Ausgabe 2 | 2021

SRZ

SAARBRÜCKER RECHTSZEITSCHRIFT

Studentische Rechtszeitschrift an der Universität des Saarlandes

Aufsätze

RA Simon Dörrenbächer
Privatautonomie und Vertragsfreiheit als Schutzgüter der Grundrechte Teil 2

Dipl.-Jur. Florian Zenner
Das Gesetz zur Neuregelung der polizeilichen Datenverarbeitung

Studium und Didaktik

Jun.-Prof. Dr. Dominik Brodowski, LL.M. (U-Penn)
Revisionsentscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen

Univ.-Prof. Dr. Hannes Ludyga, M.A. | RA Veris-Pascal Heintz, LL.M.
Original-Examensklausur: Schicksalhafte Begegnungen

Rezension und Varia

RA Veris-Pascal Heintz, LL.M.
Rezension: Christian Heinrich, Examensrepetitorium Zivilrecht, 3. Auflage

StBin Julia Rombach, M.Sc.
Berufswunsch Steuerberater*in

Unterstützt durch:

RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
UNIVERSITÄT DES SAARLANDES

Verlag Alma Mater

AM V

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, Mikroverfilmun-gen 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 2
Saarbrücken 2021

Vorwort der Herausgeber

Liebe Leserinnen und Leser,

wir freuen uns, Ihnen die zweite Ausgabe im Jahrgang 2021 der Saarbrücker Rechtszeitschrift präsentieren zu dürfen, die mit zahlreichen spannenden Beiträgen aufwarten kann:

Zunächst setzt *Simon Dörrenbächer* seinen in der letzten Ausgabe begonnenen Beitrag fort und geht in dem vorliegenden zweiten Teil insbesondere der Frage nach dem Inhalt und dem Umfang des verfassungsrechtlichen Schutzes der Vertragsfreiheit nach. *Florian Zenner* beleuchtet in seinem Aufsatz das durchaus umstrittene „Gesetz zur Neuregelung der polizeilichen Datenverarbeitung im Saarland".

Die Lektüre von originalen Gerichtsentscheidungen stellt Studierende häufig vor Probleme, da sie mit der Struktur und den praktischen Implikationen noch nicht vertraut sind. Gleichwohl bedarf es auch im Studium einer eingehenden Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung. In seinem didaktischen Beitrag gibt *Dominik Brodowski* wertvolle Tipps für den Umgang mit Revisionsentscheidungen des BGH in Strafsachen. Im Anschluss besprechen *Hannes Ludyga* und *Veris-Pascal Heintz* einen Original-Examensfall, der im August 2020 im Saarland als Prüfungsaufgabe ausgegeben wurde.

Auch wenn der Berufswunsch vieler angehender Juristinnen und Juristen eher selten auf eine steuerberatende Tätigkeit ausgerichtet ist, lohnt sich die Beschäftigung mit diesem interessanten Berufsfeld. Es freut uns daher besonders, dass *Julia Rombach* ihren Karriereweg und ihre Betätigung als selbstständige Steuerberaterin vorstellt.

Den Autorinnen und Autoren dieser Ausgabe danken wir herzlich für ihre Beiträge und wünschen Ihnen viel Spaß bei der Lektüre!

Veris-Pascal Heintz

Matthias Michael Thielen

Inhaltsverzeichnis

AUFSÄTZE

RA Simon Dörrenbächer

Privatautonomie und Vertragsfreiheit als Schutzgüter der Grundrechte Teil 2 **61**

Dipl.-Jur. Florian Zenner

Das Gesetz zur Neuregelung der polizeilichen Datenverarbeitung **81**

STUDIUM UND DIDAKTIK

Jun.-Prof. Dr. Dominik Brodowski, LL.M. (U-Penn)

Revisionsentscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen **103**

Univ.-Prof. Dr. Hannes Ludyga, M.A. | RA Veris-Pascal Heintz, LL.M.

Original-Examensklausur: Schicksalhafte Begegnungen **119**

REZENSION UND VARIA

RA Veris-Pascal Heintz, LL.M.

Rezension: Christian Heinrich, Examensrepetitorium Zivilrecht, 3. Auflage **131**

StBin Julia Rombach, M.Sc.

Berufswunsch Steuerberater*in **133**

Simon Dörrenbächer

Privatautonomie und Vertragsfreiheit als Schutzgüter der Grundrechte

Teil 2:
Die Neuausrichtung des verfassungsrechtlichen Verständnisses der Vertragsfreiheit durch die „Bürgschaftsentscheidung" des BVerfG

(Fortsetzung von SRZ 1 | 2021, S. 16)

E. Grundrechtliche Funktionen der Vertragsfreiheit

Nachdem im vorangegangenen Beitrag nun geklärt werden konnte, *dass* die Vertragsfreiheit grundrechtlich geschützt ist und *wo* sie im System der einzelnen Grundrechte des Grundgesetzes zu verorten ist, stellt sich als nächstes die Frage nach dem Inhalt und Umfang dieses Schutzes. Damit ist gemeint, welche Funktion der Vertragsfreiheit im System der klassischerweise mit den Begriffen des *status negativus, status positivus* und *status activus* bezeichneten Funktionen der Grundrechte[1] zukommt und welche Wirkung der so konstruierte grundrechtliche Schutz für die Privatrechtssubjekte hat. Insbesondere anhand der Bürgschaftsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) soll im Folgenden der „Schutzbereich" der Vertragsfreiheit als einem von den Grundrechten geschützten Recht dargestellt werden.

I. Vertragsfreiheit als Abwehrrecht (status negativus)[2]

Die Vertragsfreiheit, als die Freiheit zur eigenverantwortlichen Gestaltung der rechtsgeschäftlichen Beziehungen, hat zunächst eine „unübersehbare"[3] abwehrrechtliche Komponente, da eine größtmögliche Staatsferne beim Abschluss, der Gestaltung sowie der Ausübung des Vertrags notwendige Bedingung einer freien privatrechtlichen Gesellschaft ist. Die Vertragsfreiheit sichert dem Einzelnen auf

---

1 Zurück geht diese Unterscheidung auf *Jellinek,* System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1905, S. 87, 94 ff.

2 „Was nach Abzug der rechtlichen Einschränkung für den einzelnen an Möglichkeit zur individuellen Betätigung übrigbleibt, bildet seine Freiheitssphäre" so *Jellinek,* Allgemeine Staatslehre, 1900, S. 419; vgl. hierzu *Sachs,* in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 39 Rn. 2.

3 *Weischer*, Das Grundrecht auf Vertragsfreiheit, 2013, S. 59.

diese Weise in ihrer abwehrrechtlichen Funktion einen eigenen *Rechtsgestaltungsfreiraum* zu und liefert das Versprechen, diesen unangetastet zu lassen. Der Staat hat mithin die im Rahmen der Privatautonomie getroffenen Regelungen grundsätzlich zu respektieren.[4] Jeder staatliche Zugriff auf das *Ob* oder das *Wie* individueller Vertragsgestaltung beeinträchtigt damit den Schutzbereich der Vertragsfreiheit.[5] Eingriffe sind z. B. denkbar in der Form von Vertragsverboten[6], Genehmigungserfordernissen[7], Vertragsabschlussverpflichtungen (Kontrahierungszwang)[8] oder Anforderungen an die inhaltliche Ausgestaltung des Vertrags, aber auch andere Formen hoheitlicher Einwirkung, wie etwa das durch Verwaltungsakt geltend zu machende Vorkaufsrecht.[9] In seiner abwehrrechtlichen Funktion steht (jedenfalls) Art. 2 Abs. 1 GG insbesondere (der staatlichen Anerkennung von) Verträgen zu Lasten Dritter entgegen.[10] Wie weit diese Freiheit geht, zeigte sich zuletzt – wie bereits in der Einleitung zu Teil 1 erwähnt – im Zuge der Impfkampagne gegen das SARS-CoV2-Virus. Während es dem grundrechtsgebundenen Staat kaum möglich sein wird, beim Zugang zu staatlichen Leistungen nach dem Impfstatus zu differenzieren,[11] steht eine solche Differenzierung dem (grundrechtsberechtigten) Privaten durchaus zu: Der Betreiber eines Restaurants, einer Kultur- oder Sporteinrichtung kann im Rahmen der Privatautonomie entscheiden, dass er nur geimpfte Personen in seiner Einrichtung zulassen will.[12] Ein staatliches Gesetz, das dem Privaten diese Differenzierung verböte, begegnet unter diesem Aspekt starken verfassungsrechtlichen Zweifeln.[13]

---

4 BVerfGE 81, 242 (254).

5 *Brenner* in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 115 Rn. 36 m.w.N.

