderen Worten: Grundsätzlich besteht derzeit keine Verpflichtung, die Einreichungsform des elektronischen Dokuments zu wählen.

* Die Verfasserin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Zivilprozessrecht (Prof. Dr. Markus Würdinger, Passau).

¹ Vgl. zur Klageeinreichung per Computerfax die Klausur von *Schärfl*, JuS 2011, 717 ff. mit Verweis auf den Beschluss des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes (GmS-OGB), NJW 2000, 2340 f.

² Vgl. zu einer Wiedereinsetzungsproblematik im Fax-Kontext die Klausur von *Lüneborg*, JuS 2013, 434 ff.

³ Die Problematik kann auch in anderen Rechtsgebieten geprüft werden, vgl. z.B. § 55a VwGO, § 32a StPO oder § 46c ArbGG. In diesem Sinne beschränken sich die Belege in den folgenden Fußnoten nicht auf zivilrechtliche Fallkonstellationen allein.

I. Nutzungspflicht

1. Aktive Nutzungspflicht

Ab dem 01.01.2022 tritt indes eine Nutzungspflicht für Rechtsanwälte und Behörden ein, die ab dann verpflichtet sind, vorbereitende Schriftsätze und deren Anlagen sowie schriftlich einzureichende Anträge und Erklärungen als elektronisches Dokument zu übermitteln, § 130d Satz 1 ZPO n.F. Insofern spricht man von einer aktiven Nutzungspflicht.⁴

Für die Klausurpraxis bedeutet dies: Es kann sich in einer Anwaltsklausur⁵ die Frage stellen, in welcher Form Klage zu erheben ist. In eilbedürftigen Fällen wird heutzutage häufig auf das Fax verwiesen.⁶ Schon jetzt wird man sich mit der Alternative einer elektronischen Klageerhebung auseinandersetzen müssen. Ab dem 01.01.2022 wäre die Lösung, als Anwalt eine Klage per Fax zu erheben, nicht mehr vertretbar.

2. Passive Nutzungspflicht

Von der aktiven Nutzungspflicht zu unterscheiden ist die passive Nutzungspflicht. Schon jetzt ist es möglich, an einen Anwalt, einen Notar, einen Gerichtsvollzieher, einen Steuerberater oder an eine sonstige Person, bei der auf Grund ihres Berufes von einer erhöhten Zuverlässigkeit ausgegangen werden kann, eine Behörde, eine Körperschaft oder eine Anstalt des öffentlichen Rechts ein elektronisches Dokument zuzustellen (§ 174 Abs. 3 Satz 1 ZPO). Dazu haben die genannten Personengruppen einen sicheren Übermittlungsweg für die Zustellung elektronischer Dokumente zu eröffnen (§ 174 Abs. 3 Satz 4 ZPO).⁷

⁴ Beachte: Für das arbeitsgerichtliche Verfahren sieht Schleswig-Holstein bereits jetzt eine aktive Nutzungspflicht vor, vgl. § 1 der Landesverordnung über die Pflicht zur Nutzung des elektronischen Rechtsverkehrs vom 13.12.2019, GVOBl. 2019, 782 zu § 46g ArbGG. Zum 01.01.2021 hat auch Bremen eine aktive Nutzungspflicht für das beA eingeführt, nämlich für das Arbeitsgericht, das Landesarbeitsgericht, das Sozialgericht und das Finanzgericht (vgl. Verordnung über die Pflicht zur Nutzung des elektronischen Rechtsverkehrs für die Fachgerichtsbarkeiten mit Ausnahme des Landessozialgerichts Niedersachsen-Bremen und der Verwaltungsgerichtsbarkeit zum 1. Januar 2021 vom 08.12.2020, GBl. 2020, 500).

⁵ Anwaltsklausuren spielen nicht nur im Assessorexamen, sondern auch schon im Referendarexamen eine wichtige Rolle, vgl. z.B. die Klausur von *Heese/Rapp*, JuS 2014, 719 ff. Vgl. zu einer Einführung in Berater- und Anwaltsklausuren von *Lewinski*, JA 2007, 845 ff.

⁶ *Barczak*, JA 2013, 937, 942; *Odemer*, JA 2015, 449, 452. Mittlerweile taucht auch schon die Möglichkeit einer elektronischen Einreichung auf, vgl. z.B. *Groscurth*, Examenskurs VwGO für Studium und Referendariat, 2. Aufl. 2020, Rn. 903.

⁷ In weiteren Verfahrensordnungen finden sich Verweise auf das Zustellungsrecht der ZPO,

Darüber hinaus kann nach § 174 Abs. 3 Satz 2 ZPO ein elektronisches Dokument an andere Verfahrensbeteiligte zugestellt werden, wenn diese der Übermittlung elektronischer Dokumente ausdrücklich zugestimmt haben.

In einer Klausur kann zu erörtern sein, ob eine solche ausdrückliche Zustimmung gegeben ist. Das könnte z.B. zu problematisieren sein, wenn ein Verfahrensbeteiligter im Briefkopf eines Schriftsatzes eine De-Mail-Adresse aufführt. Diese Frage darf nicht mit der verwechselt werden, ob eine Willenserklärung i.S.v. § 130 Abs. 1 BGB zugeht, wenn sie an eine auf einem Briefkopf angegebene E-Mail-Adresse geschickt wird.⁸ Im Anwendungsbereich von § 130 Abs. 1 BGB geht es um den „einfachen“ E-Mail-Versand, während es im Anwendungsbereich von § 174 Abs. 3 Satz 2 ZPO um die Übermittlung auf einem sicheren Übermittlungsweg i.S.v. § 130a Abs. 4 ZPO geht. Wer eine De-Mail-Adresse im Briefkopf nennt, verlautbart damit nicht ausdrücklich, dass er bereit ist, elektronische Dokumente auf diesem sicheren Übermittlungsweg i.S.v. § 130a Abs. 4 ZPO entgegenzunehmen.⁹ Es ist deshalb zu Recht allgemeine Meinung, dass die bloße Angabe einer De-Mail-Adresse¹⁰ im Briefkopf allein nicht genügt. Dieses Ergebnis lässt sich mit dem Wortlaut von § 174 Abs. 3 Satz 2 ZPO untermauern, wonach eine ausdrückliche Zustimmung zur Übermittlung elektronischer Dokumente erforderlich ist.¹¹

Für die Klausurpraxis bedeutet dies: Wenn beispielsweise ein Einspruch gegen ein Versäumnisurteil zu prüfen ist, muss im Rahmen des Prüfungspunktes „Frist“ untersucht werden, ob eine die Einspruchsfrist in Gang setzende wirksame Zustellung erfolgt ist. Damit sind §§ 166 ff. ZPO und folglich auch § 174 Abs. 3 Satz 1 ZPO angesprochen.¹²

vgl. z.B. § 56 Abs. 2 VwGO, § 37 Abs. 1 StPO und § 50 Abs. 2 ArbGG.

⁸ Vgl. zu dieser Problematik z.B. *Lange*, JA 2007, 766 (770 f); *Mankowski*, NJW 2004, 1901 (1902); *Spindler/Schuster/Spindler*, Recht der elektronischen Medien, 4. Auflage 2019, § 130 BGB, Rn. 5.

⁹ *Ory/Weth/M. Herberger*, jurisPK-ERV, Band 2, 2020, § 802d ZPO, Rn. 5. Vgl. zu den sicheren Übermittlungswegen im Einzelnen B. II. 3.

¹⁰ *Ory/Weth/Biallaß*, jurisPK-ERV, Band 2, 2020, § 174 ZPO, Rn. 40; *Zöller/Schultzky*, 33. Aufl. 2020, § 174 ZPO, Rn. 11.

¹¹ *MüKo-ZPO/Häublein/Müller*, 6. Aufl. 2020, § 174 ZPO, Rn. 23; *Heß*, NJW 2002, 2417 (2420 Fn. 57).

¹² Die Prüfung einer wirksamen Zustellung ist auch häufig in verwaltungsrechtlichen Klausuren ein Thema, beispielsweise bei der Berechnung der Klagefrist (§ 74 VwGO), vgl. zur Zustellung von Verwaltungsakten in der Fallbearbeitung *Struzina/Kaiser*, JA 2020, 279 ff.

II. Anforderungen

Nach § 130a Abs. 3 Satz 1 ZPO muss ein elektronisches Dokument – mit Ausnahme von Anlagen, die vorbereitenden Schriftsätzen beigelegt sind (§ 130a Abs. 3 Satz 2 ZPO) – mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg eingereicht werden.

1. E-Mail

Schon bei der Lektüre der Voraussetzungen von § 130a Abs. 3 Satz 1 ZPO wird deutlich, dass eine Klageerhebung per einfacher E-Mail nach wie vor nicht in Betracht kommt.

Allerdings kann in der Klausur eine besondere Konstellation auftreten, die argumentativ zu bewältigen ist. So könnte ein unterschriebener Schriftsatz im PDF-Format an eine E-Mail angehängt werden. Wenn nun die Geschäftsstelle des Gerichts den PDF-Anhang ausdruckt, ist zu analysieren, ob wirksam Klage erhoben wurde.¹³ Der BGH nimmt dies an. Der Ausdruck der auf elektronischem Wege übermittelten Datei genüge der Schriftform. Der Ausdruck verkörpere den Schriftsatz und schließe auch mit der Unterschrift des Prozessbevollmächtigten ab. Dass die Unterschrift nur in Kopie wiedergegeben sei, müsse entsprechend § 130 Nr. 6 Alt. 2 ZPO als unschädlich angesehen werden, weil der im Original unterzeichnete Schriftsatz elektronisch als PDF-Datei übermittelt und von der Geschäftsstelle entgegengenommen worden sei.¹⁴ Ein solcher Schriftsatz genügt dann zwar nicht den Anforderungen, die an ein elektronisches Dokument zu stellen sind, entspricht aber den Voraussetzungen der Schriftform.

Als Folgefrage kann zu prüfen sein, zu welchem Zeitpunkt ein erst bei Gericht ausgedruckter Schriftsatz eingegangen ist. Das kann relevant werden, wenn z.B. eine Verjährung droht¹⁵ oder aber, wenn es um die fristgerechte Erhebung eines Rechtsbehelfs geht. In Anlehnung an die Rechtsprechung zum Eingang eines per Telefax übersandten Schriftsatzes könnte man annehmen, dass ein Schriftsatz auch in der hier problematisierten Form schon mit der Speicherung im elektronischen Postfach des Gerichts eingereicht ist. Insofern wird nämlich auf den Zeitpunkt abgestellt, zu

¹³ Vgl. zu einem Widerspruch (§ 70 Abs. 1 Satz VwGO), *Hecker*, JA 2012, 521 (523); *Kintz*, JuS 2011, 827 (831).

¹⁴ Vgl. BGH NJW 2008, 2649 (2650) mit ausführlicher Begründung; so auch BGH NJW 2021, 390 (390 f); BGH NJW 2019, 2096 (2097); BGH NJW 2015, 1527 (1528).

¹⁵ Ggf. i.V.m. § 167 ZPO.

dem die gesendeten Signale vom Telefaxgerät des Gerichts vollständig empfangen (gespeichert) worden sind.¹⁶ Auf einen Ausdruck kommt es nicht an. Richtigerweise wird man bei dem Ausdruck eines PDF-Anhangs einer E-Mail freilich auf den Zeitpunkt abstellen müssen, in dem der Schriftsatz dem Gericht in ausgedruckter Form vorliegt. Denn erst dadurch erhält der Schriftsatz die geforderte Schriftform.¹⁷

2. Qualifizierte elektronische Signatur

Was unter einer qualifizierten elektronischen Signatur zu verstehen ist, regelt Art. 3 Nr. 12 eIDAS-VO. Es handelt sich um eine fortgeschrittene elektronische Signatur, die von einer qualifizierten elektronischen Signaturerstellungseinheit erstellt wurde und auf einem qualifizierten Zertifikat für elektronische Signaturen beruht. Die qualifizierte elektronische Signatur tritt an die Stelle der eigenhändigen Unterschrift nach § 130 Nr. 6 ZPO.¹⁸ Dadurch soll dem elektronischen Dokument wegen dessen ansonsten möglicherweise gegebener „Flüchtigkeit“ und Manipulierbarkeit eine dem Papierdokument vergleichbare dauerhafte Fassung verliehen werden.¹⁹

Wie das qualifiziert elektronisch signierte Dokument einzureichen ist, regelt nicht die ZPO, sondern die „Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung“ (ERVV). Nach § 4 Abs. 1 ERVV kommen zwei Wege zur Übermittlung elektronischer Dokumente mit qualifizierter elektronischer Signatur in Betracht. Das qualifiziert elektronisch signierte Dokument kann entweder auf einem sicheren Übermittlungsweg (Nr. 1, vgl. dazu unten unter 3.) oder an das für den Empfang elektronischer Dokumente eingerichtete Elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach des Gerichts (EGVP) über eine Anwendung, die auf OSCI oder einem diesen ersetzenden, dem jeweiligen Stand der Technik entsprechenden Protokollstandard beruht (Nr. 2), übermittelt werden.

Die besondere Relevanz der qualifizierten elektronischen Signatur wird deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, dass materiell-rechtlich die gesetzlich vorgeschriebene schriftliche Form nur mit ihrer Hilfe durch die elektronische Form ersetzt werden kann (§ 126a Abs. 1 BGB). Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die elektronische Form materiell-rechtlich nicht immer an die Stelle der schriftlichen Form treten kann. § 126 Abs. 3 BGB besagt, dass die schriftliche Form immer dann durch die elektronische Form ersetzt werden kann, wenn sich aus dem Gesetz nicht ein anderes ergibt. Darüber hinaus kann die elektronische Form in bestimmten Fällen

¹⁶ BGH NJW 2006, 2263 (2265).

¹⁷ Vgl. BGH NJW 2019, 2096 (2097) mit ausführlicher Begründung.

¹⁸ BGH NJW 2010, 2134; *Bacher*, NJW 2015, 2753.

¹⁹ BGH NJW 2010, 2134; BGH NJW-RR 2009, 357 (358).

„kraft Natur der Sache“ kein Äquivalent für die Schriftform sein.²⁰

Ein Ersetzungsausschluss findet sich beispielsweise in § 623 BGB, wonach die Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch Kündigung oder Auflösungsvertrag zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform bedürfen und die elektronische Form ausgeschlossen ist. Im Mietrecht hingegen bedarf die Kündigung eines Mietverhältnisses nach § 568 Abs. 1 BGB der schriftlichen Form, die durch die elektronische Form ersetzt werden kann. Die Ersetzung der Schriftform durch die elektronische Form ist weiterhin für ein Zeugnis nach § 630 Satz 3 BGB ausgeschlossen (ebenso § 109 Abs. 3 GewO, § 16 Abs. 1 Satz 2 BBiG). Eine Ersetzung ist außerdem nicht möglich in den Fällen von § 761 Satz 3 BGB (Leibrentenversprechen zur Gewährung familienrechtlichen Unterhalts), § 766 Satz 2 BGB (Bürgschaftserklärung), § 780 Satz 2 BGB (Schuldversprechen) und § 781 Satz 2 BGB (Schuldanerkenntnis).

Kraft Natur der Sache ist die Surrogation der Schriftform durch die elektronische Form ausgeschlossen, wenn materiell-rechtlich die Aushändigung bzw. Ausstellung einer Urkunde vorausgesetzt wird. So kann z.B. eine Forderungsabtretungsanzeige i.S.v. § 409 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht in elektronischer Form erfolgen.²¹

3. Einfache Signatur und Einreichung auf einem sicheren Übermittlungsweg

Nach § 130a Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 ZPO genügt es, wenn ein elektronisches Dokument von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg eingereicht wird.

a) Einfache Signatur

Die einfache Signatur soll dokumentieren, dass die vom sicheren Übermittlungsweg als Absender ausgewiesene Person mit der das elektronische Dokument verantwortenden Person identisch ist. Ist diese Identität nicht feststellbar, ist das elektronische Dokument nicht wirksam eingereicht.²² Unter einer solchen einfachen Signatur werden nach Art. 3 Nr. 10 eIDAS-VO Daten in elektronischer Form verstanden, die anderen elektronischen Daten beigefügt oder logisch mit ihnen verbunden werden und die der Unterzeichner zum Unterzeichnen verwendet. Das bedeutet praktisch,

²⁰ BeckOGK/Hecht, § 126 BGB Rn. 69.

²¹ BeckOGK/Lieder, § 409 BGB Rn. 43. Ggf. kann eine solche als Anzeige des Altgläubigers i.S.v. § 409 Abs. 1 Satz 1 BGB aufrechterhalten bleiben, vgl. MüKo-BGB/Roth/Kieninger, 8. Aufl. 2019, § 409 BGB, Rn. 7.

²² BT-Drs. 17/12634 S. 25.

dass eine einfache Namenswiedergabe am Ende des Schriftsatzes genügt.²³ Es ist weder vorgeschrieben, dass (auch) ein Vorname zu verwenden ist, noch dass die Bezeichnung „Rechtsanwalt“ beigefügt wird.²⁴

In einer Klausur kann sich die Frage stellen, ob ein konkreter Schriftsatz diesen Anforderungen genügt. Es ist vorstellbar, dass ein Rechtsanwalt einen Schriftsatz unter Verwendung des Briefbogens seiner Kanzlei bei Gericht einreicht, am Ende des Schriftsatzes aber weder sein Name noch seine Unterschrift auftauchen, sondern nur die Bezeichnung „Rechtsanwalt“. Wie bei Anwaltsschriftsätzen üblich wird der Name des Rechtsanwalts im oberen Teil des Briefbogens abgedruckt sein. Möglicherweise befindet sich im Aktenzeichen der Kanzlei auch das Namenskürzel des Anwalts.

In diesem Fall ist zu prüfen, ob der Schriftsatz ordnungsgemäß einfach signiert wurde. Ausgangspunkt ist dann die Überlegung, dass die einfache Signatur – genauso wie die eigenhändige Unterschrift oder die qualifizierte elektronische Signatur – die Identifizierung des Urhebers des Schriftsatzes ermöglichen und dessen unbedingten Willen zum Ausdruck bringen soll, die volle Verantwortung für den Inhalt des Schriftsatzes zu übernehmen und diesen bei Gericht einzureichen.²⁵ Freilich kann es unschädlich sein, wenn eine einfache Signatur fehlt, vorausgesetzt, es steht aufgrund anderer Umstände zweifelsfrei fest, dass der Prozessbevollmächtigte die Verantwortung für den Inhalt des Schriftsatzes übernommen hat.²⁶ In einem Fall wie dem hier geschilderten wird man solche besonderen Begleitumstände nicht annehmen können. Vieles spricht dafür, dass die geschilderten Aspekte (Verwendung des Briefbogens der Kanzlei, maschinenschriftliche Wiedergabe des Namens oben auf der ersten Seite des Schriftsatzes und das Namenskürzel im Aktenzeichen) nicht ausreichen können. Insbesondere lässt sich so nicht feststellen, ob die als Absender ausgewiesene Person mit der den Inhalt des Schriftsatzes verantwortenden Person identisch ist.²⁷

b) Sichere Übermittlungswege

Welche sicheren Übermittlungswege in Betracht kommen, legt § 130a Abs. 4 ZPO fest. Nach § 130a Abs. 4 Nr. 1 ZPO kann der Schriftsatz mittels eines De-Mail-Kontos versendet werden. De-Mail-Dienste sind Dienste auf einer elektronischen

²³ Bacher, NJW 2015, 2753.

²⁴ BAG NJW 2020, 3476 (3477); Müller, NZA 2019, 1682 (1683).

²⁵ BAG NJW 2020, 3476 (3477).

²⁶ BAG NJW 2020, 3476 (3477).

²⁷ BAG NJW 2020, 3476 (3477).

Kommunikationsplattform, die einen sicheren, vertraulichen und nachweisbaren Geschäftsverkehr für jedermann im Internet sicherstellen sollen (vgl. § 1 Abs. 1 De-MailG).

Besondere praktische Relevanz hat der sichere Übermittlungsweg nach § 130a Abs. 4 Nr. 2 ZPO, nämlich das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA, vgl. § 31a BRAO).

Sicher ist nach § 130a Abs. 4 Nr. 3 ZPO auch die Übermittlung aus einem besonderen Behördenpostfach (beBPO).

Um flexibel auf technische Neuerungen reagieren zu können, legt § 130a Abs. 4 Nr. 4 ZPO fest, dass durch zustimmungspflichtige Rechtsverordnung der Bundesregierung weitere bundeseinheitliche sichere Übermittlungswege festgelegt werden können, vorausgesetzt bei diesen ist die Authentizität und Integrität der Daten sowie die Barrierefreiheit gewährleistet.

4. Orientierungsgesichtspunkte

Grundsätzlich nennt § 130a Abs. 3 Satz 1 ZPO zwei gleichwertige Varianten, ein elektronisches Dokument zu erstellen. Diese Festlegung bezieht sich jedoch nur auf die prozessuale Ebene. Dadurch, dass die Ersetzung der Schriftform durch die elektronische Form materiell-rechtlich eine qualifizierte elektronische Signatur erfordert (§ 126a Abs. 1 BGB), muss man sich bei der Einreichung in Form eines elektronischen Dokuments immer fragen, ob gleichzeitig ein materiell-rechtliches Schriftformerfordernis zu wahren ist.

Vor diesem Hintergrund genügt es in einer Anwaltsklausur nicht, bloß vorzuschlagen, den Schriftsatz als elektronisches Dokument einzureichen. Vielmehr ist präzise herauszuarbeiten, in welcher Form das elektronische Dokument zu gestalten ist (vgl. § 130a Abs. 3 Satz 1 ZPO mit Alt. 1 [qualifizierte elektronische Signatur] und Alt. 2 [einfache Signatur und Einreichung auf einem sicheren Übermittlungsweg]).