6 Vgl. Maunz/Dürig/*Di Fabio*, GG, 73. EL 2014, Art. 2 Abs. 1 Rn. 102.

7 Siehe hierfür BVerfGE 60, 329 (339); *Manssen*, Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt, 1994, S. 123 f.

8 Vgl. BVerfGE 103, 197.

9 *Manssen* (Fn. 7), S. 124.

10 Vgl. BVerfGE 73, 261 (271).

11 Hier stünden ausreichend effektive, mildere Mittel wie etwa ein Schnelltest-Verfahren, zur Verfügung, siehe *Lindner*, Verfassungsblog 2020/12/29, online abrufbar unter https://verfassungsblog.de/privilegien-oder-lockdown (zuletzt abgerufen am 03.01.2021).

12 Lediglich in Ausnahmesituationen, wie sie etwa bei Monopolanbietern oder Massenveranstaltungen (z. B. große Fluggesellschaften) angenommen werden können, nimmt das BVerfG seit der sog. Stadionentscheidung eine Ausstrahlungswirkung des Gleichbehandlungsgrundsatzes des Art. 3 Abs. 1 GG dahingehend an, dass eine Differenzierung nicht per se zulässig ist, sondern ebenfalls sachlich anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gerechtfertigt werden muss, siehe BVerfGE 148, 267; vgl. hierzu *Lindner* (Fn. 11).

13 So auch *Lindner* (Fn. 11). Dies bedarf jedoch eingehender Prüfung und kann daher an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden.

II. Vertragsfreiheit als Schutzpflicht (status positivus)

1. Grundrechte als Schutzpflichten

Seit dem ersten Urteil des BVerfG zu § 218 StGB entspricht es ständiger Rechtsprechung, dass den Grundrechten nicht nur eine Abwehrfunktion zukommt, sondern diese über Art. 1 Abs. 3 GG auch Schutzgebote für den Staat und seine Organe beinhalten, mithin diesen zu einem aktiven (Rechts-)Handeln verpflichten, bevor es zu einer Verletzung der Grundrechte kommen kann.[14] Der Vertragsfreiheit kommt deshalb auch eine – zunächst fast triviale – Schutzfunktion zu: Der Grundsatz *pacta sunt servanda* liefe leer, wenn der jeweilige Vertragspartner keine Handhabe hätte, die Verpflichtung der Gegenseite notfalls mit Zwang durchzusetzen.[15] Zwar ist der Vertragsschluss an sich auch ohne staatliche Regelungen denkbar, Durchsetzbarkeit und Verlässlichkeit des Vertrages jedoch werden erst durch staatliche Regelungen und Durchsetzungsmöglichkeiten gewährt.[16] „Die Vertragsfreiheit stellt insoweit kein natürliches Institut, sondern eine normativ zu konstituierende Freiheit dar.“[17] Den Staat trifft damit die Pflicht zur Schaffung der rechtlichen Rahmenbedingungen des Vertragsschlusses,[18] „er muß der Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben einen angemessenen Betätigungsraum eröffnen[19]“, etwa mithilfe von Regeln über die äußerliche Qualifizierung einer Handlung als rechtsverbindlichen Akt der Selbstgestaltung[20] sowie der Schaffung entsprechender Möglichkeiten des Rechtsschutzes.[21] Denn wenn der Gesetzgeber sogar zum Erlass grundrechtsschützender

---

14 BVerfGE 39, 1 (42); BVerfGE 88, 203 (251); hierzu *Canaris,* AcP 184 (1984), 201 (225). Bereits in seinem Lüth-Urteil hat das BVerfG dies im Grunde schon angelegt: „indem er (der Zivilrichter) den Gehalt der Grundrechtsnorm verkennt, (…) verletzt (er) (…) als Träger öffentlicher Gewalt durch sein Urteil das Grundrecht, auf dessen Beachtung auch durch die rechtsprechende Gewalt der Bürger einen verfassungsrechtlichen Anspruch hat“, vgl. BVerfGE 7, 198 (206 f.).

15 Vgl. *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, S. 236 f. („Vollstreckungsrecht als grundrechtlich gebotene Ausgestaltung“) m.w.N.

16 BVerfGE 89, 214 (231): „Nach ihrem Regelungsgegenstand ist die Privatautonomie notwendigerweise auf staatliche Durchsetzung angewiesen.“; vgl. auch *Jellinek,* der von einem „rechtlich verliehenen Können“ spricht, vgl. *Ders.* (Fn. 1), S. 47; siehe hierzu auch die Ausführungen in Teil 1 des Beitrages, dort unter B. II. 3.

17 *Weischer* (Fn. 3), S. 59 m.w.N.

18 So auch *Weischer* (Fn. 3), S. 59; *Cornils,* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 168 Rn. 20. Insbesondere trifft diese Pflicht den Gesetzgeber, darüber hinaus ist aber auch die Rechtsprechung etwa bei der Auslegung der Vertragsabreden gebunden.

19 BVerfGE 89, 214 (231).

20 Vgl. die §§ 145 ff. BGB

21 „(…) begründet daher die Pflicht des Gesetzgebers, rechtsgeschäftliche Gestaltungsmittel

Strafnormen verpflichtet sein kann, wie es das BVerfG zu § 218 StGB entschieden hat, muss dies erst recht für das weniger stark einschneidende Privatrecht gelten. Jedenfalls im Hinblick auf die Privatautonomie, aber auch bezogen auf die sie konkretisierende Vertragsfreiheit, enthält Art. 2 Abs. 1 GG damit auch eine Institutionsgarantie.[22]

2. Die Bürgschaftsentscheidung des BVerfG

An dieser Stelle ist die Verfassungsrechtsprechung jedoch nicht stehen geblieben. In mehreren Entscheidungen hat das BVerfG den *status positivus* der Vertragsfreiheit wesentlich erweitert. Diese Entwicklung soll im Folgenden anhand der sog. Bürgschaftsentscheidung[23] dargestellt und bewertet werden, welche die wohl bedeutendste Entscheidung des BVerfG zum grundrechtlichen Schutz der Vertragsfreiheit darstellt und – wie zu zeigen sein wird – darüber hinaus grundlegende verfassungsrechtliche Wertungsentscheidungen für die Frage des Verständnisses des grundrechtlichen Freiheitsbegriffs beinhaltet.

a) Die Problematik der Bürgschaft naher Verwandter[24]

In dem zugrunde liegenden Fall, der sich im Jahre 1982 abspielte, verlangte ein Immobilienmakler eine Verdoppelung seines Kreditlimits von 50.000 DM auf 100.000 DM. Als die Stadtsparkasse eine Sicherheit verlangte, unterzeichnete seine damals 21-jährige Tochter eine vorgedruckte Bürgschaftsurkunde, die für sie deutliche

zur Verfügung zu stellen, die als rechtsverbindlich zu behandeln sind und auch im Streitfall durchsetzbare Rechtspositionen begründen", siehe BVerfGE 89, 214 (231).

22 Vgl. *Cornils* (Fn. 18), § 168 Rn. 20; *Arnold*, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 207.

23 Die – das sei angemerkt – nicht die erste Entscheidung in dieser Hinsicht ist, jedenfalls aber die wohl am meisten beachtete: Grundlegend hat sich das BVerfG zur Schutzpflicht des Staates in Bezug auf die Vertragsfreiheit schon im sog. Handelsvertreter-Urteil geäußert, BVerfGE 81, 242 (256); hierzu *Höfling*, Vertragsfreiheit, S. 1991 ff., dort allerdings in Bezug auf Art. 12 Abs. 1 GG.