Wenn also beispielsweise ein Mietvertrag in dem einzureichenden Schriftsatz erneut gekündigt werden soll (sog. Schriftsatzkündigung), ist an das Schriftformerfordernis des § 568 Abs. 1 BGB zu denken. Eine Surrogation durch die elektronische Form setzt nach § 126a Abs. 1 BGB eine qualifizierte elektronische Signatur voraus. Der Schriftsatz muss also i.S.v. § 130a Abs. 3 Satz 1 Alt. 1 ZPO qualifiziert elektronisch signiert werden. Dieses elektronische Dokument kann dann entweder auf einem sicheren Übermittlungsweg (§ 4 Abs. 1 Nr. 1 ERVV) oder per EGVP (§ 4 Abs. 1 Nr. 2 ERVV) übermittelt werden.

Für das Arbeitsrecht bedeutet dies, dass eine Schriftsatzkündigung im elektronischen Rechtsverkehr nicht mehr in Betracht kommt, weil § 623 Halbs. 2 BGB die elektronische Form für Kündigungen ausschließt.²⁸ Auch dieser Aspekt kann klausurrelevant sein.

III. Eingangszeitpunkt

Wenn zu klären ist, zu welchem Zeitpunkt ein elektronisches Dokument bei Gericht eingegangen ist, hilft § 130a Abs. 5 Satz 1 ZPO weiter. Danach kommt es auf den Zeitpunkt an, zu dem das elektronische Dokument auf der für den Empfang bestimmten Einrichtung des Gerichts gespeichert worden ist. Irrelevant für den Eingangszeitpunkt ist folglich, ob bzw. wann das elektronische Dokument bei Gericht ausgedruckt wird.²⁹

In einer Klausur kann das Problem auftauchen, dass der für die Abholung von Nachrichten eingesetzte Rechner im internen Netzwerk des Gerichts das fehlerfrei eingereichte Dokument aufgrund einer Störung nicht herunterlädt. Dadurch verschiebt sich der Eingangszeitpunkt des elektronischen Dokuments nicht. Nachgelagerte Fehler im internen Gerichtsbetrieb stehen der Wirksamkeit und Rechtzeitigkeit des Eingangs nicht entgegen.³⁰

Den Sonderfall, dass ein elektronisches Dokument für das Gericht zur Bearbeitung nicht geeignet ist, regelt § 130a Abs. 6 ZPO. Dann ist dies dem Absender unter Hinweis auf die Unwirksamkeit des Eingangs und auf die geltenden technischen Rahmenbedingungen unverzüglich mitzuteilen. Sofern der Absender das elektronische Dokument dann unverzüglich in einer für das Gericht zur Bearbeitung geeigneten Form nachreicht und glaubhaft macht, dass es mit dem zuerst eingereichten Dokument inhaltlich übereinstimmt, gilt das Dokument als zum Zeitpunkt der früheren Einreichung eingegangen (sog. Rückwirkungsfiktion).

C. Wiedereinsetzungsproblematik

Immer wieder tauchen in Klausuren Fragestellungen zum Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auf (§ 233 ZPO).³¹ Auch in diesem Zusammenhang lassen sich Probleme rund um den elektronischen Rechtsverkehr „einbauen“.

²⁸ Ascheid/Preis/Schmidt/Greiner, *Kündigungsrecht*, 6. Aufl. 2021, § 623 BGB Rn. 12; *Poguntke/von Villiez*, NZA 2019, 1097 (1099); kritisch *Müller*, NZA 2019, 11 (16).

²⁹ BT-Drs. 14/4987, S. 24.

³⁰ BGH NZA 2020, 1199 (1200).

³¹ Vgl. z.B. die Klausuren von *Lüneborg*, JuS 2013, 434 ff; *Schärtl*, JuS 2011, 717 ff; *Scherpe*, JuS 2014, 51 ff.

I. Faktische aktive Nutzungspflicht des beA?

In einer Klausur kann ein Sachverhalt geschildert werden, in dem ein Rechtsanwalt versucht, einen Schriftsatz per Fax an ein Gericht zu schicken. Aufgrund einer technischen Störung ist das Gericht per Fax aber nicht erreichbar. Es ist dann zu entscheiden, ob ein Wiedereinsetzungsantrag Erfolg haben wird.³²

Nach der Prüfung der Zulässigkeit des Wiedereinsetzungsantrags ist im Rahmen der Prüfung der Begründetheit des Wiedereinsetzungsantrags zu untersuchen, ob der Rechtsanwalt die von § 233 Satz 1 ZPO erfasste Frist ohne Verschulden versäumt hat. Da § 233 Satz 1 ZPO auf das Verschulden der Partei abstellt, ist noch § 85 Abs. 2 ZPO als Zurechnungsnorm zu nennen, bevor definiert wird, was unter Verschulden i.S.v. § 233 Satz 1 ZPO zu verstehen ist.

Ob einen Prozessbevollmächtigten ein Verschulden trifft, richtet sich nach einem objektiv-typisierenden Maßstab. Es ist auf die Person des Bevollmächtigten abzustellen. Verschuldensmaßstab ist die von einem ordentlichen Rechtsanwalt zu fordernde übliche Sorgfalt, wobei diese Anforderungen an die Sorgfaltspflicht nicht überspannt werden dürfen. Die Beachtung der Sorgfaltspflichten muss dem Bevollmächtigten im Einzelfall zumutbar sein. Sonst würde das Recht auf wirkungsvollen Rechtsschutz und auf einen zumutbaren Zugang zu den Gerichten verletzt. In Bezug auf Fristensachen ist deswegen von einem Rechtsanwalt zu verlangen, alles ihm Zumutbare zu tun, um die Wahrung von Rechtsmittelfristen zu gewährleisten.³³

Punctum saliens bei einem auf einen „Streik“ des Faxgeräts bei Gericht abzielenden Klausursachverhalts ist schließlich, ob von einem Rechtsanwalt in diesem Falle gefordert werden kann, einen Schriftsatz als elektronisches Dokument i.S.v. § 130a ZPO einzureichen. Diese Frage wird in Rechtsprechung und Literatur uneinheitlich beantwortet.³⁴

³² Vgl. zu Klausuren mit Wiedereinsetzungsantrag in dieser Konstellation, allerdings ohne Einbeziehung des elektronischen Rechtsverkehrs, *Kleszczewski/Rapp*, JA 2020, 590 (592); *Degenhart*, Klausurenkurs im Staatsrecht II, 8. Aufl. 2018, Fall 14.

³³ Vgl. z.B. BGH NJW-RR 2020, 940 (941); BGH NZM 2018, 287; BGH NJW-RR 2012, 122 (123).

³⁴ Insbesondere hat der BGH – entgegen anderslautenden Stimmen – nicht entschieden, ob von einem Rechtsanwalt in der geschilderten Konstellation eine Einreichung per beA verlangt werden kann. Die Entscheidung des BGH (NJW 2020, 2194 ff) bezieht sich auf einen Patentanwalt. Patentanwälten steht kein beA zur Verfügung. Ob ein Rechtsanwalt in einer vergleichbaren Lage verpflichtet wäre, den Schriftsatz per beA zu übermitteln, hat der BGH ausdrücklich offen gelassen. In dem Fall BGH NJW 2021, 390 ff wurde lediglich judiziert, dass einem Prozessbevollmächtigten, der das beA bisher nicht aktiv zum Versand von

Ausgangspunkt der Überlegungen kann die Rechtsprechung sein, dass von einem Rechtsanwalt, der sich und seine organisatorischen Vorkehrungen darauf eingerichtet hat, einen Schriftsatz per Fax zu übermitteln, nicht verlangt werden kann, beim Scheitern dieser Übermittlung infolge eines Defekts des Empfangsgeräts bei Gericht oder wegen Leitungsstörungen, innerhalb kürzester Zeit eine andere als die gewählte, vom Gericht offiziell eröffnete Zugangsart zu verwenden.³⁵ Daran anknüpfend wird argumentiert, dass einem Rechtsanwalt nicht vorgehalten werden kann, anstelle der Übermittlung per Fax eine andere Zugangsart wählen zu müssen, nämlich die Übermittlung im elektronischen Rechtsverkehr.³⁶

Andererseits ist es in der Rechtsprechung anerkannt, dass ein Rechtsanwalt beim Scheitern eines Übermittlungsversuchs gewisse Kompensationsbemühungen an den Tag legen muss. So hat der BGH beispielsweise judiziert, dass es einem Prozessbevollmächtigten zumutbar sei, eine ggf. vorhandene weitere Telefaxnummer eines Gerichts aus allgemein zugänglichen Quellen zu ermitteln, um den Schriftsatz dann an dieses Empfangsgerät zu übermitteln.³⁷ In Anlehnung daran könnte man argumentieren, dass Rechtsanwälte ohnehin eine passive Nutzungspflicht des beA trifft (§ 174 Abs. 3 Satz 1 ZPO), weswegen es keine überspannten Anforderungen seien, im Einzelfall auch eine aktive Nutzung einzufordern.³⁸

Klausurpraktisch lässt sich für diese Kontroverse festhalten, dass bei entsprechend sorgfältiger Argumentation beide Ergebnisse vertretbar sind.

II. Rechtsirrtümer

Nehmen wir an, dass in dem oben geschilderten Fall (A. II. 3. a)), in dem der Rechtsanwalt einen Schriftsatz nicht ordnungsgemäß einfach signiert hat, ein Wiedereinsetzungsantrag gestellt wird. Diesem Wiedereinsetzungsantrag kann kein Erfolg beschieden sein. Grundsätzlich kann man davon ausgehen, dass ein Rechtsirrtum eines Rechtsanwalts verschuldet ist. Eine irriige Auslegung des Verfahrensrechts kommt als Entschuldigungsgrund nur dann in Betracht, wenn der Prozessbevollmächtigte die volle, von einem Rechtsanwalt zu fordernde Sorgfalt aufgewendet hat, um zu einer richtigen Rechtsauffassung zu gelangen. Dabei ist ein strenger

Schriftsätzen genutzt hat, nicht vorgehalten werden kann, er hätte anstelle der Übermittlung per Telefax eine solche per beA wählen müssen.

³⁵ BVerfG NJW 1996, 2857 (2858).

³⁶ LG Mannheim NJW 2020, 940 (941).

³⁷ BGH NJW-RR 2017, 1084 (1085); BGH NJW-RR 2017, 629 (630); BGH NJW 2012, 3516 (3517).

³⁸ Vgl. OLG Dresden, NJW 2019, 3312 (3313 f); LG Krefeld NJW 2019, 3658 (3659).

Maßstab anzulegen. Insbesondere gilt, dass ein Rechtsanwalt bei einer zweifelhaften Rechtslage immer den sichersten Weg zu wählen hat (sog. Prinzip des sichersten Weges³⁹). Ein Rechtsanwalt muss sich anhand einschlägiger Fachliteratur über die aktuelle Rechtslage und den Stand der Rechtsprechung informieren. Bei in naher Vergangenheit liegenden Gesetzesänderungen oder bei offenen Rechtslagen ist besondere Aufmerksamkeit erforderlich.⁴⁰ Vor diesem Hintergrund spricht einiges dafür, dass ein Rechtsanwalt – unter Heranziehung der Gesetzesmaterialien bzw. einschlägiger Literatur – die Anforderungen an eine einfache elektronische Signatur hätte erkennen können.⁴¹

III. Elektronischer Fristenkalender

Denkbar ist weiterhin ein Sachverhalt im Kontext der Wiedereinsetzungsproblematik, in dem es um die Führung eines elektronischen Fristenkalenders geht.⁴² Nach der Rechtsprechung genügt ein Rechtsanwalt nur dann den an ihn zu stellenden Anforderungen, wenn der elektronische Fristenkalender in einer Weise geführt wird, die vor einer fehlerhaften Eintragung und einer irrtümlichen Löschung der Fristen schützt. Mit anderen Worten: Ein elektronischer Fristenkalender muss so geführt werden, dass er dieselbe Überprüfungssicherheit bietet wie ein traditioneller papiergebundener Kalender. Da bei der Eingabe von Fristen in einen elektronischen Fristenkalender spezifische Fehlermöglichkeiten bestehen (wie beispielsweise Datenverarbeitungsfehler oder Tippfehler), bedarf es besonderer Organisationsmaßnahmen, um die Fristeingabe zu kontrollieren. Es wird beispielsweise vorgeschlagen, diese Kontrolle durch einen Ausdruck der eingegebenen Einzelvorgänge oder eines Fehlerprotokolls vorzunehmen.⁴³ Genügt die Verfahrensweise eines Rechtsanwalt diesen Vorgaben nicht, wird ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand keinen Erfolg haben, wenn aufgrund der Nutzung eines elektronischen Fristenkalenders eine Frist versäumt wird.

³⁹ Vgl. dazu z.B. Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger/M. Otto, jurisPK-BGB, 9. Aufl. 2020, § 675 BGB, Rn. 70. Vgl. auch BGH NJW-RR 1990, 1241 (1242).

⁴⁰ BAG NJW 2020, 3476 (3478).

⁴¹ Dazu neigt auch BAG NJW 2020, 3476 (3478).

⁴² Zur Problematik der Führung eines Fristenkalenders in der Klausur vgl. z.B. Lüneborg, JuS 2013, 434 (436); Muckel/Ogorek, JA 2011, 281 (283).

⁴³ BAG NZA 2019, 1159 f.; BGH NJW 2019, 1456 (1457); BGH NJW-RR 2018, 1267 (1268).

IV. Ausgangskontrolle bei über das beA versandten fristwahrenden Schriftsätzen

Ein weiterer Klausurfall, der sich mit der Problematik der Wiedereinsetzung beschäftigt, kann an § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO angelehnt werden. Danach ist dem Absender eines elektronischen Dokuments eine automatisierte Bestätigung über den Zeitpunkt des Eingangs zu erteilen.

Nach der – aus welchen Gründen auch immer – gescheiterten Einreichung eines Schriftsatzes per beA könnte das Problem auftreten, dass in der Kanzlei des einreichenden Rechtsanwalts keine Eingangsbestätigung eingeht und dies dem zuständigen Personal in der Kanzlei nicht auffällt. Im Rahmen der Prüfung der Begründetheit des Wiedereinsetzungsantrags ist dann zu klären, ob die Partei ein Verschulden an der nicht fristgerechten Einreichung trifft (§ 233 Satz 1 ZPO). Zunächst ist darzulegen, dass der Partei nur das Verschulden des Anwalts zugerechnet wird (§ 85 Abs. 2 ZPO), nicht aber das Verschulden des Büropersonals, weil die ZPO keine § 278 BGB entsprechende Vorschrift enthält und § 278 BGB selbst ohnehin nur im Innenverhältnis zwischen der Partei und dem Prozessbevollmächtigten, nicht aber im Außenverhältnis gegenüber Gericht und Gegner wirkt.⁴⁴ Indes könnte den Rechtsanwalt ein Organisationsverschulden treffen, welches der Partei nach § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnen wäre.

Ein Rechtsanwalt hat durch organisatorische Vorkehrungen sicherzustellen, dass ein fristgebundener Schriftsatz rechtzeitig gefertigt und innerhalb der laufenden Frist beim zuständigen Gericht eingeht.⁴⁵ Zu diesem Zweck muss ein Rechtsanwalt eine zuverlässige Fristenkontrolle organisieren. Dazu gehört insbesondere die Führung eines Fristenkalenders.⁴⁶

Was die Ausgangskontrolle bei Übermittlungen per Fax angeht, muss ein Rechtsanwalt seine Angestellten anweisen, nach einer solchen Übermittlung anhand des Sendeprotokolls zu überprüfen, ob die Übermittlung vollständig und an den richtigen Empfänger erfolgt ist. Erst danach darf die Frist im Fristenkalender gestrichen werden.⁴⁷ Die anwaltlichen Sorgfaltspflichten im Kontext der Übermittlung fristgebundener Schriftsätze per Telefax gelten entsprechend für die Übersendung

⁴⁴ MüKo-ZPO/Toussaint, 6. Aufl. 2020, § 85 ZPO, Rn. 16; Musielak/Voit/Weth, ZPO, 17. Aufl. 2020, § 85 ZPO, Rn. 14.

⁴⁵ BGH NJW-RR 2018, 1325 (1326); BAG NJW 2016, 2522 (2523).

⁴⁶ BAG NJW 2016, 2522 (2523); BAG AP ZPO § 85 Nr. 23.

⁴⁷ BGH NJOZ 2019, 845 (846); BGH NJW 2016, 1742 (1743); BGH NJW-RR 2002, 60. Alternativ kann die Anweisung auch dahingehend lauten, die Frist erst dann aus dem

von Schriftsätzen im elektronischen Rechtsverkehr. Dabei tritt die automatisierte Bestätigung i.S.v. § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO an die Stelle des Sendeprotokolls beim Fax. Durch die Eingangsbestätigung soll dem Absender unmittelbar und ohne weiteres Eingreifen eines Justizbediensteten Gewissheit darüber verschafft werden, ob die Übermittlung an das Gericht erfolgreich verlaufen ist oder ob weitere Bemühungen zur erfolgreichen Übermittlung des elektronischen Dokuments erforderlich werden.⁴⁸ Bleibt eine solche automatisierte Bestätigung aus, besteht Anlass zur Überprüfung. In diesem Sinne kann ein Wiedereinsetzungsantrag keinen Erfolg haben, wenn ein Rechtsanwalt seinem Büropersonal keine dahinlautende Anweisung erteilt, Fristen im Fristenkalender erst nach der Überprüfung der erfolgreichen Übermittlung des Schriftsatzes an das Gericht unter Berücksichtigung der Eingangsbestätigung nach § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO zu streichen.⁴⁹ Aber auch eine solche Belehrung allein wäre nicht ausreichend. Vielmehr müsste der Rechtsanwalt zumindest stichprobenartig prüfen, ob die Anweisung befolgt wird.⁵⁰

D. Beweisrecht

Der Beweis mit einem elektronischen Dokument wird durch Vorlegung oder Übermittlung der Datei angetreten (§ 371 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Es handelt sich – wie sowohl die Titelüberschrift 6 des Buches 2, Abschnitt 1 der ZPO als auch die amtliche Überschrift von § 371 ZPO zeigt – um einen Beweis durch Augenschein.

Der Gesetzgeber hat sich bewusst dagegen entschieden, das elektronische Dokument den Vorschriften über den Beweis durch Urkunden zu unterstellen. Dabei ließ er sich von zwei Überlegungen leiten. Einerseits fehle dem elektronischen Dokument das Wesensmerkmal der Verkörperung auf einem unmittelbar, ohne technische Hilfsmittel lesbaren Schriftträger, auf das die Vorschriften über den Beweis durch Urkunden zugeschnitten sind. Andererseits würden die für private Schrifturkunden geltenden Vorschriften nicht dem hohen Beweiswert eines mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehenen elektronischen Dokuments gerecht.⁵¹

In §§ 371a, 371b ZPO werden allerdings für bestimmte Fälle die Vorschriften über die Beweiskraft privater Urkunden für entsprechend anwendbar erklärt. So

Fristenkalender zu streichen, wenn eine telefonische Rückfrage beim Empfänger erfolgt ist, vgl. BAG NJW 2016, 2522 (2523); BGH NJW-RR 2002, 60

⁴⁸ BT-Drs. 17/12634, S. 26.

⁴⁹ So BAG NJW 2019, 2793 (2795); OLG Saarbrücken NJW-RR 2020, 183 (185); LSG Bayern, NJW-RR 2018, 1453 (1455).

⁵⁰ Vgl. Fn. 52.

⁵¹ BT-Drs. 14/4987, S. 25.

legt beispielsweise § 371a Abs. 1 Satz 1 ZPO fest, dass auf private elektronische Dokumente, die mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen sind, die Vorschriften über die Beweiskraft privater Urkunden entsprechende Anwendung finden. Sie begründen also vollen Beweis dafür, dass die in ihnen enthaltenen Erklärungen vom Inhaber des Signaturschlüssels abgegeben worden sind (§ 416 ZPO).

Man kann sich auch für diese Beweisthematik Klausuren (insbesondere in Form von Zusatzfragen) vorstellen. Es dürfte sich in erster Linie um Themen für die mündliche Prüfung handeln, da insbesondere bei der Abgrenzung von Urkunden- und Augenscheinbeweis prozessuales Verständnis gefragt ist.

E. Zusammenfassung

Die Prognose ist nicht gewagt, dass Problematiken rund um den elektronischen Rechtsverkehr Einzug in die Klausurpraxis finden werden. Da Vorschriften zum elektronischen Rechtsverkehr in allen Verfahrensordnungen enthalten sind, handelt es sich nicht mehr um ein exotisches Phänomen, das als prüfungsirrelevant abgetan werden kann. Vielmehr stellen sich rund um den elektronischen Rechtsverkehr vielfältige Fragen, die sich in den Kontext bekannter Examensthemen einkleiden lassen. Bei der Lösung der Probleme geht es – wie so oft im juristischen Studium – nicht um Detailwissen. Vielmehr zeichnet sich eine gute Klausurbearbeitung durch kontinuierliche Arbeit mit dem Gesetzestext aus. Wenn dann an den problematischen Stellen eine argumentative Auseinandersetzung stattfindet, kommt es nicht darauf an, ob eine vermeintlich herrschende Meinung getroffen wird. Das ist am Ende trotz eines anfänglichen Fremdheitserlebnisses bei der Betrachtung von Fallgestaltungen zum elektronischen Rechtsverkehr eine beruhigende Erkenntnis

Privatautonomie und Vertragsfreiheit als Schutzgüter der Grundrechte

Teil 1: Begriff, Erscheinungsformen und verfassungsrechtliche Verortung

A. Einleitung

Privatautonomie und insbesondere die Vertragsfreiheit gelten als Grundpfeiler unserer heutigen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung¹, als *primus principum* der Privatrechtsordnung und der sich auf ihr konstituierenden Privatrechtsgesellschaft.² Die Privatautonomie ist konstituierendes Element einer am Individualprinzip ausgerichteten Wirtschaftsordnung, nicht zuletzt deshalb, weil sie Ausdruck eines größtmöglichen Minderheitenschutzes ist.³ Eine Gesellschaft ohne sie ist – gerade für die Generation, die nach dem Zusammenbruch der Sowjetunion und der Wiedervereinigung Deutschlands geboren wurde – nur sehr schwer vorstellbar.⁴ Während der letzten 100 Jahre deutscher und europäischer Wirtschaftsgeschichte, angefangen beim korporativen nationalen Liberalismus des Kaiserreichs bis zur heutigen „europäisch integrierten, sozial-marktwirtschaftlichen, post-modernen Dienstleistungsgesellschaft“, konnte sich der Vertrag „als die wichtigste privatrechtliche Institution individueller Selbstbestimmung“ behaupten.⁵

In der Vergangenheit waren Privatautonomie und Vertragsfreiheit immer wieder Gegenstand von Diskussionen, die etwa aus Anlass der Umsetzung von Vorgaben der EU durch den deutschen Gesetzgeber entbrannt waren, so z. B. das aus

* Der Verfasser ist Doktorand an der Universität des Saarlandes.