24 In der Praxis der Banken entsprach es jedenfalls zur damaligen Zeit der üblichen Vorgehensweise, bei der Vergabe von Krediten an mittelständische Unternehmen zur Rückabsicherung Bürgschaftsverträge mit Familienangehörigen zu schließen. Dadurch sollte vor allem verhindert werden, dass es zu für die Bank nachteiligen Vermögensverschiebungen innerhalb der Familienmitglieder kommt. Die Kreditnehmer sollten durch die Einbeziehung ihrer Angehörigen zu sorgfältigem Wirtschaften veranlasst werden, vgl. BVerfGE 89, 214 (215). Deren Einkommens- und Vermögensverhältnisse blieben dabei vielfach ungeprüft. Die Zivilgerichte wurden im Vorfeld der Entscheidung des BVerfG zunehmend mit Fällen befasst, in denen junge Erwachsene aufgrund dieser Praxis in ausweglose Überschuldung geraten waren, weil sie für hohe Bankkredite ihrer Eltern gebürgt hatten, obwohl sie nur über geringfügige Einkünfte verfügten. Die Fachgerichte begegneten diesen Fällen zunächst

Risiken barg: Zunächst enthielt sie einen Höchstbetrag von 100.000 DM zuzüglich Nebenleistungen „zur Sicherung aller bestehenden und künftigen gegen den Hauptschuldner aus dieser Geschäftsverbindung" entspringenden Forderungen. Vereinbart wurde auch ein Verzicht auf die Einreden der Vorausklage, der Anfechtbarkeit und der Verjährung. Zuvor hatte der Vertreter der Sparkasse ihr gegenüber erklärt: *„Hier bitte, unterschreiben Sie mal, Sie gehen dabei keine große Verpflichtung ein, ich brauche das für meine Akten."* Die Tochter erhielt für das Kreditkonto ihres Vaters zwar ein Zeichnungsrecht, verfügte selbst aber über kein Vermögen, hatte keine Berufsausbildung, war bisher überwiegend arbeitslos und verdiente zur Zeit der Bürgschaftserklärung gerade einmal 1.150 DM monatlich netto. Als die Sparkasse ein Jahr später zunächst ein Erwerbsgeschäft des Vaters mit 1,3 Millionen DM finanzierte, kündigte sie sodann 1986 die offenstehenden Kredite in Höhe von mittlerweile 2,4 Millionen (!) DM und teilte der Tochter mit, dass nun sie als Bürgin in Anspruch genommen werde.

Nachdem beide Parteien eine Klage der Tochter auf Feststellung der Unwirksamkeit jener Vereinbarung zunächst für erledigt erklärt hatten (das LG gab der Widerklage der Bank auf Zahlung von „nur" 100.000 DM nebst Zinsen statt), hob das OLG auf Berufung der Tochter hin das Urteil auf und wies die Widerklage zurück. Es entschied, dass die Sparkasse wegen Verletzung einer Aufklärungspflicht im Rahmen der Vertragsverhandlungen (sog. culpa in contrahendo) dazu verpflichtet sei, die Tochter aus der Bürgschaft zu entlassen.[25] Jedenfalls dann, wenn das Kreditinstitut als Gläubiger gegenüber einem erkennbar geschäftsungewandten Bürgen Art und Umfang der Bürgenhaftung bagatellisiere und dadurch dessen Willensentschluss beeinflusse, bestehe eine entsprechende Aufklärungspflicht. Statt dieser nachzukommen habe der Vertreter der Bank das tatsächliche Risiko für die Tochter wesentlich „geschönt" und bagatellisiert, weshalb diese bei Kenntnis der wahren Risiken den Vertrag nicht geschlossen hätte.[26]

---

durch eine umfassende Inhaltskontrolle der Bestimmungen des Bürgschaftsvertrages und stützten sich im Wesentlichen auf § 138 Abs. 1 BGB (für Sittenwidrigkeit etwa OLG Düsseldorf ZIP 1984, 166; OLG Frankfurt ZIP 1984, 1465; OLG Köln ZIP 1987, 363). Andere Gerichte knüpften vor allem an die Aufklärungs- und Rücksichtnahmepflichten an, die sich aus § 242 BGB ergäben und schon vor Abschluss des Vertrages bestünden. Würde entgegen diesen Pflichten der Bürge nicht über die Tragweite seiner Erklärung unterrichtet, begründe dies einen Schadensersatzanspruch (siehe zu alledem BVerfGE 89, 214 [215 ff.] mit entsprechenden Nachweisen); vgl. ferner zur Problematik *Dörr,* Kreditsicherung durch mittellose Sicherungsgeber, 1998, passim.

25 Siehe OLG Celle, WM 1988, 1436 (1437 f.); vgl. hierzu sowie zum Vorstehenden BVerfGE 89, 214 (219).

26 BVerfGE 89, 214 (219, 231).

Der Bundesgerichtshof (BGH) hob die Entscheidung des Oberlandesgerichts jedoch in einem knapp begründeten Urteil auf: Von einer über 18-jährigen und damit nach dem Gesetz volljährigen Person könne man das Wissen verlangen, dass im Geschäftsverkehr die Abgabe einer Bürgschaftserklärung Haftungsrisiken begründe. Als Bürge könne man grundsätzlich nicht erwarten, nicht in Anspruch genommen zu werden. Der Vertreter der Stadtsparkasse habe nichts getan, wodurch diese Einschätzung beeinflusst worden wäre. Dass für sie ein Risiko verblieb, sei auch nach der Äußerung des Angestellten bei der Bürgschaftsunterzeichnung erkennbar gewesen.[27] Hiergegen erhob die Tochter Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG.

b) Die Lösung des BVerfG: Die Formel von der strukturell ungleichen Verhandlungsstärke

Das BVerfG hielt die Verfassungsbeschwerde für begründet: Das Urteil des BGH verletze die Tochter „in ihrem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes".[28]

Zutreffend bewertet das BVerfG den zugrunde liegenden Konflikt als ein Problem praktischer Konkordanz, da sowohl die Sparkasse als auch die Bürgin als Beteiligte des Zivilrechtsverkehrs den Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG genießen und sich „gleichermaßen auf die grundrechtliche Gewährleistung ihrer Privatautonomie berufen können". Im Vertragsrecht, so das BVerfG, ergäbe sich ein sachgerechter Interessenausgleich zwar grundsätzlich „aus dem übereinstimmenden Willen der Vertragspartner. Beide binden sich und nehmen damit zugleich ihre individuelle Handlungsfreiheit wahr."[29] Es dürfe jedoch „nicht nur das Recht des Stärkeren gelten", sondern die kollidierenden Grundrechtspositionen seien „in ihrer Wechselwirkung zu sehen und so zu begrenzen, daß sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden".[30] Habe einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht, „daß er den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen kann, bewirke dies für den anderen Vertragsteil Fremdbestimmung".[31] Aus der grundrechtlichen Gewährleistung der Privatautonomie in Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG folge, dass die Zivilrechtsordnung in solchen Situationen auf dieses Übergewicht reagieren und Korrekturen dann ermöglichen muss, wenn es sich um „eine *typisierbare Fallgestaltung*" handelt, „die eine *strukturelle*

27 BGH, NJW 1989, 1605.
28 So der Leitsatz der Entscheidung.
29 BVerfGE 89, 214 (232).
30 BVerfGE 89, 214 (232).
31 Vgl. BVerfGE 89, 214 (231); BVerfGE 81, 242 (255).

Unterlegenheit des einen Vertragsteils erkennen läßt, und (…) die Folgen des Vertrages für den unterlegenen Vertragsteil *ungewöhnlich belastend*" sind.[32]

Ihren dogmatischen Ursprung findet diese Formel des BVerfG vorwiegend in den Arbeiten von der zivilrechtlichen Literatur zur „Lehre von der materialen Vertragsgerechtigkeit":[33] Sie wurde zwar vom BVerfG bereits drei Jahre zuvor in der sog. Handelsvertreter-Entscheidung aufgegriffen und verfassungsrechtlich entwickelt, dort richtete sich der vom BVerfG den Grundrechten entnommene Schutzauftrag jedoch an den Gesetzgeber, der „im Zivilrecht Vorkehrungen zum Schutz der Berufsfreiheit gegen vertragliche Beschränkungen" schaffen müsse.[34] Im Fall der Bürgschaftsentscheidung stand jedoch nicht das Handeln des Gesetzgebers unter verfassungsrechtlicher Kritik, sondern die Entscheidung des Gerichts als Rechtsanwender war anhand des Grundgesetzes zu prüfen. Indem sich der BGH bei seiner Entscheidung diese vom BVerfG herausgearbeiteten Fragen über die Tragweite der tatsächlichen Entscheidungsfreiheit der Vertragspartner nicht gestellt hat, habe er – so das BVerfG – die grundrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie „verkannt":[35] „Alle Argumente, mit denen die Beschwerdeführerin ihre Verhandlungsschwäche belegen wollte, wurden mit dem Hinweis zurückgewiesen, sie sei volljährig gewesen und habe sich über die entstehenden Risiken selbst vergewissern müssen. Das reicht nicht aus."[36]

In der Bürgschaftsentscheidung hat das BVerfG damit einen großen Schritt zur Ausweitung des Schutzumfangs der Vertragsfreiheit durch das Grundgesetz unternommen, indem es neben dem Schutz der *formellen Freiheit zum Vertragsschluss* auch die *Vertragsparität* zu einer strukturellen Voraussetzung der Vertragsfreiheit erklärt, die es zu schützen gilt – nicht nur vom Gesetzgeber, sondern auch unmittelbar vom Richter als dem Rechtsanwender.[37] Das Sozialstaatsprinzip fungiert hierbei

---

32 BVerfGE 89, 214 (232) – Hervorhebung durch Verf.

33 Zurück geht diese auf die Arbeiten von *Schmidt-Rimpler* in AcP 147 (1941), 130 ff. sowie in: FS Raiser, 1974, S. 3 (12 ff.); weiterentwickelt durch *Raiser,* JZ 1958, 1 (1 ff.); *Ders.,* in: v. Caemmerer et al.(Hrsg.), Festschrift 100 Jahre DJT Bd. I, S. 101 (101 ff.); *Wolf,* Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, 1970, S. 9 ff., 101 ff.; *Kramer,* Die „Krise" des liberalen Vertragsdenkens, 1974, S. 35 ff.; *Hönn,* Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982, S. 134 ff., 253 ff. sowie *Fastrich,* Richterliche Rechtskontrolle im Privatrecht, 1992, S. 79 ff.

34 BVerfGE 81, 242; vgl. hierzu BeckOKGG/*Ruffert,* 15.08.2020, Art. 12 Rn. 19. Die Verfassungsbeschwerde betraf das entschädigungslose Wettbewerbsverbot für einen Handelsvertreter; mittelbar richtete sie sich gegen § 90a Abs. 2 Satz 2 HGB a. F.

35 BVerfGE 89, 214 (231).

36 BVerfGE 89, 215 (233).

37 Dass es hier um eine *Schutzpflicht* des Staates geht und dabei um mehr als die im Lüth-Urteil entwickelte Ausstrahlungswirkung der Grundrechte als objektive Werteordnung wird

sozusagen als Triebfeder dieses Schutzes des Schwächeren, den die staatliche Gewalt nicht mit dem Verweis auf „Vertrag ist Vertrag" abweisen kann.[38] Es ergänzt die Vertragsfreiheit als Schutz der *Selbstbestimmung* um einen Schutz der Partei vor *Fremdbestimmung.* Als Kerngedanke der Entscheidung tritt die Feststellung hervor, „daß die – verfassungsrechtlich gewährleistete – Privatautonomie nicht nur formal, sondern auch material zu verstehen ist und daß eine Vertragspartei daher unter bestimmten Voraussetzungen vor der Bindung an einen für sie nachteiligen oder gefährlichen Vertrag geschützt werden muß, sofern sie bei dessen Abschluss in ihrer faktischen Möglichkeit zu privatautonomer Selbstbestimmung erheblich beeinträchtigt war".[39] Die durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete Privatautonomie setzt jedenfalls nach Meinung des BVerfG mit anderen Worten voraus, dass die Bedingungen der Selbstbestimmung des Einzelnen auch *tatsächlich* gegeben sind.[40] Die Vertragsfreiheit als Rechtsinstitut, so ließe sich formulieren, setzt also eine faktisch bestehende Freiheit im Sinne eines empirischen Machtgleichgewichts der verhandelnden Vertragsparteien zur Bedingung, um dem *Konsens* als Rechtfertigungsgrund des rechtlichen Sollens (in Form der dem Vertragsschluss folgenden Rechtspflicht zur Vertragstreue) zur Wirksamkeit verhelfen zu können.

c) Kritik an der Entscheidung

Nachdem die Entscheidung des BVerfG zunächst insbesondere in der Zivilrechtswissenschaft recht positiv aufgenommen wurde,[41] mehrten sich bald kritische Stimmen.[42] Der Begriff der „strukturell ungleichen Verhandlungsstärke" sei bereits zu unscharf.[43] Ein Informationsgefälle bedingt etwa durch die größere Erfahrung des überlegenen Vertragsteils oder psychologischer und wirtschaftlicher Druck seien in

deutlich in BVerfGE 103, 89 (105); vgl. hierzu *Cornils* (Fn. 15), S. 182.

38 Ähnlich *Weischer* (Fn. 3), S. 69.

39 So *Canaris,* Grundrechte und Privatrecht, 1999, S. 49.

40 So deutlich BVerfGE 103, 89 (100). Der Ansatz taucht bereits auf bei *Nietzsche*, der sich wiederum auf *Thukydides* bezieht: „Gerechtigkeit nimmt ihren Ursprung unter ungefähr gleich Mächtigen (…): Wo es keine deutlich erkennbare Übergewalt gibt und ein Kampf zum erfolglosen gegenseitigen Schädigen würde, da entsteht der Gedanke, sich zu verständigen und über die beiderseitigen Ansprüche zu verhandeln: der Charakter des Tausches ist der anfängliche Charakter der Gerechtigkeit (…), Gerechtigkeit ist also Vergeltung und Austausch unter der Voraussetzung einer ungefähr gleichen Machtstellung", vgl. *Nietzsche,* Menschliches, Allzumenschliches, Band I, 1878, S. 89.

41 Vgl. etwa *Löwe,* ZIP 1993, 1795 („Meilenstein zur Gewährleistung der Vertragsgerechtigkeit"; *Grün,* NJW 1994, 2935 (2935: „für das gesamte Vertragsrecht richtungsweisender Beschluss"); zustimmend auch *Honsell,* NJW 1994, 565 (566); vgl. ferner *S. Lorenz,* Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, S. 254 (dort Fn. 237) m.w.N.

42 Siehe nur die umfassenden Belege bei *Di Fabio,* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 114.

43 Vgl. nur *Busche,* Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 91 ff.

nahezu jedem wirtschaftlichem Vertrag in gewisser Weise Realität, [44] weshalb das Zivilrecht ein ausdifferenziertes System von Kautelen enthalte, mit denen einem Missbrauch der Vertragsfreiheit begegnet werden könne.[45] Zwar sei es aus Sicht des benachteiligten Vertragsteils zu begrüßen, dass die im Ergebnis nicht tragbare Entscheidung eines Fachgerichts durch die Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde aufgehoben wurde,[46] jedoch berge dies die Gefahr, das BVerfG zu einer Art „Superrevisionsinstanz" in Sachen Vertragsparität werden zu lassen,[47] da es bei strikter Beachtung der Formel vom strukturellen Ungleichgewicht keiner großen Begründung bedürfe, damit sich „der Kunde dem Unternehmer, der Patient dem Arzt, der Mandant dem Rechtsanwalt oder der kleine Handwerker dem Großauftraggeber" gegenüber als „unterlegen" ausweisen könnte.[48] Der Begriff der strukturellen Ungleichheit erleichtere damit die Einbeziehung ideologischer Wertungen und ein Überspielen der Wertungen des Zivilrechtsgesetzgebers,[49] es finde eine Pervertierung bzw. eine Aushöhlung des zivilrechtlichen Gedankens der Privatautonomie und damit der Anerkennung der Selbstverantwortung mündiger Bürger statt.[50] Das BVerfG begebe sich so auf den Weg zum fürsorglich bevormundenden Staat.[51]

---

44 Vgl. *Weischer* (Fn. 3), S. 71 f.

45 So etwa die §§ 119, 120, 123, 134, 138, 242, 305 ff. BGB sowie die umfassende Dogmatik zur Verletzung vorvertraglicher Schutzpflichten bei der Vertragsanbahnung.