¹ Brenner in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 115 Rn. 28; vgl. auch BVerfGE 81, 242 (254) das von der Privatautonomie als „Strukturelement einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung“ spricht sowie Bruns, der die Vertragsfreiheit zum „gemeinsamen rechtskulturellen Erbe der westlichen Welt“ zählt, vgl. Ders., JZ 2007, 285 (286).

² Vgl. Isensee, in: Ders. (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2005, S. 239 (240).

³ Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 2007, S. 275.

⁴ Ähnlich auch Canaris, der den Zusammenbruch des „real-existierenden Sozialismus“ als Grund für die Wiederentdeckung des Interesses an der Vertragsfreiheit und an der Privatrechtsgesellschaft als „Gegenentwurf“ zu den Wirtschafts- und Rechtssystemen der ehemaligen Ostblock-Staaten herausstellt, vgl. Ders., in: Padua/Scholz (Hrsg.), FS Lerche, S. 873 (873).

⁵ So Martinek, Vertragsrechtstheorie und Bürgerliches Gesetzbuch, Vortrag anlässlich der Saartage 2005 an der Keio-University Tokyo, abrufbar unter archiv.jura.uni-saarland.de/projekte/Bibliothek/text.php?id=375 (zuletzt aufgerufen am 19.12.2020).

verschiedenen EU-Richtlinien hervorgegangene⁶ Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)⁷ oder die zahlreichen Verbraucherschutzvorschriften des BGB. Unter Titeln wie „Das Ende der Privatautonomie“⁸, „Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht?“⁹ oder „Die Totenglocke des Privatrechts läutet“¹⁰ wurde vor einer Entwertung von Privatautonomie und Vertragsfreiheit als Wesenselemente unserer Rechtsordnung und insbesondere vor einem Angriff auf die Fundamente der Privatrechtsordnung gewarnt,¹¹ die „vor den Toren einer sozialen Gleichmachungsethik“¹² enden. Dies belegt eindrücklich, dass Privatautonomie und Vertragsfreiheit durchaus Themen von hoher Aktualität und Brisanz sind.¹³ Zuletzt entfachte sich die Diskussion um die Reichweite der Vertragsfreiheit anhand der Frage nach der Zulässigkeit einer Differenzierung privater Leistungserbringer anhand des Kriteriums einer Impfung gegen das SARS-CoV2-Virus.¹⁴ All diese Entwicklungen zeigen auf, dass die Trennlinien zwischen privatrechtlicher Freiheit und staatlicher Intervention immer wieder neu infrage gestellt werden.

Jede staatliche Einmischung in die Freiheit des Einzelnen bedarf dabei nach überkommener Dogmatik einer Rechtfertigung, soweit in Grundrechte eingegriffen

⁶ Vgl. *Reppen*, in: Isensee (Hrsg.), *Vertragsfreiheit und Diskriminierung*, 2007, S. 11 (20) mit Nachweisen zu den einzelnen Richtlinien.

⁷ Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) vom 14.08.2006, BGBl. I, S. 1897.

⁸ *Baer*, ZRP 2002, 290.

⁹ Diesen Titel trägt die entsprechende Monographie von *Medicus*.

¹⁰ *Reppen* (Fn. 7), S. 11.

¹¹ So etwa *Isensee* (Fn. 3), S. 239 (242): „kein anderes Gesetz des letzten Jahrzehnts dränge die Vertragsfreiheit so weit zurück wie das AGG“; vgl. zur mittlerweile schwer zu überblickenden Diskussion im Übrigen etwa *Neuner*, JZ 2003, 57; *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, passim; *Mahlmann*, ZEuS 2002, 407; v. *Westphalen*, ZGS 2002, 283; *Adomeit*, NJW 2002, 1162; *Reppen* (Fn. 7), S. 11 (16 dort Fn. 17) m.w.N.

¹² *Martinek* (Fn. 6).

¹³ Dies äußert sich auch in der kaum mehr zu überblickenden Fülle von Monographien, Fest- und Zeitschriftenbeiträgen sowie Abhandlungen in einschlägigen Handbüchern. Der vorliegende Beitrag erhebt daher keine Anspruch auf Vollständigkeit, was die Einbeziehung dieser umfangreichen Literatur angeht.

¹⁴ Diese Diskussion wurde terminologisch verfehlt häufig unter dem Schlagwort der „Sonderrechte“ oder „Privilegien“ für Geimpfte geführt, die es aus Sicht einzelner Mitglieder der Bundesregierung zu verhindern galt, siehe zu dieser verfassungsrechtlich fragwürdigen Moralisierung rechtlich implizierter Auswahlentscheidungen etwa *Lindner*, Verfassungsblog 2020/12/29, online abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/privilegien-oder-lockdown> (zuletzt abgerufen am 03.01.2021); vgl. ferner zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen im Rahmen der Covid19-Impfkampagne der Bundesregierung zuletzt etwa *Wolff/Zimmermann*, NVwZ 2021, 182 ff.

wird. Der folgende Beitrag soll daher aufzeigen, inwieweit auch Privatautonomie und Vertragsfreiheit zu den grundrechtlich geschützten Freiheiten des Einzelnen gehören und unter welchen Voraussetzungen sich der Staat zum Wächter über die „Vertragsgerechtigkeit“ machen darf. Hierfür soll insbesondere der sog. Bürgerschaftsbeschluss des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) dargestellt werden. An ihm soll aufgezeigt werden, wie sich das Verständnis der Vertragsfreiheit als verfassungsrechtlich geschützte Freiheit verändert hat. Ferner soll der Frage nachgegangen werden, ob hieraus grundsätzliche Schlussfolgerungen für den Freiheitsbegriff des Grundgesetzes gezogen werden sollten.

B. Privatautonomie und Vertragsfreiheit

Zunächst ist es notwendig, die Begriffe der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit zu erläutern und insbesondere ihr Verhältnis zueinander zu klären.

I. Privatautonomie als Grundstein einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung

Typischerweise wird Privatautonomie verstanden als die Befugnis des Einzelnen, entsprechend seinen Bedürfnissen die eigenen Rechtsverhältnisse selbstverantwortlich und ohne staatliche Intervention ordnen zu können¹⁵ und damit zuvörderst als Garantie einer persönlichen Freiheit, d. h. eines rechtlichen Spielraums.¹⁶ Damit erlangt das Moment der *Nichteinmischung des Staates* grundlegende Bedeutung für die Begriffsdeutung der Privatautonomie.¹⁷ Die Rechtsordnung verzichtet darauf, mit Ge- und Verboten in diesen Raum persönlicher Gestaltungsfreiheit einzudringen. In einer auf dem Zusammenschluss einzelner Personen basierenden Gesellschaft ist Selbstbestimmung jedoch nur denkbar, wenn der Wille des Einzelnen von den anderen Mitgliedern der Gesellschaft respektiert wird. Selbstgestaltung ist daher – jedenfalls bei gleichzeitiger Anerkennung eines staatlichen Gewaltmonopols – nur dort möglich, wo die Rechtsordnung durch Bereitstellung materieller und auch prozessualer¹⁸ Regelungsmechanismen dem Willen des Einzelnen gem. dem

¹⁵ Vgl. BVerfGE 81, 242 (254); Hönn (Fn. 16), 57 (57); ähnlich auch Schapp, JuS 1992, 537 (544) der von der Fähigkeit der Person spricht, ihre Verhältnisse *vernünftig* zu regeln. Meistzitiert dürfte die prägnante Formulierung von Flume sein, wonach Privatautonomie zu verstehen ist als die Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den Einzelnen nach seinem eigenen Willen, vgl. Ders., in: FS 100 Jahre DJT Bd. 1, S. 135 (136).

¹⁶ Siehe Merz, Privatautonomie heute, S. 1 f. Instruktiv zur Privatautonomie als Rechtsbegriff: Busche, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S.13 ff.

¹⁷ Vgl. Busche (Fn. 17), S. 14.

¹⁸ Zwar könnte der Einzelne etwa eine Kaufpreisforderung aus einem entsprechenden Rechtsgeschäft auch selbst, etwa unter Zuhilfenahme von Gewalt durchsetzen. Da jedoch der

Grundsatz *pacta sunt servanda* (rechtliche) Geltung verschaffen kann.¹⁹ Zum passiven Moment der Nichteinmischung tritt so ein aktives Moment, in dem der Staat die Ausübung subjektiver Freiheit effektuiert. Das Prinzip der Selbstbestimmung findet in Gestalt der Privatautonomie auf diese Weise seine rechtserhebliche Bestätigung. Richtigerweise ist damit jedoch keine Ableitung einer bestimmten Befugnis vom Staat gemeint, sondern die rechtsverbindliche Anerkennung *natürlicher* Fähigkeiten und Befugnisse im Sinne eines dem Einzelnen zur Verfügung stehenden Rechtsgestaltungsfreiraums.²⁰ Der „Weg“ vom Selbstbestimmungsprinzip hin zum rechtlichen Institut der Privatautonomie verläuft dabei über den von den Mitgliedern der Privatrechtsgesellschaft²¹ demokratisch legitimierten Gesetzgeber, der durch die Bereitstellung rechtlicher Instrumentarien entscheidet, in welchem Umfang privatautonome Rechtsgestaltung möglich sein soll,²² etwa durch Festlegung eines Typenzwangs für absolut geltende Rechte an körperlichen Sachen.²³ Im Ergebnis einleuchtend daher die Feststellung des BVerfG, Privatautonomie bestehe nur im Rahmen der geltenden Gesetze.²⁴

II. Die rechtlichen Dimensionen der Privatautonomie

„Privatautonomie“ ist als solche Oberbegriff für eine Vielzahl von Rechtsinstitutionen, welche die Privatrechtsgesellschaft prägen. Im Wesentlichen zählen hierzu die

Staat das Gewaltmonopol für sich beansprucht, korrespondiert dem grundsätzlichen Verbot der Selbsthilfe ein *Justizgewährungsanspruch* des Einzelnen gegenüber dem Staat, vgl. nur BVerfGE 54, 277 (291); *Papier*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 176; *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, S. 235; *Gottwald/Rosenberg/Schwab*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 3 Rn. 1 ff.

¹⁹ Siehe BVerfGE 89, 214 (231); *Leenen*, Allgemeiner Teil des BGB, 2. Aufl. 2015, § 1 Rn. 10; *H. Huber*, Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit, 1966, S. 19 („Vertragsfreiheit kann nicht anders als nach Maßgabe der Rechtsordnung gewährleistet sein“); gem. *Flume* fordere die Vertragsfreiheit die Rechtsordnung als ihr Korrelat, vgl. *Ders.* (Fn. 16), S. 136 (137); *Busche* (Fn. 17), S. 63.

²⁰ In diesem Sinne *Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, 1967, S. 127; *Canaris*, AcP 184 (1984), 201 (218) m.w.N.; missverständlich *Habersack*, AcP 189 (1989), 403 (411) („Kompetenzübertragung“); *Merz* (Fn. 17), S. 3; treffend formuliert *Gysin*, Rechtsphilosophie und Grundlagen des Privatrechts, 1969, S. 301: „Die Autonomie wird doch ebensowenig die Persönlichkeit des Menschen durch das Gesetz erzeugt, sondern vom ihm bloß ‚anerkannt‘, normiert und geschützt.“

²¹ Siehe zu diesem Begriff *Riesenhuber*, Privatrechtsgesellschaft, 2007, passim.

²² Siehe *H. Huber* (Fn. 20), S. 18: „Die Einzelnen können nur Rechtsverhältnisse gestalten, die als Rechtsfiguren der Rechtsordnung eigen sind.“

²³ Sog. Numerus Clausus der Sachenrechte, vgl. *Lüke*, Sachenrecht, § 1 Rn. 28; *Gaier* in: *Säcker/Rixecker* (Hrsg.), MüKoBGB Bd. XI, 8. Aufl. 2020, Einl. SachenR Rn. 11.

²⁴ BVerfGE 89, 214 (231).

Eigentumsfreiheit, die Testierfreiheit sowie die Vertragsfreiheit.

1. Eigentumsfreiheit

„Eigentum ist gespeicherte Privatautonomie.“²⁵ § 903 S. 1 BGB steht hierfür exemplarisch: Der Eigentümer ist befugt, mit seiner Sache nach Belieben zu verfahren und andere von jeder Einwirkung auszuschließen, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen. Das Eigentum im grundrechtlichen Sinne reicht dabei bekanntermaßen über das bürgerlich-rechtliche Eigentum hinaus und umfasst alle vermögenswerten Rechte, d. h. nicht nur dingliche Rechte, sondern auch schuldrechtliche Forderungen.²⁶

2. Testierfreiheit/Erbrechtsgarantie

Die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG sichert die Privatautonomie über den Tod hinaus. Es hat die Funktion, das Privateigentum als Grundlage der eigenverantwortlichen Lebensgestaltung mit dem Tode des Eigentümers nicht untergehen zu lassen, sondern seinen Fortbestand im Wege der Rechtsnachfolge zu sichern. Die Erbrechtsgarantie ergänzt insoweit die Eigentumsgarantie und bildet zusammen mit dieser die Grundlage für die im Grundgesetz vorgegebene private Vermögensordnung.²⁷ Sie umschließt die Testierfreiheit des Erblassers, der insbesondere von Verfassungen wegen nicht zu einer Gleichbehandlung seiner Abkömmlinge gezwungen ist.²⁸ Teil der Privatautonomie ist aber auch das Recht des Erben, selbst darüber zu entscheiden, ob er die Rechtsnachfolge antreten möchte oder das Erbe ausschlagen will.²⁹

3. Vertragsfreiheit als pars pro toto der Privatautonomie

Privatrechtliche Selbstgestaltung erfolgt jedoch vor allem durch den Vertrag. Als Instrument einer selbstbestimmten Abgrenzung von Machtsphären im Prozess des Aushandelns effektiert dieser den Grundgedanken der Privatautonomie in der auf Gütertausch ausgerichteten Welt der Marktwirtschaft. Diese Aufgabe erfüllt der Vertrag, indem er die Individuen anspricht und deren Machtsphären legitimiert und

²⁵ *Isensee*, in: Ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 150 Rn. 64.

²⁶ Vgl. BVerfGE 45, 142 (179); BVerfGE 68, 193 (222); umfassend *Deppenheuer*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 111 Rn. 6 ff.

²⁷ BVerfGE 112, 332 (348); BVerfGE 91, 346 (358).

²⁸ BVerfGE 112, 332 (349); BVerfGE 67, 329 (345).

²⁹ Vgl. *Isensee* (Fn. 26), § 150 Rn. 64

gegeneinander abgrenzt,³⁰ Güter zuteilt sowie Beziehungen schafft, ausgestaltet und löst. Als wesentlicher Eckpfeiler einer freiheitlichen Rechtsordnung verwirklicht die Vertragsfreiheit den freien Willen der Rechtssubjekte, indem er ihre Kompetenzen zur selbstbestimmten Rechtsfolgensetzung anerkennt und ihnen ein Instrumentarium zur Seite stellt, in dessen Rahmen sich dieser Wille in verbindlicher Weise entfalten kann.³¹ Denn die Fähigkeit, dem anderen ein Versprechen zu geben und dieses um der Glaubwürdigkeit des Versprechenden wegen auch einzulösen, mag eine „natürliche Freiheit“ sein, doch nur die Qualifizierung des Vereinbarten als rechtsverbindlich sichert dem Einzelnen das notwendige Vertrauen in die vertragliche Absprache zu, auf das er als Grundlage für weitere Dispositionen seiner Güter angewiesen sein wird.³² Der Vertrag hat damit eine zentrale Ordnungsfunktion in der Privatrechtsgesellschaft. In positiver Hinsicht verhilft die Vertragsfreiheit der Privatautonomie zur Geltung, falls auf beiden Seiten der Wille zur Begründung eines bindenden Rechtsgeschäfts vorhanden ist.³³ In negativer Hinsicht sichert sie die Privatautonomie, indem sie ungewollte rechtsgeschäftliche Beziehungen und hierdurch schließlich auch ungewollte Zugriffe auf zugewiesene Güter verhindert. Der Vertrag verkörpert auf diese Weise „Freiheitsgewinn und Freiheitsverlust im freiwilligen Freiheitstausch“.³⁴

Daraus kann folgender Schluss gezogen werden: Wenn man von Vertragsfreiheit spricht, wird stets auch Privatautonomie gemeint.³⁵ Sie ist deren wichtigste Ausprägung³⁶ und ist zu verstehen als *pars pro toto* der Privatautonomie³⁷ bzw. als deren (notwendiges) Ordnungselement.³⁸ Sie soll daher im Folgenden schwerpunktmäßig

³⁰ Vgl. *Kant* „Recht ist der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür einer anderen Person nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit vereinigt werden kann“, *Ders.*, *Metaphysik der Sitten*, 1870, S. 32.

³¹ Vgl. BVerfGE 89, 214 (231): „Privatautonomie besteht nur im Rahmen der geltenden Gesetze“.

³² Private Willenserklärungen ohne gesetzliche Autorisierung blieben Absichten, Versprechungen oder ethische Selbstbindungen, vgl. *Kirchhof*, in: FS Ulmer, 2003, S. 1211 (1211). *Raiser* spricht zutreffend davon, dass sich das materielle Vertragsrecht überhaupt erst „vom Bedürfnis des Rechtsschutzes bei Vertragsbruch her“ entwickelt hat; vgl. *Ders.*, in: FS 100 Jahre DJT, Bd. I, 1960, S. 101 (115).

³³ Wann dies der Fall ist, bestimmt ebenfalls der Gesetzgeber.

³⁴ *Martinek* (Fn. 6).

³⁵ Vgl. *Roscher*, *Vertragsfreiheit als Verfassungsproblem*, 1974, S. 54. Häufig werden die Begriffe auch synonym benutzt, siehe *Flume*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* Bd. II, § 1 8 a (S. 12); *Manssen*, *Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt*, 1994, S. 132.

³⁶ Vgl. *Flume*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Bd. II, § 1; *Hönn* (Fn. 16), 57 (57) m.w.N.

³⁷ *Flume* (Fn. 16), S. 135 (138).

³⁸ Vgl. *Manssen* (Fn. 36), S. 132.

Gegenstand der weiteren Darstellung sein.

III. Der (Rechts-)begriff der Vertragsfreiheit

„Verträgen halte Treu‘! Was du bist, bist du nur durch Verträge.“ So heißt es in *Richard Wagners* „Rheingold“. ³⁹ Nicht nur in dieser dramaturgischen Überhöhung des Vertrages zeigt sich, dass der Begriff ein schillernder ist. Er entstammt dem Mittelhochdeutschen und beschreibt einen Vorgang: Das Sich-vertragen bzw. Übereinkommen. ⁴⁰ Immer dann, wenn jemand auf ein bestimmtes Verhalten eines anderen angewiesen ist, steht es ihm frei, mit diesem hierzu einen Vertrag abzuschließen. Diese Idee, wonach letztlich jeder Zwang nur durch den vertraglichen Dispens der Selbstbestimmung in diesem Bereich legitim sein kann, gehört nicht nur zum Grundbaustein der Privatrechtsgesellschaft, sondern findet sich auch wieder in den Schriften großer Staatstheoretiker, die unter dem Schlagwort der Lehre vom „Gesellschaftsvertrag“ unser heutiges Staatsverständnis ganz wesentlich prägen ⁴¹ Die Vertragsfreiheit ist zudem auch Grundbedingung freiheitlicher Demokratie, die nach Art. 6 Abs. 1 EUV als elementares Grundprinzip auch der Europäischen Union zugrunde liegt. ⁴²

Dabei ist der Vertrag an bestimmte historisch-politische Voraussetzungen gebunden, allen voran die Anerkennung der Willensfreiheit und der rechtlichen Gleichheit des Einzelnen und unterliegt daher einem geschichtlichen Wandel. ⁴³ Vertragsfreiheit

³⁹ Diese Worte legt *Wagner* dem Riesen Fasolt in den Mund, der vom Gottvater Wotan den Lohn für die Errichtung der Burg Walhall einfordert, vgl. *Ders.* Das Rheingold, Zweite Szene; hierzu *Martinek* (Fn. 6).

⁴⁰ Vgl. *Seebold*, in: Kluge (Hrsg.), *Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache*, 24. Aufl. 2002, S. 958.

⁴¹ Die Idee einer freiheitlichen Verständigung dient dabei als Rechtfertigung des Staates, siehe hierzu *Kirchhof*, *Der Vertrag – Instrument der Freiheit*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 24. 12. 2014, S. 7.

⁴² Vgl. *Bruns* (Fn. 2), 385 (390).