46 So auch *Adomeit,* NJW 1994, 2467 (2467); kritischer *Isensee,* in: FS Großfeld, 1999, S. 485 (513): „Das Bundesverfassungsgericht hat mit seiner Vertragskontrolle in diesem oder jenem Einzelfall der Gerechtigkeit zum Siege verholfen. Ein solch löbliches Werk mochte dem Amtsanspruch eines aufgeklärten, volkswohltätigen Monarchen im 18. Jahrhundert genügen. Dem eines Verfassungsgerichts genügt es nicht", dieses könne sich „nicht auf ein Mandat zum Grundrechtspaternalismus" berufen.

47 So *Lüke,* NJW 1995, 173 (174); wohl auch *Depenheuer,* ThürVBl 1996, 270 (274).

48 Zitat von *Isensee*, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, S. 239 (264); ähnlich *Adomeit* (Fn. 46), 2467 (2469); *Oechsler,* Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, 1997, S. 146 f.: „Nach dem Kriterium des Bundesverfassungsgerichts aktualisiert sich nämlich der richterliche Schutzauftrag bereits dann, wenn ein Millionär seinen Gebrauchtwagen an einen Kleinverdiener verkauft; denn auch hier besteht ein Machtungleichgewicht"; ferner *Depenheuer* (Fn. 47), 270 (273), der von einer Ermächtigung zur „Inhaltskontrolle aller Verträge – über die zivilrechtlichen Normen hinaus und an ihnen vorbei" spricht; dass es dem BVerfG gelungen ist, die von ihm ins Auge gefasste „qualifizierte Disparität" überzeugend zu definieren, bezweifelt auch *Dörr* (Fn. 24), S. 118.

49 Vgl. *Hillgruber,* ZRP 1995, 6 (9); *Tettinger,* DVBl 1999, 679 (684); *Depenheuer* (Fn. 47), 270 (274).

50 Etwa *Hillgruber* (Fn. 49), 6 (9); *Tettinger* (Fn. 49), 679 (684); *Spieß,* DVBl. 1994, 1222 (1229); *Zöllner,* AcP 196 (1996), 1 (2 f.) der vom BVerfG als dem „Oberregisseur" spricht.

51 So *Depenheuer* (Fn. 47), 270 (272 f.); ebenso *Stern,* Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/1, 2011, S. 246; *Martinek* spricht in Anschauung der zahlreichen Kritik an der Entscheidung des BVerfG von einem „Rückzugsgefecht in einem vielleicht schon aufgegebenen Kampf gegen die zunehmende Entprivatisierung des Privatrechts", vgl. *Ders.,*

d) Eigener Standpunkt

aa) Ausdehnung der mittelbaren Grundrechtswirkung

Betrachtet man die Bürgschaftsentscheidung unter spezifisch grundrechtsdogmatischen Gesichtspunkten, gewinnt man leicht den Eindruck, dass durch diese Ausdehnung des Schutzes auf die Korrektur von Fällen gestörter Vertragsparität letztlich die Konsequenz aus der Ablehnung einer unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte – jedenfalls in der Sache – zum bloßen Lippenbekenntnis wird: Die Vertragsfreiheit als Grundrecht der Privaten gegen den Staat wird faktisch zwischen den Parteien des zivilrechtlichen Vertrags in Stellung gebracht[52] und wirkt als rettender Halt für denjenigen, der sich am „Einflussgefälle" der Parteien an der unteren Seite befindet und in eine unzumutbare Vertragsbelastung „abzurutschen" droht. Die Aussage des Art. 1 Abs. 3 GG, wonach die Grundrechte Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung binden, wird hier bis an die Grenze ihres Aussagegehalts gedehnt – wenn nicht sogar darüber hinaus.[53] Damit wird der grundrechtliche Unterschied zwischen der Freiheit des Privaten und der Grundrechtsgebundenheit der Staatsgewalt in gewissem Umfang eingeebnet; die individuelle Willkür wird anhand von Maßstäben kontrolliert, die sonst eher aus dem Bereich des, durch „verfassungsrechtlich domestiziertes Ermessen" geprägten, Verwaltungsrechts bekannt sind.[54]

Rechtslogisch lässt sich diese „Umdeutung" nur erklären durch eine Gleichstellung der privatautonomen Regelungen mit denjenigen Gesetzen, die den Rahmen für das Zustandekommen dieser Individualvereinbarungen darstellen. Denn nur auf diesen „Gesetzgeber" im engeren Sinn nimmt Art. 1 Abs. 3 GG ausdrücklich Bezug. Privatautonom gesetztes Recht wird, was die Anwendung der Grundrechte betrifft, im Kontext der Bürgschaftsentscheidung jedoch im Ergebnis behandelt wie staatliches Recht. Der Vertragspartner erlangt kraft Verfassungsrecht in gewissem Umfang die Stellung, die derjenigen eines beliehenen Unternehmers gleicht, der so zum Teil der staatlichen Organisationseinheit wird.[55] Die Privatautonomie, so ließe sich auch

---

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).

52 *Cornils* spricht insofern von einem „Übergriff des anderen Vertragspartners in die eigene Freiheitssphäre", der vom BVerfG in seiner Meinung nach zweifelhafter Weise konstruiert wird, vgl. *Ders.* (Fn. 15), S. 180 ff.

53 Von einer „Schutzpflicht zur Abwehr des ‚privaten Eingriffs'" spricht etwa *Cornils* (Fn. 15), S. 181.

54 Vgl. *Isensee,* in: Bayer/Koch (Hrsg.), Schranken der Vertragsfreiheit, S. 23.

55 Vgl. *Isensee* (Fn. 54), S. 22 f.; *Canaris* sieht darin letztlich nur eine andere Spielart der Lehre von der unmittelbaren Wirkung der Grundrechte und hält die generelle Gleichstellung von

formulieren, erfährt hier eine bemerkenswerte Metamorphose: „Aus einem Freiheitsrecht in eine Freiheitsschranke, aus der Garantie für beide Vertragspartner zu einer Schutzgarantie für den einen, den ‚unterlegenen', auf Kosten des ‚überlegenen' anderen".[56]

bb) Schutz des Menschen vor sich selbst?

Auch unter einem anderen Aspekt ergeben sich Zweifel an dieser Ausweitung der staatlichen Schutzpflicht[57] auf den rechtsgeschäftlichen Bereich: Denn die Schutzpflicht, die das Gericht postuliert, richtet sich in gewisser Weise auch oder gerade gegen die „eigene unvernünftige Vertragsentscheidung",[58] will also den einzelnen Vertragspartner davor schützen, zu viel von der eigenen Freiheitssphäre aufzugeben. Lehnt man die oben skizzierte Bewertung der Entscheidung als Schutzinstrument vor privater *Fremdbestimmung* ab, gelangt man fast zwangsläufig zu dieser Deutung der Schutzpflicht. Die Vertragsfreiheit wird dann zum *„Schutz des Menschen vor sich selbst"*.[59] Soweit damit die Entfaltung der Schutzpflichtdimension des Art. 2 Abs. 1 GG auf einen Schutz geschäftsfähiger (!) Vertragspartner vor den selbst getroffenen Verpflichtungen hinausläuft und damit dem Grundgedanken der

privatautonomen Regelungen und Privatrechtsnormen für unzulässig, vgl. *Ders.* (Fn. 14), 201 (217).