⁴³ Vgl. zur historischen Entwicklung der Vertragsfreiheit und dem wandelnden Vertragsverständnis etwa grundlegend *Kaiser*, *Zum Verhältnis von Vertragsfreiheit und Gesellschaftsordnung während des 19. Jahrhunderts*; *Scherrer*, *Die geschichtliche Entwicklung des Prinzips der Vertragsfreiheit*; *Nanz*, *Entstehung des Vertragsbegriffs*; *Reppen* (Fn. 7), S. 11 (45 ff.); *Arnold*, *Vertrag und Verteilung*, 2014, S. 192 ff.; *Busche*, *Privatautonomie und Kontrahierungszwang*, S. 46 ff.; zum Einfluss des europäischen Privatrechts vgl. *Bruns* (Fn. 2), 385 (391), der davon ausgeht, dass sich die EU auf dem „Weg zur zentral regulierten Privatrechtsordnung mit paternalistisch ausgeformter Vertragsfreiheit befindet; ferner *Kaser/Knütel*, *Römisches Privatrecht*, § 33 Rn. 2 f. (zum Ursprung im Römischen Recht); zum Vertragsverständnis im Nationalsozialismus *Stoll/Felgenträger*, *Vertrag und Unrecht*, S. 43 ff.; *Reiter*, *Vertrag und Geschäftsgrundlage im deutschen und italienischen Recht*, S. 80 ff.; zum Konzept der Vertragsfreiheit im jungen BGB *Limbach*,

meint nach diesem Verständnis die Freiheit des Einzelnen, selbst darüber zu entscheiden, *ob, mit wem* und *mit welchem Inhalt* er einen Vertrag abschließen will.⁴⁴ Dies führt zu den verschiedenen Dimensionen der Vertragsfreiheit, die im Folgenden kurz dargestellt werden sollen.

IV. Die Erscheinungsformen der Vertragsfreiheit

Vertragsfreiheit ist nicht eindimensional. Es wird vielmehr zwischen verschiedenen Formen der Ausübung der Vertragsfreiheit unterschieden.⁴⁵

1. Abschlussfreiheit⁴⁶

Unter Abschlussfreiheit versteht man die rechtliche Befugnis bzw. Kompetenz, eigenverantwortlich darüber zu entscheiden, *ob* ein Vertrag geschlossen werden soll und *mit wem*⁴⁷. Dabei kann zwischen positiver und negativer Freiheit in diesem Sinne unterschieden werden: Die negative Abschlussfreiheit gewährleistet ein Betätigungsfeld frei von der Einwirkung anderer, d. h. eine Freiheit, wonach die Rechtsverhältnisse des Einzelnen ohne seinen Willen nicht vertraglich bestimmt werden können.⁴⁸ Die positive Abschlussfreiheit hingegen gewährleistet die freie Auswahl des Vertragspartners. Das Gegenteil wäre ein Kontrahierungszwang, wie er nur punktuell vom Gesetzgeber vorgesehen ist. Ein solcher verschafft dem Berechtigten einen Anspruch auf Abgabe eines Angebots durch den Verpflichteten oder die Annahme eines vom berechtigten abzugebenden Angebots (zu jeweils angemessenen Bedingungen), dessen Erfüllung notfalls auf dem Rechtsweg erzwungen werden kann.⁴⁹ Ein solcher Abschlusszwang ist vor allem im Bereich der Daseinsvorsorge vorgesehen,⁵⁰ wo der Leistungsaustausch zwar im Rahmen privatrechtlicher

JuS 1985, S. 10 (11); *Knobel*, Wandlungen im Verständnis der Vertragsfreiheit, S. 20 ff. sowie *Wieacker*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher, 1953, S. 22.

⁴⁴ Vgl. *Musielak*, JuS 2017, 949 (949).

⁴⁵ Vgl. statt vieler *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, S. 11 sowie *Musielak* (Fn. 45), 949 (950 f.).

⁴⁶ Diese Aufteilung in Abschluss-, Inhalts- und Formfreiheit findet sich ebenfalls etwa in § 105 S. 1 GewO wieder: „Arbeitgeber und Arbeitnehmer können Abschluss, Inhalt und Form des Arbeitsvertrages frei vereinbaren (...)“; anders etwa *Manssen* (Fn. 36), S. 119, der nur zwischen Abschluss und Gestaltungsfreiheit unterscheiden will und als zusätzliche Form noch die „Auflösungsfreiheit“ nennt.

⁴⁷ Dies wird teilweise als eigene Kategorie der „Kontrahentenwahlfreiheit“ gesehen, vgl. *Busche*, in: *Säcker/Rixecker* (Hrsg.), *MüKoBGB* Band I, 8. Aufl. 2018, Vorbemerkung zu §§ 145 ff. Rn. 2.

⁴⁸ Vgl. *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, § 17 Rn. 661, 664.

⁴⁹ *BeckOKBGB/Eckert*, Stand 01.11.2020, § 145 Rn. 12 f.

⁵⁰ Siehe etwa §§ 18, 36 ff. EnWG, §§ 1, 22 PBefG, § 10 AEG, §§ 21 Abs. 2 S. 3 LuftVG, §§ 11,

Verträge stattfindet, der Staat jedoch eine Gewährleistungsverantwortung trägt, der er u. a. mit Vorgaben zum Zustandekommen dieser privatrechtlichen Rechtsbeziehungen gerecht wird. Auch mittelbar kann dem Berechtigten aus gesetzlichen Vorschriften ein Anspruch auf Abschluss eines Vertrages bzw. Abgabe der erforderlichen Willenserklärungen zustehen, etwa aus §§ 18 ff., 33 GWB für Unternehmer oder § 826 BGB für Private.⁵¹ Letzterem kommt vor allem infolge des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG)⁵² größere Bedeutung zu, wenn der unzulässig Diskriminierte die Leistung nicht anderweitig erlangen kann.⁵³ Bei Verletzung dieser mittelbaren Kontrahierungspflichten wird dem Berechtigten von der Rspr. ein Schadensersatzanspruch zuerkannt, der im Wege der Naturalrestitution (§ 249 S. 1 BGB) auf den Vertragsabschluss zielt,⁵⁴ eine abweichende Auffassung in der Lit. hält demgegenüber (wegen des fehlenden Erfordernisses eines Verschuldens) einen quasinegatorischen Unterlassungsanspruch für die passende Rechtsfolge.⁵⁵

2. Inhaltsfreiheit

Eine wesentliche Manifestation der Vertragsfreiheit ist zudem die Inhaltsfreiheit. Darunter ist die Möglichkeit zu verstehen, den Inhalt des Vertrages (einvernehmlich) so zu bestimmen, wie er der zu regelnden Situation nach dem Parteiwillen am ehesten gerecht wird.⁵⁶ Der Gegensatz hierzu wäre eine abschließende und zwingende Regelung von Vertragstypen durch den Gesetzgeber⁵⁷ oder eine Vorgabe für den Inhalt der Verträge.⁵⁸ Die stärkste Einschränkung findet die Inhaltsfreiheit

12 18 PostG, § 5 PflVG, § 31 ZKG, §§ 48, 49 BRAO für beigeordnete Rechtsanwälte oder aus wettbewerbsrechtlichen Gründen in § 19 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GWB. Siehe BeckOKBGB/*Eckert*, Stand 01.11.2020, § 145 Rn. 14 mit weiteren Beispielen.

⁵¹ Siehe etwa BGHZ 44, 279 (283); vgl. BeckOKBGB/*Eckert*, Stand 01.11.2020, § 145 Rn. 15; jurisPKBGB/*Backmann*, 8. Aufl. 2017, § 145 Rn. 34 ff. jeweils m.w.N.

⁵² Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14.08.2006, BGBl. I, S. 1897.

⁵³ Siehe etwa jurisPKBGB/*Backmann*, 8. Aufl. 2017, § 145 Rn. 36 m.w.N.

⁵⁴ RGZ 155, 257 (283 f.); BGHZ 21, 1 (7 f.); BGHZ 44, 283; LG Oldenburg NJW-RR 1992, 53 f.; vgl. BeckOKBGB/*Eckert*, Stand 01.11.2020, § 145 Rn. 15 m.w.N.

⁵⁵ Staudinger/*Bork*, BGB, 2015, Vor § 145 Rn. 20, 27; siehe jurisPKBGB/*Backmann*, 8. Aufl. 2017, § 145 Rn. 38 m.w.N.

⁵⁶ Instruktion *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts, 2003, S. 564; *Braun*, Einführung in die Rechtswissenschaft, 4. Aufl. 2011, S. 182.

⁵⁷ Zur Beschränkung durch Verbraucherschutzgesetze vgl. *Rittner*, JZ 2011, 269.

⁵⁸ So findet beispielsweise im Energiemarkt eine staatliche Regulierung der Entgelte statt, die ein Netzbetreiber für den Transport von Elektrizität oder Gas durch seine Transportnetze verlangen darf, siehe hierzu *Kühling/Rasbach/Busch*, Energierecht, 4. Aufl. 2018, S. 114 ff. Zudem sieht der Gesetzgeber Vorgaben für die Verträge über den Anschluss an das Energieversorgungsnetz vor, siehe etwa die Niederspannungsanschlussverordnung (NAV) auf Grundlage von § 18 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 EnWG.

daher etwa in Gestalt des Typenzwangs, wie er im Sachen-, Familien- und Erbrecht gilt und die Parteien dort auf die vom Gesetz vorgegebenen Vertragstypen verweist.⁵⁹ Daneben bestehen die allgemeinen Grenzen von § 134 BGB (gesetzliches Verbot), § 138 Abs. 1 BGB (Sittenwidrigkeit), § 242 BGB (Treu und Glauben) und § 826 BGB (sittenwidrige Schädigung).⁶⁰

3. Formfreiheit

Schließlich stellt es die Vertragsfreiheit dem Einzelnen frei, in welcher Form er sein rechtsgeschäftliches Wollen zum Ausdruck bringt, so dass die Rechtsordnung, um eine unkomplizierte und ungehinderte Abwicklung von Rechtsgeschäften zu ermöglichen, ein dahingehend möglichst hindernisfreies System zur Verfügung stellen muss.⁶¹ Gesetzlicher Formzwang, z. B. in Form des § 311b Abs. 1 BGB, bedarf damit besonderer Rechtfertigung im Einzelfall.⁶²

C. Die grundrechtliche Herleitung der Vertragsfreiheit

I. Die Vertragsfreiheit als Gegenstand des Verfassungsrechts

Anders als die Weimarer Reichsverfassung,⁶³ in welcher die Vertragsfreiheit in Art. 152 ausdrücklich genannt war,⁶⁴ findet sie im Grundgesetz keine explizite Erwähnung.⁶⁵ Lediglich in einigen Landesverfassungen⁶⁶ finden sich entsprechende Formulierungen. Die Zurückhaltung des Verfassungsgebers kann durchaus mit Verwunderung betrachtet werden angesichts der Tatsache, dass andere wichtige Institutionen der Privatrechtsgesellschaft, wie etwa die Testier- und Eigentumsfreiheit in

⁵⁹ JurisPKBGB/*Backmann*, 8. Aufl. 2017, § 145 Rn. 45 m.w.N.

⁶⁰ JurisPKBGB/*Backmann*, 8. Aufl. 2017, § 145 Rn. 45 m.w.N.

⁶¹ Wie es etwa der deutsche Gesetzgeber mit den §§ 145 ff. BGB getan hat, die ohne unnötig formalistische Anforderungen zu stellen, Annahme und Angebot der Vertragsparteien anhand von Erklärungen und tatsächlicher Handlungen als rechtlich verbindliche Akte anerkennen.

⁶² Schreibt der Gesetzgeber eine bestimmte Form vor, verfolgt er damit in der Regel eine Beweis- oder Warnfunktion, so etwa im Fall der §§ 311b Abs. 1 S. 1 oder 766 BGB, vgl. *Musielak* (Fn. 45), 949 (952).

⁶³ Verfassung des Deutschen Reichs vom 1. 8. 1919, RGBl. S. 1383

⁶⁴ Auf die eher geringe Wirkungskraft dieser Vorschrift hinweisend *Huber* (Fn. 20), S. 2.

⁶⁵ Interessanterweise gelangte die Vertragsfreiheit dafür in der späten DDR zu förmlichem Verfassungsrang. Dies lässt sich mit dem besonderen Klarstellungsbedürfnis erklären, das dem Vertrag als einem Gegenentwurf zum sozialistischen Wirtschaftssystem innewohnte, vgl. *Isensee* (Fn. 26), § 150 Rn. 48 m.w.N.

⁶⁶ So etwa Art. 44 der Saarländischen Verfassung; ebenfalls Art. 52 Abs. 1 der Verfassung für Rheinland-Pfalz; schließlich Art. 151 der Verfassung für den Freistaat Bayern; vgl. hierzu *Isensee* (Fn. 26), § 150 Rn. 45.

Art. 14 GG oder die Vereinigungsfreiheit in Art. 9 GG, ausdrücklich erwähnt sind. Jedoch kann hieraus mitnichten *e contrario* gefolgert werden, die Vertragsfreiheit sei seit Inkrafttreten des Grundgesetzes 1949 nicht mehr verfassungsrechtlich geschützt.⁶⁷ Es ist gerade die Eigenart von Verfassungstexten im Allgemeinen und dem Grundgesetz im Besonderen, dass eine grundrechtliche Aussage des Verfassungstextes nicht streng am Wortlaut ausgelegt werden darf, sondern eine einzelne Formulierung häufig eine Mehrzahl normativer Wertungen und damit mehrere subjektive Berechtigungen enthält.⁶⁸ Die Abstraktionsintensität verfassungsrechtlicher Normen verhält sich daher nicht selten genau umgekehrt proportional zur Reichweite der ihr entnommenen normativen Aussagen.

II. Vertragsfreiheit als Gegenstand des einfachen Rechts

Trotz oder gerade wegen dieser begrifflichen Offenheit des Grundgesetzes ist es nicht gänzlich unbestritten, ob die Vertragsfreiheit (überhaupt) Gegenstand grundrechtlicher Gewährleistungen ist. Nach einer vereinzelt vertretenen Auffassung ist die Vertragsfreiheit lediglich eine Erscheinungsform des einfachen Rechts. Parlament und Exekutive können in diesem Rahmen gestaltend tätig werden, ohne einer spezifisch verfassungsrechtlichen Rechtfertigungspflicht unterworfen zu sein,⁶⁹ etwa bei Eingriffen aus Gründen des Verbraucherschutzes.⁷⁰ Vertragsfreiheitliche Erwägungen seien demnach nicht verfassungsrechtlich veranlasst, sondern in ihrem Kern Ausfluss gesellschafts- und wirtschaftspolitischer Erwägungen. Vertragsfreiheit sei vielmehr die einfachrechtliche Ausformung des verfassungsrechtlichen Prinzips der wirtschaftlichen Selbstbestimmung; die in Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete allgemeine Handlungsfreiheit und die Vertragsfreiheit könnten nicht gleichgesetzt werden.⁷¹ Die notwendige Gewährung staatlicher Durchsetzungsmacht sei auch ohne einen verfassungsrechtlichen Schutzschild möglich.⁷² Andere wollen der Vertragsfreiheit lediglich die Stellung eines „Abstraktionsbegriffs“ bzw. allgemeinen

⁶⁷ Vgl. Höfling, Vertragsfreiheit, 1991, S. 5 (insb. Fn. 29); ebenso bereits E. R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, 2. Aufl. 1953, S. 661; siehe zur unrühmlichen Rolle des letztgenannten Autors im Verfassungsrecht des Dritten Reichs etwa Wiederin, in: Grothe (Hrsg.), Ernst Rudolf Huber, 2015, S. 199 ff.

⁶⁸ Vgl. Isensee (Fn. 26), § 150 Rn. 50.

⁶⁹ So Roscher (Fn. 36), S. 56: Vertragsfreiheit bleibe als einfachgesetzlicher Grundsatz jederzeit verfassungsunabhängig abänderbar.

⁷⁰ Struck, DuR 1988, 39 (43).

⁷¹ Roscher (Fn. 36), S. 55 f.

⁷² Struck, DuR 1988, 39 (47 ff.); vgl. auch die Deutung Repgens, wonach Grund für die abweichende Ansicht Strucks eine „Differenz im Begrifflichen“ sei, siehe Repgen (Fn. 7), S. 11 (47 dort Fn. 93).

Grundsatzes zuerkennen. Vertragsfreiheit sei insoweit zwar von der Gesamtscheidung des Grundgesetzes für eine Privatrechtsordnung getragen, sei selbst aber nicht Teil der grundrechtlichen Gewährleistungen.⁷³ Auch *Flume* hielt eine grundrechtliche Gewährleistung für verzichtbar und meinte, ein Gesetzesvorbehalt sei insofern selbstverständlich, als sich die Vertragsfreiheit nur „im Recht“ betätigen könne.⁷⁴

III. Vertragsfreiheit als Ausfluss des Rechts auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit

Nach der freilich weit überwiegenden Gegenauffassung genießt die Vertragsfreiheit sehr wohl grundrechtlichen Schutz. Dabei ist jedoch streitig, wo genau dieser Schutz im Grundrechtskatalog des Grundgesetzes zu verankern ist. Die Auslegung des in Art. 2 Abs. 1 GG gewährleisteten Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit als eine allgemeine Handlungsfreiheit im umfassenden Sinne, also einem Recht, zu tun und zu lassen, was man will,⁷⁵ wird von der herrschenden Meinung zum Anlass genommen, auch die Vertragsfreiheit als *Freiheit zur Entscheidung, ob, mit wem und mit welchem Inhalt* man einen *Vertrag schließt*, jedenfalls grundsätzlich als Gegenstand der allgemeinen Handlungsfreiheit und damit als von Art. 2 Abs. 1 GG geschützt anzusehen.⁷⁶

⁷³ So *Huber* (Fn. 20), S. 31; ausdrücklich ablehnend steht er insbesondere der Einordnung der Vertragsfreiheit als eine Art Institutionsgarantie gegenüber: „Die Vertragsfreiheit ist weder Institut noch Institution, sondern Abstraktionsbegriff, das heißt ein äußerst allgemeiner Grundsatz. So muss die Verfassung für jene erste Verteilung einfach Vertrauen in den Zivilrechtsgeber haben, daß er an den Stellen seiner Verantwortung Regelung treffe, die insgesamt, wenn man die Addition macht, den Namen Vertragsfreiheit noch verdient. Die Gefahr, daß sie ihn nicht mehr verdiene, ist auch nicht so groß und so aktuell wie beim Eigentum.“, vgl. *Ders.*, ebd.

⁷⁴ Der Einzelne könne zwar bestimmen, ob und welche Rechtsverhältnisse er mit wem gestalten wolle, dies aber nur in der Weise, wie es von der Rechtsordnung anerkannt werde. Daher stünden etwa einem Verbot von Erbverträgen, einer Verringerung der Rechtsfiguren des Sachenrechts oder einer Reduzierung des dispositiven Rechts im Bereich des Schuldrechts keine verfassungsrechtlichen Bedenken entgegen, vgl. *Flume*, in: v. Caemmerer et al. (Hrsg.), FS 100 Jahre DJT Bd. I, S. 135 (136 ff.).

⁷⁵ Grundlegend BVerfGE 6, 32 (36 f.); BVerfGE 80, 137 (152 ff.); BVerfGE 90, 145 (171); BVerfGE 91, 335 (338); *Cornils*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 168 Rn. 1 ff., 52; *Degenhart*, JuS 1990, 161 (162 f.); v. Münch/Kunig/Kunig/Kämmerer, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 21 ff.; *Sachs/Murswiek*, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 42 ff.

⁷⁶ St. Rspr.: BVerfGE 12, 341 (347); BVerfGE 65, 196 (210); BVerfGE 70, 115 (123); BVerfGE 89, 48 (61); BVerfGE 95, 173 (188); BVerfGE 117, 163 (181); zuletzt BVerfG NJW 2019,

IV. Vertragsfreiheit als Gegenstand verschiedener grundrechtlicher Gewährleistungen

Fraglich ist jedoch, ob Art. 2 Abs. 1 GG nur subsidiär herangezogen werden kann oder ob es die einzige und abschließende Grundlage bildet. Die lange Zeit kaum bestrittene These, die Vertragsfreiheit in allen ihren Erscheinungsformen verfassungsrechtlich in Art. 2 Abs. 1 zu verorten,⁷⁷ wird jedoch heute als zu undifferenziert angesehen. Art. 2 Abs. 1 GG sei vielmehr als Auffangtatbestand konstruiert und daher auch in Bezug auf die Vertragsfreiheit nur als ein solcher, subsidiär anwendbarer Grundrechtsschutz zu verstehen.⁷⁸ Auch für die Vertragsfreiheit müsse daher danach differenziert werden, welche Erscheinungsformen eines Vertrages von welchem speziellen Grundrecht erfasst werden.⁷⁹ Nach der Rechtsprechung des BVerfG und der wohl herrschenden Ansicht in der Literatur soll die Vertragsfreiheit daher nur dann über das Auffangrecht des Art. 2 Abs. 1 geschützt sein, wenn sie nicht Gegenstand eines Einzelgrundrechts ist. Soweit diese nämlich spezifische Formen einvernehmlich rechtsgeschäftlichen Handelns unter ihren besonderen Schutz stellen, würde die nur subsidiär wirkenden Norm des Art. 2 Abs. 1 GG verdrängt werden und sei insofern thematisch verbraucht.⁸⁰

So seien etwa eherechtliche Verträge bzw. Abreden (z. B. betreffend das Güterrecht, den Versorgungsausgleich oder das Unterhaltsrecht) durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützt,⁸¹ Verträge zur Gründung einer Gesellschaft (etwa einer OHG oder eines Vereins) hingegen durch Art. 9 Abs. 1 GG⁸². Verträge im Bereich des Arbeitsrechts

3054 (3061); Sachs/*Murswiek/Rixen*, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 54 ff. sowie *Kahl*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 124 Rn. 45 m.w.N.

⁷⁷ So etwa BVerfGE 1, 321 (323 f.); *Nipperdey*, Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, 1954, S. 11; 661; *Roscher* (Fn. 36), S. 46 ff.; *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2004, S. 188 f., 469 ff.; *Basedow*, Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung, 1992, S. 24; vgl. ferner *Isensee* (Fn. 26), § 150 Rn. 57 (Fn. 117) m.w.N.