56 So *Isensee* (Fn. 48), S. 239 (263).

57 Bei Auslegung und Anwendung des Privatrechts unterscheidet das BVerfG nicht deutlich zwischen Abwehr und Schutz, sondern geht einheitlich vor, indem es die Figur der Ausstrahlungswirkung ohne weitere Differenzierungen zum Einsatz bringt, vgl. *Jarass,* in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 38 Rn. 67. Ob man darin eine eigene Grundrechtsfunktion sehen kann (so offenbar *Jarass,* ebd.), kann hier nicht weiter vertieft werden. Vorzugswürdiger erscheint es, die vom BVerfG formulierten objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalte als dogmatische Grundlagen für die Annahme zusätzlicher Grundrechtsfunktionen zu schaffen, vgl. *Enderlein,* Rechtspaternalismus und Vertragsrecht, 1996, S. 143. Im Ergebnis handelt es sich nach diesseitigem Verständnis bei dem „Hineinwirken" der Grundrechte stets (auch) um eine „Schutzpflicht" des Staates, da es sich um eine Pflicht zu einem aktiven Tun handelt, wohingegen die Abwehrfunktion der Grundrechte den Staat gerade zum Dulden einer Freiheitsausübung verpflichten.

58 Vgl. *Cornils* (Fn. 18), § 168 Rn. 26, der insofern von einer „paternalistischen Schutzpflicht" spricht; so auch *Schmolke,* Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 46.

59 Vgl. umfassend *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, passim; dazu *Schmidt,* JZ 1993, 833; *Dietlein,* Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1991, S. 219 ff.; *Ruffert,* Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 247 ff.; *Keitel,* Der Minderjährige als strukturell Unterlegener, 2014, S. 9; *Wiedemann,* JZ 1994, 411 (411); ähnlich auch *von Münch,* der vor einer „dritten Dimension" der Grundrechte warnt, bei der diese nicht mehr dem Grundrechtsträger dienen, sondern über ihn herrschen, vgl. *Ders.* in: FS Ipsen, 1997, S. 113 (114); vgl. hierzu *Singer,* JZ 1995, 1133 (1134).

Privatautonomie eigentlich gerade zuwiderläuft,[60] wirft dies zumindest Bedenken auf: Liegt hier (noch) die notwendige grundrechtstypische Gefährdungslage vor, auf welche die Schutzpflicht antwortet?[61] Liefert nicht gerade Art. 2 Abs. 1 GG die Grundlage eines Rechts auf Selbstgefährdung – auch im vertraglichen Bereich?[62] Jedenfalls bedarf es auf der Stufe der Rechtfertigung besonderer Gründe, um ein solches Vorgehen zu legitimieren.[63] Auf diesen Aspekt geht das BVerfG in der Bürgschaftsentscheidung – aus welchen Gründen auch immer – jedoch nicht ein.

cc) Wandel des Freiheitsbegriffs

Es ist letztlich die Eigentümlichkeit der Bürgschaftsentscheidung, dass sie die Vertragsfreiheit um der Vertragsfreiheit willen einschränkt. Zu Recht aber betont *Fritz Rittner,* dass der eigentliche Grund des Rückgriffs auf das Verfassungsrecht im Kontext der Vertragsfreiheit darin liegt (oder besser: liegen sollte), den Vorrang der Privatautonomie vor *hoheitlichem* Zugriff zu schützen.[64] Die Vertragsfreiheit ist ihrem Wesen nach legitime Willkür – „stat pro ratione voluntas"[65]. Sie wird primär um der Freiheit, nicht um der Gerechtigkeit willen gewährleistet.[66] Vertragliche Selbstbindung ist per se keine Einschränkung der grundrechtlichen Freiheit, sondern ihre Verwirklichung. Als eine solche „Freiheit zur Selbstbindung" lebt die Vertragsfreiheit gerade von der Annahme einer grundsätzlich gegebenen Selbstbestimmungsfähigkeit erwachsener Menschen, so dass die staatliche Aberkennung der Vertragsverbindlichkeit stets eine „Infragestellung der Grundlagen der Privatautonomie"

---

60 *Cornils*, (Fn. 18), § 168 Rn. 22, der von einer „inhaltlichen Fehlinterpretation des Grundrechtsschutzes" spricht.

61 So (noch fragend) *Isensee* (Fn. 54), S. 27; deutlicher dann *Ders.* (Fn. 46), S. 485 (501); ablehnend zum Konstrukt des Grundrechtsschutzes vor sich selbst auch *Ruffert* (Fn. 59), S. 247 f. m.w.N. zur Diskussion. Auch das BVerfG formuliert: Der Schutz vor selbstschädigendem Verhalten verfolge „ein Ziel, das nur in besonders gravierenden Fällen in der Abwägung mit einem Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit zu bestehen vermag", vgl. BVerfG NJW 2012, 1062 (1604) m.w.N.

62 Vgl. *Hillgruber* (Fn. 59), S. 71, 102, der sich dahingehend festlegt, dass nur ein Fall „*krankhaft* gestörter Selbstbestimmung einen Schutz des Menschen vor sich selbst legitimiert" (Hervorhebung durch Verf.); ähnlich auch BVerwGE 82, 45 (48).

63 Ebenso *Singer,* JZ 1995, 1133 (1135); einen ausführlichen Überblick über die Judikatur des BVerfG in solchen Fällen eines Schutzes der Betroffenen vor sich selbst gibt *Hillgruber* (Fn. 59), S. 66 ff.; ebenso *Schmolke* (Fn. 58), S. 42 ff.

64 So *Rittner,* AcP 188 (1988), 101 (129).

65 *Lat.* „An der Stelle einer Begründung steht der Wille"; vgl. *Isensee* (Fn. 48), S. 239 (249); ähnlich *Flume:* „Die Gestaltung aus Selbstbestimmung … ist einem rechtlichen Urteil, ob sie ‚richtig' ist, unzugänglich", vgl. *Ders.,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 3. Aufl. 1979, S. 8 a. E.

66 *Canaris,* in: Scholz/Badura (Hrsg.), FS Lerche, 1993, S. 873 (886).

bedeutet.[67]

Die Parität des Vertrages, d. h. das Gleichgewicht der Parteien beim Vertragsschluss, als Voraussetzung für die *rechtliche* Geltung eines Vertrages heranzuziehen, statt sie bloß als eine reale Voraussetzung der Ausübung der Vertragsfreiheit zu betrachten,[68] führt in gewissem Umfang zu einem Wandel des Freiheitsbegriffs. Ob die realen Voraussetzungen für die Ausübung der grundrechtlichen Freiheit Thema der Grundrechte sind, erscheint zumindest fraglich.[69] Der Trend jedenfalls scheint dahin zu gehen, das negative Freiheitsverständnis der Privatautonomie durch ein positives zu ersetzen.[70] Ob ein solches *positives* Verständnis von Vertragsfreiheit für die Grundrechtsdogmatik angebracht ist, kann in Ansehung der oben aufgeworfenen Fragen durchaus bezweifelt werden.[71] In weiser Voraussicht formulierte daher 1960 bereits *Walter Leisner:* „Die Geschichte der Vertragsfreiheit unter dem Grundgesetz ist eine Geschichte ihrer Beschränkung."[72]

---

67 *Cornils* (Fn. 18), § 168 Rn. 25: „Die auf freie Verhaltensentscheidung und – in der Privatautonomie – Selbstbindung gerichtete Garantie des Art. 2 Abs. 1 GG höbe sich selbst auf, wenn sie im Hinblick auf diese Entscheidung zugleich auch das Gegenteil garantieren würde, also die staatliche Pflicht zur Korrektur dieser Entscheidung."