⁷⁸ Vgl. *Erichsen*: in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts VI, 3. Aufl. 2008, § 152 Rn. 59; *Isensee* (Fn. 3), S. 239 (248).

⁷⁹ Vgl. *Manssen* (Fn. 36), S. 133 ff.; *Höfling* (Fn. 63), S. 9 ff. jeweils m.w.N.

⁸⁰ So BVerfGE 8, 274 (278): „Als Ausfluß der allgemeinen Handlungsfreiheit schützt Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz auch die Freiheit im wirtschaftlichen Verkehr und die Vertragsfreiheit, soweit sie nicht durch besondere Grundrechtsbestimmungen gewährleistet sind“; sowie statt vieler *Isensee* (Fn. 26), § 150 Rn. 57 m.w.N. (dort Fn. 117).

⁸¹ BVerfGE 53, 224 (245); BVerfGE 36, 146 (161); BVerfGE 31, 58 (69 ff.).

⁸² Vgl. *Scholz*, AöR 100 (1975), 80 (129); Aufgrund des im Gesellschaftsrecht geltenden Typenzwangs ist jedoch anerkannt, dass Art. 9 Abs. 1 GG nicht die Freiheit umfasst, beliebige gesellschaftsrechtliche Vereinbarungen zu treffen und etwa eine „GbRmbH“ zu gründen, vgl. *Höfling* (Fn. 63), S. 17; für den zugrunde liegenden Fall der GbRmbH siehe BGHZ 142, 315.

sollen dem Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG unterfallen⁸³ und Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG erfasse die weiteren vertraglichen Regelungen zur dynamischen Nutzung des Eigentums, z. B. die rechtsgeschäftliche Übertragung⁸⁴. Auch soweit Art. 2 Abs. 1 GG in diesem Sinne „zurücktritt“, bleibe es dennoch bei dem aus Art. 2 Abs. 1 GG abgeleiteten Vorrang der Privatautonomie, so dass die dort enthaltene Grundaussage der allgemeinen Handlungsfreiheit insoweit in die sie effektuierenden speziellen Grundrechtsgewährleistungen ausstrahle.⁸⁵ Die Vertragsfreiheit präsentiert sich nach dieser Ansicht als ein „terminologisches Substrat“⁸⁶ bzw. ein gemeinsamer Topos verschiedener grundrechtlicher Gewährleistungen. Wird daher vom Schutz der Vertragsfreiheit durch Art. 2 Abs. 1 GG gesprochen, so steht dies nach dieser Ansicht unter dem stets mitgedachten Vorbehalt des Vorrangs von Spezialgrundrechten.⁸⁷

Kritisiert wird an dieser Ansicht, die Verortung der Vertragsfreiheit in verschiedenen Grundrechten führe infolge des jeweils wechselnden Maßstabs der Rechtfertigung grundrechtlicher Eingriffe zu einem uneinheitlichen Niveau des grundrechtlichen Schutzes. Eingriffe in die Vertragsfreiheit unterlägen somit, je nach thematischer Einordnung, einem mehr oder weniger strengen Vorbehalt. Erforderlich sei daher ein einheitlicher Schutzzumfang, um auch in verschiedenen Bereichen grundsätzlich einen gleichen grundrechtlichen Schutz privatautonomer Vertragsentscheidungen erzeugen zu können und so die Vertragsfreiheit als Wert an sich vor (unberechtigtem) staatlichem Zugriff zu schützen.⁸⁸

V. Vertragsfreiheit als unbenanntes Freiheitsrecht im Rahmen des Art. 2

Abs. 1 GG

Dieser Kritik nimmt sich ein Ansatz an, der die Vertragsfreiheit in den Stand eines unbenannten Freiheitsrechts erhebt, einer sogenannten Innominatfreiheit.⁸⁹ Die Ent-

⁸³ St. Rspr.: BVerfGE 68, 193 (223 f.); BVerfGE 95, 173 (188); BVerfGE 123, 186; vgl. ferner *Breuer* in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 115 Rn. 38 f. m.w.N.

⁸⁴ Siehe BVerfGE 24, 367 (390); *Wendt*, Eigentum und Gesetzgebung, 1985, S. 272; Umstritten ist hierbei indes, ob Art. 14 Abs. 1 GG nur die dinglichen Rechtsgeschäfte umschließt oder auch die diese begleitenden Verpflichtungsgeschäfte. Letzterem Ansatz folgend hat etwa das BVerfG die Grenzen mietrechtlicher Verträge am Maßstab des Art. 14 Abs. 1 GG erörtert, vgl. BVerfGE 53, 352 (358); vgl. auch *Höfling* (Fn. 63), S. 15.

⁸⁵ Vgl. *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 58.

⁸⁶ *Höfling* (Fn. 63), S. 9.

⁸⁷ Vgl. *Scholz*, AöR 100 (1975), S. 127 ff.

⁸⁸ Vgl. *Knobel*, Wandlungen im Verständnis der Vertragsfreiheit, 2000, S. 120 f.

⁸⁹ Ebenso *Manssen* (Fn. 36), S. 187 ff.; *Miethaner*, AGB-Kontrolle versus Individualvereinbarung, 2010, S. 9 ff.; *Weischer*, Das Grundrecht auf Vertragsfreiheit, 2013,

wicklung solcher unbenannter Freiheitsrechte verfolgt den Zweck, solche im Verfassungstext nicht explizit unter Schutz gestellte Lebenssachverhalte als besonders schutzwürdig herauszustellen und so – durch „Verfestigen“ der etwa von der Rspr. entwickelten Schutzstandards und „Schranken-Schranken“ – das Ausmaß der Freiheit voraussehbar zu machen.⁹⁰ Ihre Privilegierung gegenüber den sonstigen, teilweise „banalen“ Ausprägungen menschlicher Handlungsfreiheit, äußert sich dabei zuvörderst in einer strikteren Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes mit erhöhter Rechtfertigungslast bei Eingriffen seitens des Staates.⁹¹ Die Existenz unbenannter Freiheitsrechte im System des Grundgesetzes ist spätestens seit der Eppler-Entscheidung des BVerfG anerkannt.⁹² Als ein solches hat das BVerfG damals das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. der Menschenwürdeggarantie des Art. 1 Abs. 1 GG entwickelt.⁹³ Dennoch ist die systematische Bedeutung unbenannter Freiheitsrechte bisher eher wenig erforscht worden, so dass von einer festen dogmatischen Struktur (noch) nicht die Rede sein kann.⁹⁴

D. Zwischenfazit

„Privatautonomie“ ist als solcher Oberbegriff für eine Vielzahl von Rechtsinstituten, welche die Privatrechtsgesellschaft prägen. Die Vertragsfreiheit verhilft der Privatautonomie einerseits zur Geltung, falls auf beiden Seiten der Wille zur Begründung eines bindenden Rechtsgeschäfts vorhanden ist und sichert sie andererseits ab, indem sie ungewollte rechtsgeschäftliche Beziehungen und hierdurch schließlich auch ungewollte Zugriffe auf zugewiesene Güter verhindert. Vertragsfreiheit ist somit die wichtigste Ausprägung der Privatautonomie.

Diese ist nach heute überwiegender Auffassung auch durch das Grundgesetz verfassungsrechtlich geschützt. Dabei ist sie jedoch weder ein eigenes Grundrecht noch bloßer Bestandteil der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG.

S. 55; *Höfling*, in: Friauf/Ders. (Hrsg.), Berliner Kommentar GG, Art. 2 Rn. 40; dass dies zumindest „naheliegend“ sei meint auch Maunz/Dürig/*Di Fabio*, GG, 92. EL 2020, Art. 2 Abs. 1 Rn. 101 a. E., relativierend dort Rn. 103; vgl. zur Einordnung als „Innominatfreiheit“ BeckOK-GG/*Lang*, Stand: 15.11.2020, Art. 2 Rn. 2.

⁹⁰ Vgl. v. Mangoldt/Klein/Starck/*Ders.*, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 2 Rn. 17 m.w.N.

⁹¹ Vgl. BeckOK-GG/*Lang*, Stand: 15.11.2020, Art. 2 Rn. 5.

⁹² BVerfGE 54, 148.

⁹³ Vgl. nur BVerfGE 54, 148 (153); BVerfGE 35, 202 (220); BVerfGE 27, 1 (6). Ausgangspunkt ist insofern Art. 2 Abs. 1 GG, der den Prüfungsmaßstab vorgibt und durch Art. 1 Abs. 1 als Interpretationsrichtschnur ergänzt wird, vgl. etwa v. Mangoldt/Klein/Starck/*Ders.*, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 2 Rn. 15; ausführlich ferner Maunz/Dürig/*Di Fabio*, GG, 92. EL 2020, Art. 2 Abs. 1 Rn. 127 ff.

⁹⁴ Siehe *Manssen* (Fn. 36), S. 187.

Verfassungsrechtlichen Schutz findet die Vertragsfreiheit vielmehr innerhalb derjenigen Grundrechte, die den jeweiligen Lebenssachverhalt thematisch erfassen, so etwa die Berufsfreiheit. Nur in den übrigen Fällen ist die Vertragsfreiheit Teil des „Auffanggrundrechts“ der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG.

Zu klären bleibt, welche Funktionen der so verfassungsrechtlich deduzierten Vertragsfreiheit im System grundrechtlicher Freiheiten zukommen. Handelt es sich bei der Gewährleistung vertraglicher Selbstgestaltung tatsächlich um ein Abwehrrecht des Einzelnen gegen den Staat oder wird nicht vielmehr auch eine Schutzpflicht des Staates abzuleiten sein, die in gewissem Umfang die Gewährleistung einer „Vertragsgerechtigkeit“ sicherstellen soll, wenn diese etwa durch eine übermächtige Stellung eines der beiden Vertragspartner gefährdet wird? Wo verlaufen die Trennlinien zwischen dem Privatrecht, das von der Selbstbestimmung des Einzelnen ausgeht und dem Menschenbild des Grundgesetzes, das durch Elemente wie das Sozialstaatsprinzip auch eine mitunter freiheitsbeschränkende Komponente operationalisiert?

Unechte Unterlassungsdelikte in der Fallbearbeitung

A. Einleitung

Unechte Unterlassungsdelikte sanktionieren wie die Begehungsdelikte einen Verstoß gegen ein Verbot. Dennoch ist die Unterscheidung, ob ein Straftatbestand durch aktives Tun oder Unterlassen einer Handlungspflicht verwirklicht wird, von zentraler Bedeutung. Denn während beim Begehungsdelikt grundsätzlich jedermann Täter sein kann, muss der Täter eines unechten Unterlassungsdelikts Garant iSv. § 13 Abs. 1 StGB und damit zur Erfolgsabwendung verpflichtet sein. Es handelt sich um sog. Sonderdelikte.¹ Im Gegensatz zu den echten Unterlassungsdelikten, die schon tatbestandlich einen Verstoß gegen eine *Gebotsnorm* sanktionieren (vgl. etwa: § 323c StGB: „Du sollst bei einem Unglücksfall Hilfe leisten!“), bestrafen die unechten Unterlassungsdelikte die Nichtvornahme einer Rettungshandlung, die zur Abwendung eines *verbotenen* Erfolgseintritts erforderlich wäre.

B. Aufbauschema

(Gedankliche!) Vorprüfung: Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektiver Tatbestand

- a) Eintritt des tatbestandlichen Erfolges
- b) Unterlassen der gebotenen und möglichen Handlung
Problem: Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen
Problem: *omissio libera in causa*
- c) Quasi-Kausalität der unterlassenen Handlung für den konkreten Erfolg
- d) Garantenstellung § 13 Abs. 1 StGB
- e) Objektive Zurechenbarkeit des Erfolges
- f) Modalitätenäquivalenz

2. Subjektiver Tatbestand

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

* Die Verfasserin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht der EBS Universität für Wirtschaft und Recht, Wiesbaden.

¹ *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 49. Aufl. 2019, S. 14 f.

C. Die Tatbestandsvoraussetzungen im Einzelnen

I. Erfolgseintritt

Für eine Strafbarkeit entsprechend § 13 Abs. 1 StGB ist erforderlich, dass der Täter es unterlässt, den Eintritt eines tatbestandlichen Erfolges abzuwenden. Dies ist bei Erfolgsdelikten, die die Verletzung eines geschützten Rechtsgutes oder den Eintritt einer konkreten Gefährdung bestrafen, wie etwa die § 212 oder § 315c StGB, unproblematisch möglich. Hinsichtlich des abzuwendenden Erfolges wird § 13 StGB überwiegend weit interpretiert, sodass in Rechtsprechung und Schrifttum mehrheitlich davon ausgegangen wird, dass auch abstrakte Gefährdungsdelikte durch Unterlassen begangen werden können.²

II. Unterlassen der gebotenen, möglichen und zumutbaren Handlung

Häufig findet sich in Aufbauschemata des unechten Unterlassungsdelikts eine vorgezogene Prüfung der Abgrenzung von Tun und Unterlassen.³ Diese sollte jedoch höchstens auf gedanklicher Ebene erfolgen, um zu prüfen, ob eine Begehung durch Unterlassen überhaupt in Betracht kommt. Das *Unterlassen* einer Handlung ist wie die *Handlung durch aktives Tun* beim Begehungsdelikt Teil des objektiven Tatbestands und sollte auch dort angesprochen werden.⁴⁵

Zur Abgrenzung zwischen aktivem Tun und Unterlassen haben sich im Wesentlichen zwei Strömungen herausgebildet. Die Rechtsprechung und Teile des Schrifttums grenzen anhand des Schwerpunkts der Vorwerfbarkeit ab. Zur Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen sei folglich der Schwerpunkt des Täterverhaltens entscheidend, welches in wertender Würdigung durch das Tatgericht festzustellen sei.⁶ Andere Teile des Schrifttums prüfen zunächst, ob der Täter den tatbestandlichen Erfolg durch eine aktive Handlung kausal herbeigeführt hat.⁷ Ein Tun liege demnach vor, wenn bei Hinwegdenken der Handlung der Erfolg ausgeblieben wäre. Teilweise wird die Abgrenzung auch anhand des Kriteriums des Energieeinsatzes

² BGHSt 46, 212 (222).

³ Etwa bei: *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 49. Aufl. 2019, S. 414.

⁴ So auch etwa: *Krey/Esser*, Deutsches Strafrecht AT, 6. Aufl. 2016, S. 477.

⁵

⁶ BGHSt 6, 46; BGH, NSTZ 1999, 607; BGHSt 40, 257; BGHSt 56, 277; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 49. Aufl. 2019, S. 415; Schönke/Schröder/Bosch, 30. Aufl. 2019, Vor. §§ 13 ff. Rn. 158a; *Krey/Esser*, Deutsches Strafrecht AT, 6. Aufl. 2016, S. 478.

⁷ *Roxin*, Strafrecht AT II, S. 654; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl. 1996, S. 603; *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 1993, S. 775 f.

vorgenommen, sodass ein aktives Tun jedenfalls dann vorliege, wenn durch eine *Körperbewegung* auf die Außenwelt eingewirkt wird.⁸ Letztgenannte empirische Kriterien führen jedoch dazu, dass dem aktiven Tun im Rahmen der Abgrenzung gewissermaßen ein genereller Vorrang eingeräumt wird. Denn ein Unterlassen ohne ein gleichzeitiges positives Tun scheint nur schwer vorstellbar, sodass praktisch nur in Ausnahmefällen ein Unterlassen anzunehmen wäre.⁹ Zur Entscheidung von Zweifelsfällen scheint die Schwerpunktformel somit vorzugswürdig.

Steht fest, dass ein Unterlassen vorliegt, müsste die unterlassene Handlung geboten, d.h. zur Erfolgsabwendung erforderlich, sowie dem Unterlassenden physisch-real möglich sein.¹⁰ Unmögliches kann nicht verlangt werden; rechtlich gefordert ist nur das, was dem Normadressaten in der Gefahrensituation tatsächlich möglich ist.¹¹ So kann von einem Nichtschwimmer nicht verlangt werden, dass er zur Rettung des Opfers ins Wasser springt, wohl aber, dass er einen Bademeister herbeiruft.¹²

III. Quasi-Kausalität

Bei Begehungsdelikten liegt entsprechend der *conditio-sine-qua-non*-Formel kausales Handeln vor, wenn bei Hinwegdenken der Handlung des Täters der tatbestandliche Erfolg entfiel. Dass dies mangels Vorliegens einer Handlung bei Unterlassungsdelikten so nicht gelten kann, liegt auf der Hand. So wird die *conditio-sine-qua-non*-Formel gewissermaßen gespiegelt, sodass keine vorgenommene Handlung hinweg-, sondern eine unterlassene Handlung hinzugedacht wird. Ein Unterlassen ist somit kausal für den tatbestandlichen Erfolg, wenn die Vornahme der unterlassenen Rettungshandlung zum Ausbleiben des Erfolges geführt hätte (sog. modifizierte *conditio-sine-qua-non*-Formel).¹³ Dabei ist eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit ausreichend.¹⁴

Teile des Schrifttums stellen entsprechend der Risikoerhöhungslehre geringere

⁸ MüKoStGB/*Freund*, 4. Aufl. 2020, § 13 Rn. 8 ff.

⁹ Vgl. *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 49. Aufl. 2019, S. 415; *Krey/Esser*, Deutsches Strafrecht AT, 6. Aufl. 2016, S. 478.

¹⁰ *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 49. Aufl. 2019, S. 418;

¹¹ Lackner/*Kühl/Heger*, 29. Aufl. 2018, § 13 Rn. 5; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 49. Aufl. 2019, S. 418; *Ransiek*, JuS 2010, 490 (492); BGHSt 6, 46 (57).

¹² *Roxin*, Strafrecht AT II, S. 629 f.

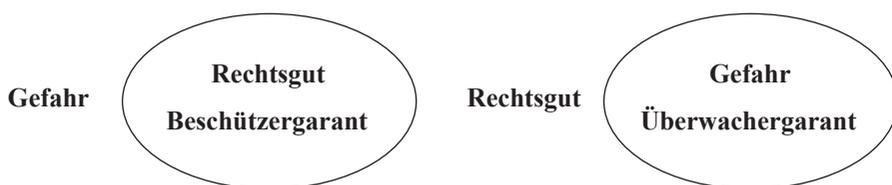
¹³ BGHSt 6, 1 (2); BGHSt 37, 106 (126); *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 49. Aufl. 2019, S. 418; Schönke/*Schröder/Bosch*, 30. Aufl. 2019, § 13 Rn. 61; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl. 1996, S. 619; differenzierend: *Roxin*, Strafrecht AT II, S. 645 ff.

¹⁴ BGH, NSTz 2000, 583; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 49. Aufl. 2019, S. 418; Schönke/*Schröder/Bosch*, 30. Aufl. 2019, § 13 Rn. 61.

Anforderungen an den Kausalitätsnachweis. So soll es genügen, wenn die Vornahme der erforderlichen Handlung das Risiko des Erfolgeintritts verringert hätte.¹⁵ Dies hätte aber zur Folge, dass der Unterlassende bereits für die Nichtverringering der Gefahr des Erfolgeintritts bestraft würde. Die Risikoerhöhungslehre stellt somit lediglich das Unrecht des Untätigbleibens nicht aber das Erfolgsunrecht fest.¹⁶

IV. Garantenstellung

Damit eine Strafbarkeit wegen Unterlassens vorliegen kann, setzt § 13 Abs. 1 StGB voraus, dass der Täter „rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt“. Dabei zeigen sich zwei Grundkonstellationen der Garantenpflicht. Während sog. Beschützergaranten gewissermaßen das Rechtsgut des Opfers schützen müssen, verantworten sog. Überwachergaranten die Gefahrenquelle.



Die Übergänge zwischen beiden Garantenstellungen sind dabei fließend. Zudem können auch gleich mehrere Garantenstellungen vorliegen.

1. Beschützergaranten

Die Beschützergarantenstellung setzt eine besondere Schutzpflicht für bestimmte Rechtsgüter voraus. Eine solche besondere Schutz- oder Obhutspflicht kann in folgenden Situationen entstehen:

a) Gesetz und enge natürliche Verbundenheit

Überwiegend im Zivilrecht finden sich besondere Rechtssätze (z.B. §§ 1353, 1618a, 1626 f., 1631, 1793, 1800 BGB), aus welchen sich Schutzpflichten für bestimmte Rechtsgüter ergeben. Daneben kann eine Garantenpflicht aufgrund enger natürlicher

¹⁵ Otto, Allg. Strafrechtslehre, 7. Aufl. 2004; S. 185; Greco, ZIS 2011, 674 (675 ff.); Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2011, S. 289.

¹⁶ Dazu: Schönke/Schröder/Bosch, 30. Aufl. 2019, § 13 Rn. 63.

Verbundenheit entstehen. Letztere wird regelmäßig unter Ehegatten, Verwandten gerader Linie, Geschwistern und Verlobten angenommen, wobei der Umfang der Schutzpflicht vom Einzelfall abhängen soll.¹⁷ Gerade bei Ehegatten soll nicht allein die rechtliche Bindung § 1353 BGB, sondern das tatsächliche Verhältnis entscheidend sein. Dies hat zur Folge, dass für ein getrenntes Ehepaar, welches ein freundschaftliches Verhältnis unterhält, die Garantenstellung bestehen bleibt, während sie bereits vor Ablauf des gem. § 1566 Abs. 1 BGB geforderten Trennungsjahres entfällt, wenn sich ein Ehegatte vom anderen in der ernsthaften Absicht getrennt hat, die eheliche Lebensgemeinschaft nicht wiederherzustellen.¹⁸

b) Gefahrgemeinschaften

Gehören Menschen (auch vorübergehend) einer Gemeinschaft an, die ihrem Wesen nach auf gegenseitige Hilfeleistung angelegt ist, kann sich auch aus dieser Gemeinschaftsbeziehung eine Pflicht zur gegenseitigen Hilfeleistung ergeben. Solche Gefahrgemeinschaften entstehen häufig, wenn Menschen sich zu einem gefährlichen Unternehmen zusammentun, um durch den Zusammenschluss die Gefahren der Unternehmung besser zu bestehen (z.B. Bergbesteigung, Weltumseglung, Tiefseetauchgang oder sonstige Expeditionen). Die Übernahme einer entsprechenden Beistandspflicht resultiert hier aus der gegenseitigen Hilfeleistung der Gruppenmitglieder in Gefahrensituationen. Keine Gefahrgemeinschaft liegt vor, wenn sich mehrere Menschen rein zufällig in derselben Gefahrensituation befinden. So sind Schiffbrüchige keine Garanten untereinander, nur weil sie zufällig Passagiere desselben Schiffs waren.¹⁹ Sonstige zufällige Gemeinschaften von Zechkumpanen²⁰ oder illegalen Einwanderern beim Grenzübertritt²¹ können ebenso wenig eine Garantenpflicht begründen, wie ein rein tatsächliches Zusammenleben in einer häuslichen Gemeinschaft (z.B. Studierendenwohngemeinschaft).

c) Tatsächliche Übernahme

Eine Beschützergarantenstellung kann sich auch aus der freiwilligen Übernahme einer Schutzpflicht gegenüber dem Gefährdeten oder auch gegenüber einem Dritten zugunsten des Gefährdeten ergeben. Dies geht teilweise mit einer vertraglichen Vereinbarung einher. So wird etwa ein Arzt mit Beginn der diagnostischen

¹⁷ BGH NSZ 18, 34 mit Bespr. *Eisele*, JuS 2018, 179; vertiefend: *Bülte*, GA 2013, 389.

¹⁸ BGHSt 48, 301 (304); *Rönnau*, JR 2004, 158; Schönke/Schröder/*Bosch*, 30. Aufl. 2019, § 13 Rn. 19/20.

¹⁹ Vgl. zur „Costa Concordia“ *Esser/Bettendorf*, NSZ 12, 233.

²⁰ BGH NJW 54, 1047.

²¹ BGH NSZ 08, 276.

Untersuchung kraft faktischer Übernahme zum Garanten, gleichzeitig besteht aber eine Garantenstellung aufgrund des Behandlungsvertrages.²² Entscheidend für die Begründung der Pflicht ist jedoch nicht die zivilrechtliche Gültigkeit der vertraglichen Vereinbarung, sondern die faktische Übernahme der Schutzpflicht.²³ Erfolgt die tatsächliche Übernahme gegenüber einer Person, die ihrerseits Garantin ist, rückt der Übernehmende im übernommenen Umfang in die Garantenstellung ein.²⁴ Von besonderer Relevanz ist dabei die Frage, ob im berechtigten Vertrauen auf die zugesagte Übernahme der Garantenpflicht durch den Übernehmer andere Schutzmaßnahmen des ursprünglich Pflichtigen unterbleiben durften.²⁵ Sagt etwa ein Babysitter seine Dienste zu, entstehe die Garantenstellung nicht bereits mit der vertraglichen Vereinbarung sondern erst mit der Anwesenheit am Dienort und damit der tatsächlichen Übernahme der Schutzfunktion. Etwas anderes soll aber gelten, wenn die Eltern im Vertrauen auf eine fest vereinbarte Uhrzeit kurz vor Dienstantritt die Wohnung verlassen.²⁶

d) Amtsträger und Organe juristischer Personen

Die Frage, inwiefern die Amtsträgereigenschaft geeignet ist eine Garantenstellung zu begründen, ist im Einzelnen umstritten.²⁷ Nach überwiegender Ansicht sind jedoch die Art der Dienstpflicht und der jeweilige Aufgabenbereich entscheidend. So trifft etwa Polizeibeamte während ihrer Dienstausbübung innerhalb der Grenzen ihres örtlichen und sachlichen Verantwortungsbereiches eine Garantenpflicht zur Verhinderung von Straftaten und zum Schutz von Rechtsgütern Einzelner und der Allgemeinheit.²⁸ Auch bei der Ingewahrsamnahme entsteht eine Beschützergarantenstellung hinsichtlich der Lebens- und Gesundheitsgefahren des Betroffenen.²⁹ Juristische Personen sind selbst nicht handlungsfähig und müssen so ihre Rechtsgüter ihren Organen anvertrauen, die dadurch zu Beschützergaranten vor allem hinsichtlich des Vermögens der juristischen Person werden.³⁰ Häufig besteht für

²² MüKoStGB/*Freund*, 4. Aufl. 2020, § 13 Rn. 173; Spickhoff *Medizinrecht/Knauer/Brose*, 3. Aufl. 2018, §§ 211, 212 Rn. 7.

²³ *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 49. Aufl. 2019, Rn. 1183; MüKoStGB/*Freund*, 4. Aufl. 2020, § 13 Rn. 173.

²⁴ *Schönke/Schröder/Bosch*, 30. Aufl. 2019, § 12 Rn. 26a; BGHSt 47, 230.

²⁵ *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 49. Aufl. 2019, Rn. 1183; *Schönke/Schröder/Bosch*, 30. Aufl. 2019, § 13 Rn. 27; *Roxin*, Strafrecht AT II, S. 729.

²⁶ Beispiel nach: *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 49. Aufl. 2019, Rn. 1183.

²⁷ Ausführlich: *Roxin*, Strafrecht AT II, S. 736 ff.

²⁸ *Schönke/Schröder/Bosch*, 30. Aufl. 2019, § 13 Rn. 52; BGHSt 38, 388 (390).

²⁹ Zum Fall *Oury Jalloh*: BGHSt 59, 292.

³⁰ *Roxin*, Strafrecht AT II, S. 736.

Organe juristischer Personen jedoch auch eine Überwachergarantenstellung ihrer Geschäftsherren hinsichtlich in Verkehr gebrachter Produkte oder Gefahren, die von der juristischen Person als solcher ausgehen.³¹

2. Überwachergaranten

Die Überwachergarantenstellung setzt eine Pflicht zur Überwachung einer Gefahrenquelle zum Schutz von Rechtsgütern Dritter voraus. Sie unterscheidet sich von der Beschützergarantenstellung regelmäßig dadurch, dass der Überwachergarant der Gefahrenquelle nähersteht.

a) Sicherungspflichten

Verkehrssicherungspflichten treffen etwa Hausbesitzer, Grundstückseigentümer, KFZ-Halter oder Inhaber gefährlicher Betriebe³² für die in deren Verantwortungsbereich liegenden Gefahrenquellen. So ist ein Grundstückseigentümer im Winter etwa dazu verpflichtet, die zu seinem Grundstück gehörigen Wege zu streuen bzw. zu räumen.³³ Ob die Gefahrverursachung bei bestehender Verkehrssicherungspflicht auf einem pflichtwidrigen Verhalten beruht, ist dabei unerheblich, da Dritte auf die Gefahrenquelle im fremden Herrschaftsbereich regelmäßig nicht einwirken können und dürfen, sodass sie sich darauf verlassen müssen, dass der Verpflichtete seiner Sicherungspflicht nachkommt.³⁴ Eine weitere Sicherungspflicht ist die Pflicht zur Abwehr von Gefahren, die auf dem Zustand von Sachen, Anlagen oder Einrichtungen in einem bestimmten sozialen Herrschaftsbereich beruhen.³⁵ Eine Überwachungspflicht kann auch durch freiwillige Übernahme für den ursprünglich Verpflichteten entstehen.³⁶

b) Geschäftsherrenhaftung

Nicht abschließend geklärt ist, ob und inwieweit einen Geschäftsherrn die Pflicht trifft, Straftaten anderer, eigenverantwortlich handelnder Organisationsmitglieder zu verhindern. So wird teilweise entsprechend des Grundsatzes der Eigenverantwortlichkeit aller Mitarbeiter eine Einstandspflicht des Unternehmensverantwortlichen für unternehmensbezogene Straftaten von Mitarbeitern abgelehnt.³⁷ Überwiegend

³¹ Siehe C. IV. 2. c) d).

³² Siehe C. IV. 1. d).

³³ Vgl. dazu: *Dötsch/Greiner*, ZWE 2014, 343 (344).

³⁴ LKStGB/*Weigend*, 13. Aufl. 2020, § 13 Rn. 48 f.

³⁵ *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 49. Aufl. 2019, Rn. 1187.

³⁶ BGHSt 52, 159, sog. Sattelschlepperfall.

³⁷ BGHZ 194, 26; *Warneke*, NSTZ 2010, 312; umfassend: *Spring*, Die strafrechtliche

wird die Überwachergarantenstellung des Unternehmensinhabers bzw. leitenden Angestellten aufgrund der tatsächlichen Befehls- und Weisungsbefugnis für den Fall angenommen, dass von ihnen oder ihren Angestellten Straftaten aus dem Betrieb heraus begangen werden.³⁸

c) Ingerenz

Von besonderer Klausurrelevanz ist regelmäßig die Garantenstellung wegen pflichtwidrigen Vorverhaltens (sog. Ingerenz). Wer durch ein objektiv pflichtwidriges Tun oder Unterlassen Rechtsgüter anderer gefährdet, ist zur Abwendung des drohenden Erfolges verpflichtet. Dabei ist umstritten, ob die Garantenpflicht durch jedes gefährdende Vorverhalten entsteht, oder *pflichtwidriges* Handeln erforderlich ist. Dabei sprechen auch hinsichtlich der Abgrenzung zu § 323c StGB die besseren Gründe dafür, mit der h.M. Pflichtwidrigkeit zu fordern.³⁹ Begründet ein pflichtgemäßes Verhalten eine Gefahr für andere, sei die Beziehung zum Gefährerfolg keine andere als eine zufällige.⁴⁰ Dies gilt insbesondere auch im Falle eines verkehrsgerechten Vorverhaltens im Straßenverkehr, da das Unfallopfer im Hinblick auf § 323c StGB nicht schutzlos gestellt wird. Auch die strafrechtliche Produktverantwortlichkeit wird regelmäßig mit der Ingerenz begründet. Wenn von einem in Verkehr gebrachten Produkt bei bestimmungsgemäßer Nutzung Gefahren für den Verbraucher ausgehen, so ist der Produzent zu schadensverhütenden Maßnahmen verpflichtet. So sind bei nachträglich auftretenden Produktmängeln Gegenmaßnahmen einzuleiten, wobei in diesem Fall das Vorverhalten nicht pflichtwidrig sein muss.⁴¹

V. Objektive Zurechnung

Im Rahmen der objektiven Zurechnung ist bei unechten Unterlassungsdelikten danach zu fragen, ob der Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges gerade auf der pflichtwidrigen Handlung beruht (sog. Pflichtwidrigkeitszusammenhang). An einem solchen fehlt es etwa, wenn der gleiche tatbestandliche Erfolg (auch auf eine andere Weise) auch bei pflichtgemäßem Verhalten als unmittelbare Folge der allein in Betracht kommenden Rettungshandlung eingetreten wäre.⁴²

Geschäftsherrenhaftung, 2009, S. 123 ff.

³⁸ *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 49. Aufl. 2019, Rn. 1191; dazu: *NKStGB/Gaede*, 5. Aufl. 2017, § 13 Rn. 53; *Jahn*, JuS 2009, 1142 ff.

³⁹ BGHSt 23, 327; BGHSt 43, 381; *Roxin*, Strafrecht AT II, S. 764 ff.; *MüKoStGB/Freund*, 4. Aufl. 2020, § 13 Rn. 119; *Schönke/Schröder/Bosch*, 30. Aufl. 2019, § 13 Rn. 35 mwN.

⁴⁰ *Ransiek*, JuS 2010, 585 (589).

⁴¹ Siehe dazu BGHSt 37, 106, sog. Ledersprayentscheidung.

⁴² *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 49. Aufl. 2019, Rn. 1203.

VI. Modalitätenäquivalenz

Zudem müsste das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entsprechen, vgl. § 13 Abs. 1 Hs. 2 StGB. Setzt der Tatbestand wie bei Erfolgsdelikten lediglich den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges voraus, kommt der Modalitätenäquivalenz kaum eigenständige Bedeutung zu; in der Fallbearbeitung ist regelmäßig eine kurze Feststellung ausreichend. Wird aber bei sog. verhaltensgebundenen Delikten eine bestimmte Art der Erfolgsherbeiführung vorausgesetzt (zB. bei § 263 StGB durch Täuschung oder bei § 240 StGB durch Zwang), muss diese auch bei einem Unterlassen vorliegen.⁴³

D. Ausgewählte Probleme

I. Unmittelbares Ansetzen beim unechten Unterlassungsdelikt

Liegt ein unechtes Unterlassungsdelikt in Form des strafbaren Versuchs §§ 22 ff. StGB vor, muss sich die Prüfung am Versuchsaufbau orientieren. Nach Prüfung des Tatentschlusses im Rahmen des subjektiven Tatbestandes stellt sich die Problematik des unmittelbaren Ansetzens bei unechten Unterlassungsdelikten. Teilweise wird vertreten, dass dies bereits beim ersten Verstreichenlassen der Rettungsmöglichkeit der Fall sei (sog. Theorie vom erstmöglichen Eingriff).⁴⁴ Demgegenüber steht die Theorie vom letztmöglichen Eingriff, die davon ausgeht, dass erst das Verstreichenlassen der letztmöglichen Rettungshandlung ein unmittelbares Ansetzen begründet.⁴⁵ Die herrschende Ansicht geht aber davon aus, dass der Garant unmittelbar ansetzt, wenn der nach seiner Vorstellung entweder durch weitere Verzögerung der Rettungshandlung das Rechtsgut unmittelbar gefährdet oder er den Kausalverlauf aus der Hand gibt.⁴⁶ Die Bestimmung des unmittelbaren Ansetzens beim unechten Unterlassungsdelikt erfolgt somit auf ähnliche Weise wie im Rahmen des Begehungsdelikts. Dennoch ist die Kenntnis dieses Streits beim versuchten unechten Unterlassungsdelikt unerlässlich.

II. Behandlungsabbruch

Die Coronapandemie wird dem Behandlungsabbruch als Klausurproblem im Rahmen der unechten Unterlassungsdelikte frischen Wind einhauchen. Man stelle sich

⁴³ MüKoStGB/*Freund*, 4. Aufl 2020, § 13 Rn. 202 ff.

⁴⁴ *Schröder*, JuS 1962, 81 (86); RGSt 61, 361 f.

⁴⁵ *Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 210 ff.

⁴⁶ *Ransiek*, JuS 2010, 678 (681); *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 49. Aufl. 2019, Rn. 1222 f.; *Schönke/Schröder/Eser/Bosch*, 30. Aufl. 2020, § 22 Rn. 42 mwN.

die Konstellation der Ex-ante Triage⁴⁷ vor: Weil alle Beatmungsplätze mit über 60-jährigen Risikopatienten belegt sind, wird zugunsten eines neu ankommenden 30-jährigen Patienten, der ebenso dringend einer Beatmung bedarf, aber bessere Erfolgsaussichten aufweist, ein älterer Patient vom Beatmungsgerät genommen, der daraufhin verstirbt. Fraglich ist, ob das Abstellen des Beatmungsgeräts als Tun oder als Unterlassen zu bewerten ist. Die h.M. grenzt dies anhand des Schwerpunkts der Vorwerfbarkeit ab.⁴⁸ Vorausgesetzt ein manueller Knopfdruck ist erforderlich, um das Beatmungsgerät abzuschalten, so läge bereits phänomenologisch ein Tun vor. Der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit läge im Drücken des Knopfes, der die Behandlung beendet. Mit Blick auf die Situation vor der Einführung der technikgestützten Intensivmedizin ergibt sich jedoch ein anderes Bild. Denn der Abbruch manueller Reanimationsversuche, etwa durch das Einstellen einer manuellen Beatmung, muss als Unterlassen weiterer manuell zu erbringender Rettungsbemühungen eingeordnet werden. Umstritten ist deshalb, ob in solchen Fällen des Behandlungsabbruchs trotz des Vorliegens einer Handlung, etwa durch den Druck auf einen Knopf, strafrechtlich ein Unterlassen vorliegt. Dabei wird vertreten, dass der soziale Handlungssinn in diesem Fall keine andere Bewertung zuließe als beim Abbruch einer manuellen Behandlung.⁴⁹ Die Gegenansicht stellt dem gegenüber auf den aktiven Knopfdruck und den damit verbundenen verschlechternden Eingriff ab.⁵⁰

Betrachtet man das Gesamtgeschehen, so führt dennoch die unterlassene Behandlung, nämlich die unterbliebene Beatmung des Patienten, zu dessen Tod. Nicht die Tatsache, dass ein Arzt einen Knopf drückt, sondern dass die Maschine angewiesen wird, die Beatmung zu *unterlassen* führt zum Ableben des Patienten.⁵¹ Auch der Vergleich mit der Situation vor der Möglichkeit einer maschinellen Beatmung ist sinnvoll, denn dasselbe Bild ergibt sich auch, wenn das Beatmungsgerät etwa so konzipiert wäre, dass ein regelmäßiger Knopfdruck erforderlich ist, um ihre Funktion aufrecht zu erhalten. Entsprechend des Schwerpunkts der Vorwerfbarkeit erscheint somit ein Unterlassen naheliegender,⁵² ein aktives Tun kann aber mit Blick auf den aktiven Knopfdruck in der Klausurbearbeitung ebenso gut vertreten werden.

⁴⁷ Dazu: *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403 ff.

⁴⁸ Siehe C. II.

⁴⁹ *Roxin*, Strafrecht AT II, S. 664 f.; *Kühl*, JA 2014, 507 (510).

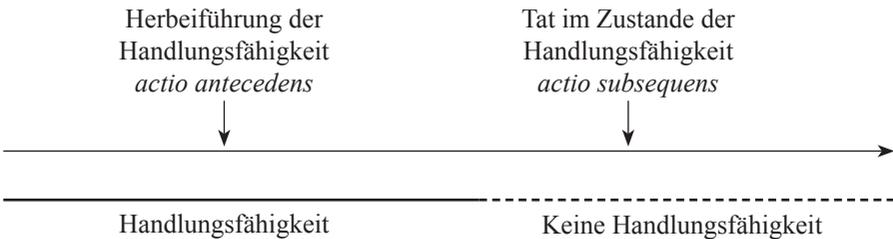
⁵⁰ NKStGB/*Gaede*, 5. Aufl. 2017, § 13 Rn. 10; krit. auch: *Schönke/Schröder/Bosch*, 30. Aufl. 2019, Rn. 160 mwN.

⁵¹ *Sowada*, NStZ 452 (457).

⁵² A.A.: *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 627 (635 ff.).

III. Omissio libera in causa

Die omissio libera in causa kann als das Spiegelbild der actio libera in causa (*a.l.i.c.*) auf Ebene der Unterlassungsdelikte verstanden werden. Sie dient als Rechtsinstitut in Situationen, in welchen der Täter sich durch ein Vorverhalten (*actio antecedens*) in eine Situation versetzt, in der er einen tatbestandlichen Erfolg nicht mehr abwenden kann, obwohl er als Garant für die Abwendung einzustehen hat.⁵³ Die Tat wird also im Zustand der Handlungsunfähigkeit verübt (*actio subsequens*). Anders als die *a.l.i.c.* wird die omissio libera in causa nicht erst auf Ebene der Schuld relevant, sondern bereits im objektiven Tatbestand bei der Prüfung der physisch-realen Handlungsmöglichkeit des Täters. Hat der Täter sich aber vorsätzlich in den Zustand der Handlungsunfähigkeit begeben, sodass ihm die Rettungshandlung im Tatzeitpunkt nicht möglich ist, soll trotzdem eine Bestrafung nach den Regeln der unechten Unterlassungsdelikte erfolgen. Das sich an den Garantenden richtende Rettungsgebot trifft diesen nicht erst im Moment der Unterlassungstat, sondern bereits zeitlich vorher in Form eines Verbots, sich der Erfüllung der Garantendenpflicht durch das Versetzen in einen Zustand der Handlungsunfähigkeit zu entziehen.⁵⁴



E. Zusammenfassung

Die Problematik um die unechten Unterlassungsdelikte taucht als „AT-Problem“ regelmäßig bereits in Anfängerklausuren und Übungen auf, wird aber ebenso gern in Examensklausuren abgeprüft. In letzterem Fall erfolgt häufig eine Kombination mit Konstellationen von Täterschaft und Teilnahme oder Versuch und Rücktritt. Auch eine fahrlässige Begehung eines Unterlassungsdelikts ist möglich. Eine solide Grundlagenkenntnis sowie das Verständnis der Deliktsnatur sind jedoch als grundlegende Bestandteile des strafrechtlichen „Handwerkskoffers“ geeignet, auch schwierige Klausurkonstellationen einer korrekten Lösung zuzuführen.

⁵³ Schönke/Schröder/Bosch, 30. Aufl. 2019, Vor. §§ 13 ff. Rn. 144.

⁵⁴ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 49. Aufl. 2019, Rn. 1218; dazu sehr lesenswert: Satzger, Jura 2006, 513 ff.

Verena Gaußmann

Das Berufsbild des Staatsanwaltes



Verena Gaußmann, Staatsanwältin in Trier

„Was machen Sie eigentlich beruflich?“, fragte mich meine neue Zahnärztin. „Ich bin Staatsanwältin“, antwortete ich. „Oh, ist das eine besondere Art von Anwalt oder haben Sie sich auf ein besonderes Rechtsgebiet spezialisiert?“, fragten die beiden Zahnarzhelferinnen nach. „Nein“ sagte ich, „das ist eine besondere Form des höheren Justizdienstes. Ich hätte auch eine Stelle als Richterin annehmen können, aber ich wollte schon immer zur Staatsanwaltschaft.“ „Was, Sie haben eine Richterstelle abgelehnt?“, intervenierte die Zahnärztin. „Richter sind doch viel höher positioniert, viel angesehener und verdienen doch bestimmt das doppelte?!“. „Nein, nein“ entgegnete ich, „wir sind alle im höheren Justizdienst eingestellt, verdienen das gleiche und natürlich kann man auch die Position im Laufe seiner Karriere wechseln.“ Genau wie die Kollegen, die als Richter angefangen haben, wurde auch ich als Richterin auf Probe eingestellt und wir alle haben den gleichen Eid geschworen, nämlich „das Richteramt getreu dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, getreu der Verfassung für Rheinland-Pfalz und getreu dem Gesetz auszuüben, nach bestem Wissen und Gewissen ohne Ansehen der Person zu urteilen und nur der Wahrheit und Gerechtigkeit zu dienen.“ Aber jetzt von vorne:

Der Weg zum Ziel - Traumberuf Staatsanwalt.