68 Ablehnend hierzu *Isensee* (Fn. 54), S. 17; *Depenheuer* (Fn. 47), 270 (274).

69 Jedenfalls zweifelnd *Cornils* (Fn. 18), § 168 Rn. 17, 21; von einer „fragwürdigen, entmündigen Tendenz" dieses Ansatzes spricht *Cornils* (Fn. 15), S. 183; noch drastischer *Depenheuer* (Fn. 47), 270 (274), der hierin das „Ende der Vertragsfreiheit" sieht; zum Unterschied zwischen Geltungs- und Ausübungsvoraussetzungen vgl. *Isensee,* in: Ders./ Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 115 Rn. 16 ff.; zum Freiheitskonzept der Grundrechte allgemein und zur Unterscheidung zwischen „realer" und „rechtlicher" Freiheit vgl. *Krebs,* in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 31 1 ff., 99 ff. Eine weitere Vertiefung dieser (spannenden) Frage kann hier nicht geleistet werden und muss einer intensiveren Untersuchung vorbehalten bleiben.

70 So *Isensee* (Fn. 54), S. 31 mit besonderem Blick auf die steigenden Antidiskriminierungsmaßnahmen und -gesetze.

71 Gegen ein solches positives Verständnis der Vertragsgestaltungsfreiheit jedenfalls für die europäische Grundrechtsdogmatik *Klement,* Wettbewerbsfreiheit, 2015, S. 110, der zu dem Schluss kommt, dass „eine positive Fassung des Begriffs der Vertragsfreiheit (…) wegen der mit ihr (…) verbundenen behördlichen und richterlichen Konkretisierungskompetenz außerdem die Gefahr (birgt), dass nicht nur die Gerechtigkeit, sondern auch die „Richtigkeit" (Nützlichkeit für das Gemeinwohl) als Leitbild in die Grundrechtsdogmatik einfließt und damit die „Instrumentalisierung des Privatrechts" für beliebige andere politische Ziele grundrechtliche Dignität erhielte, anstatt grundrechtlich kontrolliert zu werden".

72 *Leisner,* Grundrechte und Privatrecht, 1960, S. 323. Zum Rechtspaternalismus im Verfassungsrecht vgl. *Schmolke* (Fn. 58), S. 42 ff.

dd) Die Auswirkungen auf die Zivilrechtsprechung

Die Befürchtung, das BVerfG könnte zu einer Superrevisionsinstanz für Vertragsklagen werden, verkennt wohl teilweise die Tragweite der Entscheidung[73] und hat sich bislang nach Erkenntnis des Verfassers auch nicht bestätigt. Zwar kann eine umfassende Analyse der fachgerichtlichen Rechtsprechung unter diesem Gesichtspunkt an dieser Stelle nicht geleistet werden. Es erscheint jedoch auch bei einer Betrachtung allein der Entscheidungsgründe des Bürgschaftsbeschlusses so, dass das BVerfG mit seiner Entscheidung weder eine zusätzliche, verfassungsrechtliche Inhaltskontrolle noch eine neue zivilrechtliche Generalklausel der vertraglichen Imparität oder einen verfassungsrechtlichen Nichtigkeitsgrund geschaffen hat.[74] Vielmehr überlässt das BVerfG nicht nur die Frage der methodischen Umsetzung den Fachgerichten, sondern weitgehend auch deren Ergebnis. Insbesondere weist es ausdrücklich darauf hin, dass die deutsche Zivilrechtsordnung insofern gerade als ausreichend erachtet.[75] „Die grundrechtlichen Erwägungen des BVerfG dienen lediglich der Begründung des Verfassungsverstoßes bei der Anwendung einfachen Rechts durch die Zivilgerichte und können daher nicht Anlass sein, unnötige verfassungsunmittelbare Korrekturmittel zu suchen, indem man die Entscheidung gleichsam als subsumtionsfähige Rechtsnorm behandelt.“[76] Das BVerfG betont vielmehr nur die Notwendigkeit zur Behandlung eines Problems, für welches das Zivilrecht schon seit langem geeignete Rechtsinstitute geschaffen hat.[77] Die Fälle

---

73 Gleiches gilt für Teile der zustimmenden Autoren.

74 Wie hier *S. Lorenz* (Fn. 41), S. 254; *Schmolke* (Fn. 58), S. 80, jeweils m.w.N. So wurde etwa die Verfassungsbeschwerde einer 35-jährigen Lohnbuchhalterin, die sich selbstschuldnerisch für Verbindlichkeiten aus Geschäftsverbindungen ihres Mannes verbürgt hatte, mit der Begründung nicht zur Entscheidung angenommen (§ 93a Abs. 2 BVerfGG), dass das Problem der gestörten Vertragsparität vom zuständigen Fachgericht umfassend behandelt worden sei, BVerfG NJW 1996, 2021.

75 „Wie sie (die Fachgerichte, *Anm. d. Verf.*) dabei zu verfahren und zu welchem Ergebnis sie gelangen müssen, ist in erster Linie eine Frage des einfachen Rechts, dem die Verfassung einen weiten Spielraum läßt. Ein Verstoß gegen die grundrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie kommt aber dann in Betracht, wenn das Problem gestörter Vertragsparität gar nicht gesehen oder seine Lösung mit untauglichen Mitteln versucht wird.“, BVerfGE 89, 214 (233); noch deutlicher insofern ein mehrere Monate später ergangener Kammerbeschluss, vgl. BVerfG NJW 1994, 2749 (2750): „Danach bedurfte es einer Prüfung, ob die Bf. aufgrund beinträchtiger Entscheidungsfreiheit eine Verpflichtung eingegangen ist, die unter Berücksichtigung der Interessenlagen auf seinen beider Vertragsparteien – auch unter Berücksichtigung eines etwaigen eigenen wirtschaftlichen Interesses auf seinen der Bf. – als offensichtlich unangemessen zu beurteilen ist; gegebenenfalls mußten die Gerichte im Rahmen der zivilrechtlichen Generalklauseln korrigierend eingreifen“.

76 *S. Lorenz* (Fn. 41), S. 256.

77 Insofern zutreffend dann *Lüke,* NJW 1995, 173 (174); vgl. hierzu *S. Lorenz* (Fn. 41), S. 256 m.w.N.

gestörter Vertragsparität sind damit ein *von Verfassung wegen gebotener Anlass* zu einer Inhalts- und Abschlusskontrolle von Verträgen durch die Fachgerichte unter Anwendung ihres Fachrechts, dem Zivilrecht.[78]

Dass nach diesen Kriterien nicht bei jeder Störung des Verhandlungsungleichgewichts eine Nichtigkeit des Vertrages anzunehmen ist, zeigt schon die Abweisung der zweiten Verfassungsbeschwerde, welche Gegenstand des Bürgschaftsbeschlusses war.[79] Stets hinzukommen muss ein ungewöhnlich stark belastender Vertrags*inhalt.*[80] Insofern kann man der Bewertung von *Stephan Lorenz*, wonach sich „in der Entscheidung wenig beachtlich Neues, sondern bare Selbstverständlichkeiten" finden, durchaus etwas abgewinnen.[81] In der Tat wäre bei konsequenter Anwendung der Regeln über die Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten (sog. culpa in contrahendo)[82] auch im Falle der Bürgschaftsentscheidung eine Berücksichtigung des „strukturellen Ungleichgewichts"[83] möglich gewesen, so dass die Rechtsordnung kein den Prinzipien der Vertragsfreiheit entgegenstehendes Ergebnis produziert hätte.[84] Eine verfassungsrechtlich oktroyierte Inhaltskontrolle wäre obsolet

78 So auch *S. Lorenz* (Fn. 41), S. 255.

79 Die Abweisung erfolgte mit der Begründung, dass im Falle der Bürgschaft durch die Ehefrau kein hohes und schwer abschätzbares Unternehmerrisiko vorlag, der Kredit nicht ungewöhnlich hoch war und auch die Begleitumstände des Vertragsschlusses keine Anhaltspunkte für die Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit gaben, vgl. BVerfGE 89, 214 (235 f.); vgl. insofern auch *Wiedemann,* JZ 1994, 411 (411).

80 Siehe BVerfGE 89, 214 (233): „Ist aber der *Inhalt* des Vertrages für eine Seite ungewöhnlich belastend und als Interessenausgleich offensichtlich unangemessen, so dürfen sich die Gerichte nicht mit der Feststellung begnügen: „Vertrag ist Vertrag". Sie müssen vielmehr klären, ob die Regelung eine Folge strukturell ungleicher Verhandlungsstärke ist, und gegebenenfalls im Rahmen der Generalklauseln des geltenden Zivilrechts korrigierend eingreifen."