Schon zum Beginn meines Studiums wollte ich Staatsanwältin werden – warum? Wenn ich ehrlich bin, konnte ich dies zunächst nicht konkret beantworten. Es war vor allem der Gedanke, dass der Beruf zu mir als Mensch ganz gut passen würde. Denn eine wirkliche Vorstellung vom Berufsbild des Staatsanwaltes hatte ich zu dieser Zeit nicht. Also studierte ich zunächst ganz normal Rechtswissenschaften und absolvierte im Rahmen des Studiums jeweils ein Praktikum bei der Staatsanwaltschaft und einem Strafverteidiger. Hierbei konnte ich zumindest schon etwas mehr erahnen, was die beiden Berufsbilder mit sich bringen und wusste schnell „auf welcher Seite“ ich einmal stehen möchte. Nach dem Studium, mit dem erfolgreichen Abschluss des 1. Staatsexamens, schloss sich das Referendariat an, bei welchem die Praxisausbildung im Vordergrund stand. Auch hier gefiel mir die erste Station, die wir alle bei der Staatsanwaltschaft absolvierten, am meisten. Dank meinem Ausbilder konnte ich über das Pflichtprogramm hinaus viele Eindrücke sammeln, um das Berufsbild des Staatsanwaltes besser kennen zu lernen. Der Besuch großer Verhandlungen, eine Nachtfahrt mit der Polizei, die Teilnahme an Durchsuchungen mit der Kriminalpolizei, sowie Führungen durch die Justizvollzugsanstalt und die forensische Klinik für Psychiatrie ließen deutlich erkennen, dass Staatsanwalt kein einseitiger Beruf ist.

Denn die dort gewonnen Eindrücke waren meist ganz anders als man es aus den diversen TV-Formaten ableiten konnte. Auch den freiwilligen Sitzungsdienst für die Staatsanwaltschaft über das ganze Referendariat weiterzuführen half dabei, Praxisluft zu schnuppern und hat mir die ersten Sitzungen als „richtige Staatsanwältin“ sehr erleichtert. Jedem, der sich vorstellen kann Staatsanwalt zu werden, kann ich also nur empfehlen diese Gelegenheiten im Rahmen der Ausbildung zu nutzen, um herauszufinden, ob Wunsch und Realität sich decken. Nun war das Referendariat abgeschlossen und der Berufswunsch Staatsanwalt hatte sich noch mehr gefestigt.

Nur kann ich mir diesen Berufswunsch auch erfüllen? Es wurde Zeit sich die formellen Voraussetzungen für den richterlichen/staatsanwaltschaftlichen Dienst anzusehen.

Für den höheren Justizdienst benötigt man in der Regel überdurchschnittliche Examina (in den meisten Bundesländern mindestens 8 Punkte im 2. Staatsexamen). Aber damit nicht genug. Nachdem ich die erste Hürde, nämlich die formellen Voraussetzungen, schon einmal genommen hatte, begann die Bewerbungsphase. Zwar ist diese in den Bundesländern verschieden ausgestaltet (vom lockeren Kennenlernen bis hin zu einem Assessment-Center), jedoch geht es meistens darum,

vor allem die persönlichen/charakterlichen Eigenschaften des Gegenübers auf den Prüfstand zu stellen. Dass man die notwendigen juristischen Kenntnisse besitzt, hat das Ergebnis des Examens schon belegt. Die charakterlichen Eigenschaften (wie Durchsetzungskraft, Team- und Konfliktfähigkeit, Entscheidungsfreude), welche man idealerweise mitbringen soll, dürfen dabei auch im täglichen Berufsalltag nicht unterschätzt werden. Nach Abschluss der Bewerbungsphase bekommt man in der Regel nach ca. einer Woche Bescheid, ob man eingestellt wird und welche Stellen im jeweiligen Bundesland vakant sind. Als feststand, dass ich zum 1. April bei der Staatsanwaltschaft in Trier beginne, folgte noch ein Gespräch beim Staatssekretär sowie ein erstes Vorstellen am neuen Arbeitsplatz. An dieser Stelle zeigte sich schon früh, was für mich unter anderem eine Staatsanwaltschaft ausmacht. Trotz der Pandemie waren alle bemüht, mir den Start so gut wie möglich zu erleichtern. Nun war er da, der Tag meiner Vereidigung. Nachdem ich vor der Großen Strafkammer den oben schon erwähnten Eid geschworen hatte, ging es direkt los und wie der Vorsitzende Richter so schön sagte –

„Ab ins kalte Wasser“ – der erste Tag als Staatsanwältin.

Doch so kalt war das Wasser gar nicht. Im Gegensatz zum richterlichen Dienst besteht nämlich für sechs Monate die sogenannte Gegenzeichnung. Das heißt, ein erfahrener Staatsanwalt, meist der eigene Abteilungsleiter, nimmt sich Zeit und zeichnet zunächst alle Verfügungen des neuen Kollegen und nach drei Monaten noch alle Einstellungsverfügungen gegen. Doch damit nicht genug. Auch bei dem anfänglichen „Kampf“ gegen die PC-Anwendungen sowie für jegliche Fragen rund um das nun eigene erste Dezernat, standen sowohl Gegenzeichner als auch alle Kollegen stets gerne zur Seite. Gerade in der Pandemie durfte ich hier noch viel mehr erfahren, dass alle Mitarbeiter zu jeder Zeit hilfsbereit waren und man auch noch nach Jahren als gestandener Staatsanwalt Fälle mit den Kollegen diskutiert. Wie oft fand ich auch einen kleinen Klebezettel in der Akte, mit dem mich meine Geschäftsstelle liebevoll daran erinnerte, was ich noch verfügen musste.

Denn wer denkt, dass die Arbeit des Staatsanwaltes damit getan ist, die Anklage vor Gericht zu vertreten, hat weit gefehlt. Nach fast einem Jahr als Dezernentin für allgemeine Strafsachen und Verkehrsdelikte, kann ich sagen, dass man natürlich hauptsächlich im Strafrecht unterwegs ist, um die Frage der Zahnarthelferin von Beginn zu beantworten. Aber auch andere Rechtsgebiete spielen bei der Fallbearbeitung immer wieder eine Rolle. Daneben besteht die Arbeit nicht nur aus Anklagen schreiben, sondern aus vielen, mannigfaltigen Verfügungen (wie z.B. die Gewährung von Akteneinsicht an die Verteidigung) und vor allem Ermittlungen führen. Ein weiterer Grund, der für mich die Arbeit als Staatsanwalt prägt und

spannend macht. Wenn der Anfangsverdacht einer Straftat bejaht wurde, werden die Ermittlungen aufgenommen. Ziel der Ermittlungen ist es herauszufinden, ob eine Verurteilung wahrscheinlich ist, sprich Anklage erhoben wird. Natürlich fahren wir nicht wie Oberstaatsanwalt Bernd Reuther aus der Krimiserie „Der Staatsanwalt“ zu jedem Tatort und ermitteln selbst, denn das wäre bei ca. 100 offenen Verfahren pro Dezernat schlichtweg unmöglich. Aber natürlich gibt es auch hier die Ausnahmen, dass man in großen, umfangreichen und brisanten Verfahren Vernehmungen selbst durchführt und an Durchsuchungen teilnimmt. Grundsätzlich übernehmen die Ermittlungen aber die zuständigen Polizeidienststellen, die Kriminalpolizei sowie das Landeskriminalamt. Aber auch forensische Gutachten, gerade im Bereich der forensischen Psychiatrie und Rechtsmedizin einzuholen, stellt einen Teil der Ermittlungstätigkeit dar. Eine gute Zusammenarbeit und ein reger Austausch mit den Einsatzkräften ist mir nicht nur persönlich wichtig, sondern auch Voraussetzung, um eine effektive Strafrechtspflege zu ermöglichen. Die Beamten vor Ort sind viel mehr als „die Hilfspersonen der Staatsanwaltschaft“. Gerade dem Berufsanfänger können sie mit ihrer Erfahrung vielfältige Ermittlungsansätze nahebringen und teilweise besser einschätzen, ob diese im konkreten Fall auch Erfolg versprechend sind. Dennoch muss der Staatsanwalt aber die Ermittlungen stets eigenverantwortlich lenken und die notwendigen Vorgaben hierfür machen, wie z.B. prüfen, ob die Voraussetzungen für einen Durchsuchungs- oder Haftbefehl in tatsächlicher und rechtlicher Sicht gegeben sind.

Wenn die Ermittlungen abgeschlossen sind, gilt es mit einem weiteren Klischee aufzuräumen, denn als Staatsanwalt sammelt man nicht nur belastende sondern auch entlastende Beweise. Entsprechend dem Eid neutral zu urteilen und nur der Gerechtigkeit zu dienen, wird man feststellen müssen, dass viele Verfahren eingestellt werden, weil die Täterschaft nicht nachzuweisen ist. Zwar ist das für den Dezernten manchmal, gerade vor dem Hintergrund umfangreicher Ermittlungen, ärgerlich, aber zeigt es auch deutlich, dass wir in einem Rechtsstaat leben und entgegen der Meinung vieler Strafverteidiger vor Anklageerhebung natürlich geprüft wird, ob ein hinreichender Tatverdacht gegeben ist. An dieser Stelle lässt sich festhalten, dass ohne die Staatsanwaltschaft kein strafgerichtliches Verfahren eingeleitet werden würde und somit der Strafrichter ohne „die Herrin des Ermittlungsverfahrens“ ziemlich einsam und ohne Arbeit dastehen würde.

Neben der allgemeinen Dezernatsarbeit ist es Aufgabe des Staatsanwaltes, ca. ein bis zweimal im Jahr den Eildienst zu verrichten und einmal pro Woche den Sitzungsdienst wahrzunehmen. Dies variiert von Sitzungen am Amtsgericht über Berufungen, aber auch Vertretungen der Anklage vor der Strafkammer. Hierbei vertritt man

in 90 % der Fälle nicht die eigene Anklage, um – wie das Gesetz es auch vorsieht – unbefangen aus der Hauptverhandlung heraus zu entscheiden. Zwar geht es hier nicht zu wie bei der Sendung „Das Strafgericht“ von RTL, wo Staatsanwaltschaft und Verteidigung die Beteiligten stets ins Kreuzverhör nehmen, jedoch ergeben sich schon überraschende Wendungen und auch Staatsanwälte können entgegen der Annahme vieler Verteidiger „Freispruch“ beantragen. Nicht nur vor Gericht, sondern auch zuvor in den Ermittlungsverfahren hat der Staatsanwalt mit der Verteidigung zu tun. Zwar sind, der Natur der Sache geschuldet, beide Seiten meist nicht einer Meinung, aber trotzdem besteht stets ein kollegiales Miteinander. Nach Abschluss des Strafverfahrens folgt die Überleitung zur Vollstreckung, welche auch in den Zuständigkeitsbereich der Staatsanwaltschaft gehört.

„Und wie lange müssen Sie dann täglich arbeiten, bis alle Akten weg sind?“, wurde ich weiter gefragt. Natürlich ist man als Berufsanfänger zu Beginn seiner Tätigkeit länger und teilweise auch mal am Wochenende im Büro. Dies ist aber, so glaube ich, in jedem Beruf zu Beginn der Fall. Außerhalb des Eildienstes, bei dem man rund um die Uhr erreichbar sein muss, gibt es bei den Staatsanwaltschaften Kernarbeitszeiten, zu denen eine Erreichbarkeit gewährleistet sein muss. Im Gegensatz zum richterlichen Dienst, arbeitet man als Staatsanwalt in einer Behörde und muss sich daher bewusst sein, gewissen Strukturen und Richtlinien unterworfen zu sein. „Haben Sie dann keine Angst, dass Sie nur noch negativ denken?“, fragte die Zahnärztin dazwischen.

Der „Staatsanwalt als Mensch“

Wie oben bereits beschrieben, eignet sich nicht jeder für diesen Beruf. Aber dass man als Staatsanwalt Menschen hasst und nur mit dem Bösen zu tun hat, stimmt nicht. Im Gegenteil. Staatsanwälte besitzen einen ausgeprägten Gerechtigkeitsinn und müssen jeden Tag im Umgang mit den verschiedenen Verfahrensbeteiligten beweisen, dass sie team- aber auch konfliktfähig sind. Auch sollte man als Staatsanwalt nicht zu zart besaitet sein, denn natürlich wird man auch mit Leid und Tod konfrontiert. Aber am wichtigsten ist für mich die Identifikation mit dem Beruf. Dass man hinter dem steht, was man macht und dies auch verkörpert, macht für mich auch den Beruf aus. Daher kann ich von mir nur sagen, dass ich jeden Tag stolz bin, meinen Traumberuf ausüben zu können und die Staatsanwaltschaft vertreten zu dürfen.

„Und wollen Sie das Ihr Leben lang machen oder doch noch Richter werden?“, kam als letzte Frage vor Behandlungsstart von der Zahnärztin.

Wenn man sich für den höheren Justizdienst entschieden hat folgen grundsätzlich

drei bis vier Jahre Assessorenzeit bis man auf Lebenszeit ernannt wird. Neben einem Wechsel des Dezernates innerhalb der Staatsanwaltschaft, steht es einem offen, bzw. ist es in manchen Bundesländern auch Pflicht, zu Gericht zu wechseln. Wenn man sich zur Lebzeitverbeamtung für den staatsanwaltschaftlichen Dienst entschlossen hat, steht durch Erprobungen bei der Generalstaatsanwaltschaft oder Abordnungen, z.B. zum Ministerium, der Weg zum Oberstaatsanwalt ernannt zu werden, offen.

„Ja und Sie jetzt?“, bohrte die Zahnärztin ungeduldig nach.

Von der Möglichkeit zu Gericht zu wechseln werde ich wohl keinen Gebrauch machen. Denn dass ich Staatsanwältin bleiben möchte steht für mich schon fest, auch wenn man im Dorf als Richter vielleicht mehr Ansehen genießen sollte.

Selina Röhrl | Hanna Braun

Unser Weg vom Referendariat in die Selbstständigkeit – Strafverteidigerinnen aus Leidenschaft



Selina Röhrl (links) und Hanna Braun, Strafverteidigerinnen in Saarbrücken.
Weitere Infos unter: www.roehrl-braun.de.

Wir – das sind zwei junge Frauen, die sich bereits im Studium an der Universität des Saarlandes kennenlernten und dann im Rahmen des Referendariats die Liebe zur Strafverteidigung entdeckten.

Dies ist in zweierlei Hinsicht wohl eher ungewöhnlich: Zum einen ist der Beruf des/der Strafverteidiger*in noch immer sehr männlich besetzt, zum anderen wagten wir direkt nach Erlangung des Zweiten Juristischen Staatsexamens den Weg in die Selbstständigkeit. Wir entschieden uns ganz bewusst gegen einen Berufseinstieg in einer bereits bestehenden Kanzlei. Die Gründe hierfür sind ganz unterschiedlich – wir ließen uns jedoch von der Idee einer eigenen Kanzlei in eigener Verantwortung (und auf eigenes Risiko) leiten. Im Rahmen der Rechtsanwaltsstationen im Referendariat am Oberlandesgericht des Saarlandes lernten wir beide in der gleichen Kanzlei – eine Kanzlei, die sich ausschließlich auf das Gebiet des Strafrechts spezialisiert hat. Uns wurden alle Tätigkeitsfelder eines/einer Strafverteidiger*in vorgestellt. Wir begleiteten unseren Ausbilder über mehrere Monate von morgens bis abends. Hier entdeckten wir beide die Leidenschaft für diesen Beruf. Uns wurde bewusst, dass

wir uns genau das für unser eigenes berufliches Leben vorstellen konnten. Unser Ausbilder, wir müssen wohl viel eher sagen unser Mentor, unterstützt uns von Beginn an in unserer Selbstständigkeit und steht uns jederzeit mit seinem Fachwissen und seiner Hilfe zur Seite.

Doch wie sieht der Alltag einer selbstständigen Strafverteidigerin kurz nach der Gründung der eigenen Kanzlei aus?

Das Schöne und Besondere an unserem Beruf vorweg: Es gibt keinen klassischen Alltag. Unser Beruf ist von Spannung geprägt, wir lernen jeden Tag neue Menschen und neue bzw. andere Lebenssituationen kennen. Jedes Mandat ist anders und erfordert eine einzelfallbezogene Betrachtung. Wir werden häufig aus dem Freundes- und Familienkreis gefragt, ob wir denn zum Beispiel eine/n Mörder*in oder eine/n Vergewaltiger*in verteidigen könnten. Unsere Antwort darauf ist so eindeutig wie offensichtlich: Unsere Aufgabe ist es nicht eine Tat zu verteidigen, sondern wir verteidigen den dahinterstehenden Menschen. Hier geht es uns nicht, so ein anderes Vorurteil, darum, in dem Bewusstsein, dass ein Tatnachweis zu führen ist, um jeden Preis einen Freispruch zu beantragen, vielmehr sehen wir es als unsere Aufgabe, dass die Rechte unserer Mandantschaft, die sich der Staatsgewalt gegenüberstehend sieht, gewahrt werden. Wir stehen an der Seite unserer Mandant*innen und begleiten sie durch einen häufig sehr belastenden, kräftezehrenden und mitunter langen Strafprozess. Einige unserer Mandant*innen sind Jugendliche oder auch Erwachsene, die zum ersten Mal in ihrem Leben einer Straftat bezichtigt werden. Hinter dem manchmal durchaus erheblichen Vorwurf steht ein Mensch, unser/e Mandant*in, mit einer eigenen Lebensgeschichte und Angehörigen, die sich sorgen.

Im Gegensatz zur Staatsanwaltschaft, die die Person hinter der vorgeworfenen Tat erst am Tag der Hauptverhandlung und nach Bearbeiten der Akte (und damit mit einem bereits voreingenommenen Blick; zumal die Sitzungsvertretung in der Verhandlung zumeist nur die Handakte mit Anklageschrift und Bundeszentralregisterauszug bekommt) „kennenlernt“, wenden sich unsere Mandant*innen meist in einem frühen Stadium des Verfahrens an uns. Wir erfahren zunächst einiges über die Person und ihre Lebensumstände, bevor wir Akteneinsicht bekommen. Wir werden häufig kontaktiert, wenn im Briefkasten eine Vorladung der Polizei zur Beschuldigtenvernehmung auftaucht, wenn die Polizei mit einem Durchsuchungsbeschluss vor der Tür steht oder wenn am Tag zuvor etwas vorgefallen ist und nun befürchtet wird, dass ein Verfahren eingeleitet wird. Wir geben bereits am Telefon erste Verhaltenstipps und vereinbaren unverzüglich einen persönlichen Termin in unserer Kanzlei. Hier erzählen uns unsere Mandant*innen was vorgefallen ist, wie sich die vorgeworfene Tat aus ihrer Sicht darstellt und die Hintergründe bzw. Beweggründe

ihres Handelns. Nicht selten stellt sich bereits hier heraus, dass die Dinge unter einem anderen Licht zu bewerten sind. Unsere Aufgabe ist es nun, die entlastenden Beweise in das Verfahren einzuführen und die Sichtweise unserer Mandant*innen im Ermittlungsverfahren oder in der Hauptverhandlung darzulegen. Ein besonderes Augenmerk legen wir deshalb auf die durchzuführende Beweisaufnahme in einer möglichen Hauptverhandlung, insbesondere auf die Befragung von Zeug*innen. Hier ist eine detaillierte Aktenkenntnis zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung und die Vorbereitung der Zeugenvernehmung unerlässlich.

Es passiert aber auch, dass wir von der Polizei angerufen werden, weil ein/e Mandant*in von uns festgenommen wurde und nun dem Ermittlungsrichter vorgeführt werden soll, da die Staatsanwaltschaft einen Antrag auf Haftbefehl gestellt hat. Haftsachen haben in einem solchen Moment oberste Priorität. Wir fahren unverzüglich zur betreffenden Polizeiinspektion und sprechen persönlich mit unserem/ unserer Mandant*in. Hier gilt es herauszufinden, ob tatsächlich ein dringender Tatverdacht gegen unsere Mandantschaft besteht und ob es einen sog. Haftgrund gibt. Auch ist stets zu prüfen, ob die drohende Untersuchungshaft verhältnismäßig ist. Wir müssen stets auf die Einhaltung der Rechte unserer Mandant*innen hinwirken. Hierzu gehört es auch, ein unüberwachtes Gespräch mit dem/der Mandant*in zu ermöglichen, auf Akteneinsicht vor der Vorführung zu bestehen und bei Vorliegen entsprechender Anhaltspunkte zu verhindern, dass der Haftbefehl erlassen wird. Sollte der Haftbefehl erlassen werden, müssen Angehörige kontaktiert und unaufschiebbare Angelegenheiten des/der Mandant*in organisiert werden.

Wie überwindet man nun aber die Hürde der Selbstständigkeit?

Natürlich erfordert dieser Schritt zunächst eine Menge Mut und viel Arbeit. Wir saßen stundenlang zusammen, führten diverse to-do-Listen und googelten uns durch Erfahrungsberichte, Ratgeber und Online-Portale. Es begann alles mit dem Traum einer eigenen Kanzlei und viel Unwissenheit. Wir haben bei Null angefangen und mussten alles bis ins kleinste Detail selbst planen: Von Beratungsgesprächen mit der Arbeitskammer (aufgrund der Corona-Pandemie nur telefonisch) und verschiedenen Banken, Online-Seminaren über den Einstieg in den Anwaltsberuf, Informationen über die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft, Anträge bei der Agentur für Arbeit (Gründerzuschuss), Gespräche mit einem Steuerberater über die Suche nach den perfekten (und bezahlbaren) Räumen, die Erstellung eines Businessplans und einer Liquiditätsplanung für die ersten zwei Jahre der Gründung, bis hin zur Auswahl von Büromöbeln und der Bestellung der gesamten IT. Auch beschäftigten wir uns ganz ausführlich mit der Frage, woher und wie wir Mandant*innen gewinnen können (Mandantenakquise). Natürlich standen wir häufig vor Herausforderungen

und zweifelten, ob das Risiko am Ende nicht doch zu hoch sei. Jetzt, nachdem wir diesen großen Schritt gegangen sind, können wir sagen, dass wir es noch keine Sekunde bereut haben. Es ist ein ganz besonderes Gefühl selbstbestimmt zu arbeiten und Verantwortung zu tragen. In unserem Beruf bedeutet dies insbesondere auch, dass es um die Freiheit unserer Mandant*innen geht. Es geht darum, wie sich ihr weiteres Leben entwickeln, ob eine erteilte Bewährung widerrufen wird und noch vieles mehr. Wir übernehmen auch die Verteidigung in der Strafvollstreckung und im Strafvollzug. Hier geht es unseren Mandant*innen häufig um die Verbesserung ihrer Haftsituation, um die Gewährungs von Lockerungen und um die Reststrafenaussetzung. Wir stehen unseren Mandant*innen unterstützend zur Seite, wenn es um einen Termin bei der Drogen- bzw. Suchtberatung in der JVA oder um die Zurückstellung der Strafvollstreckung (§ 35 BtMG) geht. Hier ist eine enge Zusammenarbeit mit den Sozialarbeiterinnen und Sozialarbeitern der JVA gefragt. Unser Beruf verlangt es aber auch, die Anliegen unserer Mandant*innen, wenn es sein muss, mit Nachdruck durchzusetzen. Sowohl gegenüber der Staatsanwaltschaft, als auch gegenüber des Gerichts, müssen wir entschieden für die Interessen unserer Mandantschaft eintreten und diese mit allen uns rechtlich zustehenden Mitteln verteidigen bzw. durchsetzen.

Auch wenn man als Student*in häufig das Gefühl hat, das erste Staatsexamen sei unerreichbar, weit entfernt und die Hürden zu hoch, wissen wir heute, dass sich alle Anstrengungen und Zweifel gelohnt haben. Wir sind in unserem Traumberuf angekommen und können uns nichts anderes mehr vorstellen.

Wir bieten gerne Praktikums- und Stationsplätze in unserer Kanzlei an, damit Ihr euch selbst davon überzeugen könnt, warum es sich lohnt auf die Zähne zu beißen und das Studium und das Referendariat zu bewältigen.

Rezension

NOMOS GESETZE

Zivilrecht – Strafrecht – Öffentliches Recht Textsammlung



Zivilrecht – Strafrecht – Öffentliches Recht Textsammlung, 29. Auflage, Baden-Baden 2021 (Nomos Verlag), 6628 Seiten, 3 Bände, ISBN 978-3-8487-6948-3, Preis: 64,- €

Eine Sammlung der gängigsten Gesetzestexte gehört – trotz der allgegenwärtigen Digitalisierung – nach wie vor zum alltäglichen juristischen „Handwerkszeug“. Gerade im Studium und Referendariat ist die Gesetzessammlung ein unverzichtbares Hilfsmittel. Während es in den Anfangssemestern noch ausreicht, auf einzelne Textausgaben (GG, BGB, StGB) zurückzugreifen, sollte spätestens ab dem vierten Fachsemester über die Anschaffung einer „großen“ Gesetzessammlung nachgedacht werden. Die Wahl wird dabei häufig auf die beiden im Verlag C. H. Beck erscheinenden Loseblattwerke „Schönfelder“ und „Sartorius“ fallen. In Betracht zu ziehen sind aber auch die Angebote der juris GmbH („juris Lex“) und des Nomos Verlags („Nomos Gesetze“).

Die zuletzt genannten „Nomos Gesetze“ punkten aus studentischer Sicht vor allem durch die prüfungsorientierte Auswahl der abgedruckten Gesetze. So finden sich beispielsweise in dem Textband Strafrecht auch Auszüge wichtiger „Begleitgesetze“. Bei der Bearbeitung einer strafrechtlichen Prüfungsaufgabe wird deshalb nicht zwangsläufig eine weitere Textausgabe benötigt. Ausweislich der „Anordnung über die Zulassung von Hilfsmitteln für die erste juristische Staatsprüfung (staatliche Pflichtfachprüfung)“ vom 24. Oktober 2018 (Amtsbl. I S. 758) sind die „Nomos

Gesetze“ im Saarland allerdings nicht als Hilfsmittel in den juristischen Staatsprüfungen zugelassen.

Positiv hervorzuheben ist, dass alle drei Bände der „Nomos Gesetze“ in sinnhafte Abschnitte (z.B. „BGB und Einführungsgesetz“, „Internationales und Europäisches Zivilrecht“, „Nebengesetze Allgemeiner Teil und Schuldrecht“) gegliedert sind, was das Auffinden einer spezifischen Norm immens erleichtert und das vielfach beschworene Arbeiten mit dem Gesetz zu fördern vermag. Ein weiteres gewichtiges Kaufargument für die „Nomos Gesetze“ ist die Papierqualität. Der Nomos Verlag verwendet nämlich nicht das sonst anzutreffende Dünndruckpapier. Farbliche Hervorhebungen bzw. Markierungen „scheinen“ deshalb nicht durch, was für die Lesbarkeit äußerst förderlich ist.

Der Nomos Verlag bietet mit der Reihe „Nomos Gesetze“ eine rundum gelungene Arbeitshilfe für (angehende) Juristinnen und Juristen. Wenig nachvollziehbar erscheint jedoch, warum die „Nomos Gesetze“ – anders als die in Teilen unsystematisch anmutenden Sammlungen von „juris Lex“ – nicht zum Kreis der zugelassenen Hilfsmittel für die juristischen Staatsprüfungen im Saarland gehören. Hier besteht nach Dafürhalten des Rezensenten dringender Nachholbedarf.

RA Veris-Pascal Heintz, LL.M.

Rezension

Mascha Carina Bildorfer, Polizeiliche Öffentlichkeitsarbeit in sozialen Netzwerken



Mascha Carina Bildorfer, Polizeiliche Öffentlichkeitsarbeit in sozialen Netzwerken, Nomos, Baden-Baden 2019, 506 Seiten, Broschiert, ISBN: 978-3-8487-6335-1, 129,- €

I. Einleitung

Bildorfer gliedert ihre Arbeit in eine Einleitung (Kap. 1, S. 27-33), sieben Themenkapitel (Kapitel 2-8, S. 35-455), eine Schlussbetrachtung mit Ausblick (Kap. 9, S. 457-459) sowie eine kapitelweise Zusammenfassung der wesentlichen Ereignisse in 64 Thesen (S. 461-473).

II. Zum Kapitel 1: Einleitung und Gang der Untersuchung – S. 27-33

„Social Media und insbesondere die sozialen Netzwerke sind in der heutigen Zeit allgegenwärtig“ (S. 27). Diese Erfahrung machte wiederholt auch der 45. US-Präsident¹, dessen twitter-Tweets jetzt erstmals mit einem warnenden Hinweis versehen wurden, dass jener Tweet irreführend sei. Darauf reagierte der Twitter-Präsident extrem verstört, er fühlte sich verfolgt und zensiert.² Dabei setzte sich Trump bereits in

¹ Donald Trump, <https://twitter.com/realdonaldtrump>. Dieser Account ist mittlerweile dauerhaft gesperrt, siehe https://blog.twitter.com/en_us/topics/company/2020/suspension.html.

² *Wilhelm*, Erlass zu sozialen Medien – Kritik an Trumps Twitter-Feldzug, in: *tagesschau.de v.*

der Vergangenheit „mit Beleidigungen und sogar hetzerischen Lügen systematisch über die Nutzungsbedingungen hinweg. [Dennoch musste er] eine Einschränkung seines Accounts [...], anders als gewöhnliche Nutzer, nicht befürchten. Bisher.“³ Dennoch erließ er am nächsten Tag ein bereits seit langem vorbereitetes Dekret (was auch eines seiner Wahlversprechen war), wodurch nun auch Klagen gegen die sozialen Medien wegen der auf ihnen veröffentlichten Inhalte möglich seien – bisher sind diese sozialen Medien noch durch die Regelung der „Section 230“ des US-Telekommunikationsgesetzes davor geschützt, da die Online-Dienste lediglich als „Verbreiter im technischen Sinne“ gelten.⁴ Aber auch die EU-Kommission plane bis Ende 2020 einen Entwurf eines „Digital Service Act“ vorzulegen, wodurch auch in Europa Online-Plattformen strenger reguliert werden sollen.⁵

Bilsdorfer erläutert in ihrer Einleitung die stetig steigende Bedeutung sozialer Netzwerke für die (nicht nur jüngere) Bevölkerung und dass auch die Ordnungsbehörden sich diesem Trend anpassen müssen. Daher „fährt“ die Polizei mittlerweile „Online-Streifenfahrten“ oder „Virtuelle Streifenfahrten“, bei dem die sozialen Netzwerke von der Polizei verstärkt zur gezielten Suche nach Informationen oder Beweisen für Straftaten genutzt werden.⁶

Gleichzeitig grenzt sie das Thema der nachfolgenden Arbeit auf die „rechtliche Analyse der Öffentlichkeitsarbeit der Polizeibehörden“ ein (S. 31).

III. Zum Kapitel 2: Verfassungsrechtliche Grundlagen der staatlichen Öffentlichkeitsarbeit als maßgeblicher Ausgangspunkt – S. 35-84

Das zweite Kapitel unterteilt *Bilsdorfer* in vier Teile: In Teil A erläutert sie das Informationshandeln des Staates und erarbeitet eine Definition der Öffentlichkeitsarbeit (S. 35-39) da dies das BVerfG bisher (noch) versäumt hat.⁷ Im Teil B benennt sie die klassischen Anwendungsfelder der staatlichen Öffentlichkeitsarbeit (S. 39-40), im

29.05.2020, <https://www.tagesschau.de/ausland/trump-twitter-153.html>.

³ *Frank*, Trump vs. Twitter – Der große Trompeter ist kein Freund der Musik, in: Spiegel Online v. 31.05.2020, <https://www.spiegel.de/politik/ausland/der-grosse-trompeter-ist-kein-freund-der-musik-a-6798da4a-da25-4b9f-8918-7f62f8dfa355>.

⁴ *o.V.*, Nach Streit mit Twitter – Trump unterzeichnet Erlass zu Sozialen Medien, in: tagesschau.de v. 28.05.2020, <https://www.tagesschau.de/ausland/trump-twitter-151.html>.

⁵ *Hoppe*, Digital Service Act – So will Brüssel die Digitalkonzerne bändigen, in: Handelsblatt.com v. 07.05.2020, <https://www.handelsblatt.com/politik/international/digital-services-act-so-will-bruessel-die-digitalkonzerne-baendigen/25807996.html?ticket=ST-300512-hYIgrlsGjzbzQ14GiVsUc-ap6>.

⁶ siehe dazu auch: *Knebel/Schoss*, DÖV 2016, 105.

⁷ anders das BVerfG, dass unter der staatlichen Öffentlichkeitsarbeit die Befugnisse des Staates

Teil C widmet sie sich den wichtigsten Fällen zur staatlichen Öffentlichkeitsarbeit auf den Seiten 40-54 (mit der Glykolwein-Entscheidung,⁸ der Osho-Entscheidung,⁹ dem Scientology-Beschluss,¹⁰ dem Wanka-Fall,¹¹ ...) und im Teil D zeigt sie die sich ergebenden Grenzen der staatlichen Öffentlichkeitsarbeit auf den Seiten 54-84 anschaulich und verständlich auf. Dort widmet sie sich auch ausführlich der Bewegung PEGIDA als aktuelle gesellschaftliche Entwicklung vor dem Hintergrund des anerkannten Neutralitätsgebotes gegenüber Parteien.

IV. Zum Kapitel 3: Die neue polizeiliche Öffentlichkeitsarbeit – S. 85-89

In diesem Kapitel widmet sich die Autorin kurz, aber ausreichend zum einen der historischen Entwicklung der polizeilichen Öffentlichkeitsarbeit und grenzt ihr Thema dabei erneut zu der strafprozessualen Polizeitätigkeit ab, worunter hauptsächlich polizeiliche Ermittlungstätigkeiten in Sozialen Netzwerken zu verstehen sind.

V. Zum Kapitel 4: Ziele und Zwecke der Social-Media-Nutzung durch die Polizeibehörden – S. 91-99

Wenn die Polizei Soziale Netzwerke nutzt, dann hauptsächlich für fünf verschiedene Einsatzoptionen: Zum einen zur Imagepflege bzw. der eigenen Selbstdarstellung auf Online-Accounts wie Facebook, Instagram oder Twitter. Erreicht die Polizei mit ihren Online-Accounts die Nutzer, so kann sie so relativ einfach und breit gestreut auch (Warn-)Informationen oder allgemeine Bekanntmachungen transportieren. Ferner nutzt die Polizei diese Möglichkeit, um geänderte Rechtsnormen (also Hoheitsakte im Allgemeinen) bekannt zu machen und diese bei Unverständnis oder Nachfragen bei den Nutzern zu kommentieren oder zu erläutern. Dabei stellt *Bildsdorfer* anschaulich da, wie die Polizei mittels ihrer Online-Accounts mit den Nutzern auch interagieren könnte – bspw. durch Unterstützungsaufrufe, um auf Tatvideos zugreifen zu können, die andere Nutzer in ihren Accounts online gestellt haben.

VI. Zum Kapitel 5: Darstellung der wichtigsten sozialen Netzwerke – S. 101-123

bzw. der staatlichen Stellen zur Information und Aufklärung der Öffentlichkeit versteht, siehe dazu: BVerwG, Urt. v. 23.05.1989 – 7 C 2/87, NJW 1989, 2272 f.

⁸ BVerfG, Beschluss v. 26.06.2002 – 1 BvR 558/91, NJW 2002, 2621 ff. = BeckRS 2012, 55966.

⁹ BVerfG, Beschluss v. 12.08.2002 – 1 BvR 1044/93, NVwZ-RR 2002, 801 ff. = BeckRS 2002, 23463.

¹⁰ VGH München, Beschluss v. 14.02.2003 – 5 CE 02.3212, NVwZ 2003, 998 ff. = BeckRS 9998, 90111.

¹¹ BVerfG, Urteil v. 27.02.2018 – 2 BvE 1/16, NJW 2018, 928 ff. = BeckRS 2018, 1876.

In Kapitel 5 geht *Bilsdorfer* der Frage der Begriffsbestimmung von „Sozialen Netzwerken“ nach und erklärt die Funktionsweise der Dienste wie Facebook und Twitter als soziale Netzwerke.

VII. Zum Kapitel 6: Datenschutzrechtliche Analyse – S. 125-158

In Kapitel 6 konzentriert sich *Bilsdorfer* in ihrer Datenschutzrechtlichen Analyse schwerpunktartig der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit des Einrichtens und Unterhaltens eines Social-Media.Accounts (Teil A, S. 125-148), um untersuchen zu können, „ob und unter welchen Voraussetzungen die staatlichen Polizeibehörden in datenschutzrechtlich konformer Weise soziale Medien nutzen können“ (S. 125). Dazu wird der Standpunkt des Unabhängigen Landeszentrums für Datenschutz Schleswig-Holstein (ULD) dargestellt, der zu dem Ergebnis gelangt, dass die Facebook-Cookies, die ausnahmslos bei jeder Nutzung dieses sozialen Netzwerkes hinterlegt werden, eindeutige Anmelderinformationen enthalten, wodurch jeder Facebook-Nutzer somit eindeutig identifizierbar ist. Das hat zur Folge, dass es sich bei den in den Cookies gespeicherten Daten um personenbezogene Daten im datenschutzrechtlichen Sinne handelt, mit der weiteren Folge, dass die Polizei beim Betreiben ihres Facebook-Accounts „Verantwortlicher“ gem. Art. 4 Nr. 7 DS-GVO ist und somit die Datenschutzbestimmungen zwingend einhalten muss.

In Teil B stellt *Bilsdorfer* die datenschutzrechtliche Zulässigkeit bei der Veröffentlichung einzelner Beiträge (S. 148-150) dar und rundet diese Darstellung mit Ausführungen zu den datenschutzrechtlichen Anforderungen im Hinblick auf die EU-Richtlinie zu Polizei und Justiz sowie der EU-Datenschutzgrundverordnung (S. 150-158) in Teil C ab.

VIII. Zum Kapitel 7: Gegenüberstellung der Vor- und Nachteile der neuen polizeilichen Öffentlichkeitsarbeit – S. 159-169

In diesem Kapitel befasst sich die Autorin mit der Darstellung der Vorteile (der direkte und bürgernahe Bevölkerungskontakt der auch Hemmnisse gegen die Polizei abbauen kann, der schnelle Verbreitungsgrad der zu verbreitenden Informationen, die ständige Präsenz, die generalpräventiv wirken kann, ...) sowie gegenüberstellend mit den Nachteilen der bereits ausgeführten neuen Wege bei der polizeilichen Öffentlichkeitsarbeit. *Bilsdorfer* erläutert dabei aus den gewonnenen Erkenntnissen der vorherigen Kapitel, dass die Polizei zwingend die datenschutzrechtlichen Vorgaben einhalten muss. Vorsicht ist auch bei der Kommentierung von Veröffentlichungen oder der Nutzer-Blockierung geboten, da diese Handlungen in die öffentliche

Meinungsmache eingreifen können und als staatliche Wertungen interpretiert werden könn(t)en. Zutreffend stellt die *Autorin* fest, dass die polizeiliche Öffentlichkeitsarbeit unstrittig Vorteile generieren kann – aber die immanenten Nachteile sind ebenfalls zwingend zu berücksichtigen. Dennoch überwiegen bisher die Vorteile, da gerade auch die jungen Nutzergruppen wesentlich effektiver in den sozialen Netzwerken erreichbar sind.

IX. Zum Kapitel 8: Rechtliche Grundlagen polizeilicher Öffentlichkeitsarbeit in den sozialen Netzwerken – S. 171-455

Unübersehbar stellt das 8. Kapitel den Schwerpunkt der Arbeit dar. *Bilsdorfer* unterteilt es in drei Teile. In Teil A stellt sie auf den Seiten 171-172 die kompetenzrechtlichen Bestimmungen als polizeirechtliche Grundlage der Öffentlichkeitsarbeit in den sozialen Netzwerken dar. Denn in Art. 30 GG ist geregelt, dass die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben grundsätzlich in der Zuständigkeit der Länder liegt, so dass auch das Polizei- u. Ordnungsrecht Ländersache ist.

Danach widmet sich die *Autorin* in Teil B (S. 173-393) der grundrechtlichen Dimension des polizeilichen Handelns. Dabei erläutert sie die Problematik, wenn Social-Media-Nutzer von der Polizei blockiert werden (S. 173-221), welche Probleme sich aus dem öffentlichen Bewerten bestehender Meinungsäußerungen ergeben können (S. 221-252), welche inhaltlichen Grenzen es bei den polizeilichen Äußerungen rechtlich geben muss – bspw. beim Einsatz von Emoticons, der persönlichen Ansprache „Du“ statt „Sie“ oder der Verwendung nicht-offizieller Abkürzungen (S. 252-264) oder inwiefern das Veröffentlichen nicht anonymisierter Personenbilder durch die Polizei problematisch sein kann (S. 265-370).

Abschließend werden im Teil C (S. 393-455) die derzeit bestehenden rechtlichen Grundlagen in Bezug auf die polizeiliche Nutzung sozialer Netzwerke besprochen.

X. Zum Kapitel 9: Schlussbetrachtung und Ausblick – S. 457-459

Hier fasst die *Autorin* ihre Arbeit kurz zusammen und wagt einen Ausblick.

XI. Zur Zusammenfassung der wesentlichen Ereignisse in Thesen – S. 461-473

Als sehr sinnvoll wird dieser Abschnitt auf den Seiten 461-473 angesehen, da alle neun Kapitel hier in insgesamt 64 Thesen zusammengefasst wurden. Das schafft sowohl einen schnellen Überblick über die Aussagen der jeweiligen Abschnitte als

dass er auch für die weitere wissenschaftliche Arbeit ideal genutzt könnte, wodurch *Bildsdorfer's* Arbeit die Grundlage für weitere Forschungen darstellt.

XII. Fazit

Die Darstellung *Bildsdorfers* ist sehr übersichtlich gelungen, klar strukturiert und stets verständlich formuliert. Die zahlreichen Fußnoten belegen die gute Recherche und laden mitunter zum weiteren Lesen ein.

Da das vorliegende Thema und der Umgang mit den Sozialen Netzwerken noch relativ neu ist, wird diese Arbeit (nicht nur wegen der zur weiteren Forschung anregenden 64 Thesen) die Grundlage für zukünftige wissenschaftliche Arbeiten in diesem Themenfeld darstellen. Für die Praktiker ist dieses Buch ebenfalls zu empfehlen, da es ein guter Wegbegleiter für die vielen sich ergebenden praktischen Fragen ist.

Oliver Michaelis, LL.M., LL.M.*

* Oliver Michaelis ist Jurist in Düsseldorf sowie Absolvent des LL.M.-Programms „European and International Law“ an der Universität des Saarlandes und Absolvent des LL.M.-Programms „Wirtschaftsstrafrecht“ an der Universität Osnabrück, sowie Doktorand am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Internationales Strafrecht bei Prof. Dr. Isfen.