81 Vgl. *S. Lorenz* (Fn. 41), S. 255 f. (insb. Fn. 246), der anhand verschiedener Beispiele aus der zivilrechtlichen Dogmatik zeigt, dass die Wertungen, die das BVerfG in der Bürgschaftsentscheidung trifft, keine originär verfassungsrechtlichen sind, sondern lediglich das aufgreifen, was bereits zuvor in Sachen Privatautonomie und Machtgleichgewicht von der Zivilrechtslehre entwickelt worden ist.

82 Vgl. etwa *Lieb,* FS Medicus, 1999, S. 337 ff.

83 Offenbar fokussiert auf diese Gewährleistung einer „procedural fairness" ist das englische Recht, vgl. *Ungan,* Sicherheiten durch Angehörige, S. 143 f.

84 *Adomeit* spricht insofern davon, das BVerfG habe „entgegen seinem so oft betonten

geblieben.[85] Der BGH hat sich indes für den Weg der (pauschaleren) Generalklauseln §§ 138, 242 BGB entschieden.[86]

Dabei erwähnen die BGH-Richter in der sich an den Beschluss des BVerfG anschließenden Entscheidung die Grundrechte, etwa Art. 2 Abs. 1 GG, mit keinem Wort und äußern sich auch sonst nicht dazu, ob nun etwa (allein) aufgrund einer mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte eine verfassungsbedingte Neuinterpretation der Zivilrechtsnormen vorgenommen wird.

Die grundrechtsdogmatischen Erwägungen, die das BVerfG anstellt, werden in der Entscheidung vielmehr geradezu invisibilisiert, indem der BGH fast kommentarlos die blanke Wertung des BVerfG übernimmt, wonach eine tatsächliche Entscheidungsfreiheit sowie eine damit einhergehende „uneingeschränkte Erkenntnismöglichkeit" bzgl. der Rechtsfolgen des Vertrages die Voraussetzung zur Anerkennung einer privatautonom getroffenen Absprache sind.[87] Der Sache nach implementiert

---

Grundsatz der Verhältnismäßigkeit versäumt, das schonendste Mittel anzuwenden.", vgl. *Ders.* (Fn. 46), 2467 (2467). Wie hier auch *S. Lorenz* (Fn. 41), S. 256 (m.w.N.): „Die schuldhafte Verharmlosung des Vertragsrisikos durch den Gläubiger hätte hier ohne weiteres eine auf Vertragsauflösung gerichtete Haftung aus c.i.c. gerechtfertigt, ohne daß es einer (vom BGH zu Recht verneinten) Aufklärungspflicht des Hauptschuldners gegenüber dem Bürgen bedurft hätte."; ebenso *Chiusi,* in: FS Fiedler, 2011, S. 841 (850 ff.); für Aufklärungspflichten als Problemlösungsansatz auch (rechtsvergleichend) *Ungan,* Sicherheiten durch Angehörige, 2012, S. 157 f. und 165, der anschaulich belegt, dass dies ein bewährtes Instrument zum Ausgleich zwischen vertraglicher Selbstbestimmung und Fremdbestimmungsschutz ist.

85 Weniger eindeutig war dies freilich in BVerfGE 103, 89. Dort hatte eine schwangere Frau vor der Eheschließung vertraglich auf ihre gesetzlichen Unterhaltsansprüche im Falle der Scheidung verzichtet und den Ehegatten von der Unterhaltsleistung für gemeinsame Kinder freigestellt. Insoweit war jedoch die Besonderheit des Art. 6 Abs. 1 GG zu beachten, der ein gewisses Bild der Ehe als gleichberechtigte Gemeinschaft vorgibt, weshalb „der Staat infolgedessen der Freiheit der Ehegatten, mit Hilfe von Verträgen die ehelichen Beziehungen und wechselseitigen Rechte und Pflichten zu gestalten, dort Grenzen setzen muss, wo der Vertrag nicht Ausdruck und Ergebnis gleichberechtigter Lebenspartnerschaft ist, sondern eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehepartners widerspiegelt." Vgl. BVerfGE 103, 89 (100).

86 Vgl. etwa BGH NJW 1994, 1341; ferner *Schapp,* ZBB 1999, 30 (34); ausführlich *Ungan,* Sicherheiten durch Angehörige, 2012, S. 115; vgl. auch *Canaris* (Fn. 14), 201 (237, 240), der zurecht betont, dass der Rückgriff auf § 138 BGB „häufig eine viel zu pauschale Lösung darstellt und durch ein differenziertes Instrumentarium zu ersetzen ist (…), daher ist vorab stets zu prüfen, ob nicht andere und präzisere Normen (…) zur Verfügung stehen". In anderen Gebieten des Privatrechts, wie etwa dem Privatversicherungsrecht, hat der Gesetzgeber auf die Rspr. des BVerfG reagiert und ebenfalls versucht, durch entsprechende Normgestaltung ein strukturelles Verhandlungsungleichgewicht zu verhindern und einen differenzierenden Ausgleich zu finden, vgl. Langheid/Rixecker/*Ders*., VVG, 6. Aufl. 2019, § 28 Rn. 1.

87 Siehe BGH NJW 1994, 1341 (1342): „Die grundrechtlich geschützte Privatautonomie vermag das Abschließen risikoreich und zugleich einseitig belastender Geschäfte nur zu rechtfertigen,

das oberste deutsche Gericht in Zivilsachen damit nahezu stillschweigend eine originär verfassungsrechtliche Wertung und „beugt" sich insoweit dem Anspruch des BVerfG auf eine bestimmte Gestaltung der Privatrechtsordnung[88]. Diese wird – sozusagen mit dem Skalpell der grundrechtlichen Schutzpflicht – für einen kurzen Moment geöffnet, um die heilende Tinktur des Sozialstaatsprinzips aufzunehmen und so die – nach Ansicht des behandelnden BVerfG – immer weiter aufreißende Wunde im Vertragsverständnis der Fachgerichte zu kurieren.

3. Abschließende Wertung

Betrachtet man all dies – insbesondere die offensichtlich vorhandene Möglichkeit, den vom BVerfG diagnostizierten Fall von struktureller Verhandlungsungleichheit mit den Mitteln des Zivilrechts zu lösen – scheint es so, als wollte das BVerfG mit seinem Beschluss vor allem einen Schlussstrich unter eine Fehlentwicklung in der Rechtsprechung der Fachgerichte setzen, die sich „nachgerade blind" mit dem Satz „Vertrag ist Vertrag" begnügten und dabei Rechtsinstitute des einfachen Rechts „schlichtweg übersahen bzw. falsch anwendeten".[89] Insofern war es aus Sicht des BVerfG wohl eher eine pragmatische Erwägung, die zur Bürgschaftsentscheidung geführt hat.[90] Führt man sich die hohen Hürden vor Augen, die das BVerfG in anderen Urteilsverfassungsbeschwerden entwickelt hat[91], erscheint dies jedenfalls überraschend, ist aber andernfalls vielleicht Indiz dafür, dass man vorsichtig sein sollte, diese Entscheidung des BVerfG zu sehr in ihre grundrechtsdogmatischen

sofern beide Partner in der Lage sind, sich in Freiheit für oder gegen eine vertragliche Bindung zu entscheiden. Erst diese Freiheit sowie die uneingeschränkte Erkenntnismöglichkeit, mit welchen Rechtsfolgen die in Frage stehende Verpflichtung verbunden sein kann, ergeben die Rechtfertigung dafür, den Bürger trotz ihn außergewöhnlich belastender Rechtsfolgen an der selbstverantwortlich getroffenen Entscheidung festzuhalten."

88 So auch Sachs/*Murswiek,* GG, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 55b.

89 Vgl. *S. Lorenz* (Fn. 41), S. 256 m.w.N.

90 So auch *Lüke,* NJW 1995, 173 (174); wohl auch *S. Lorenz* (Fn. 41), S. 256; zumindest in die gleiche Richtung auch Maunz/Dürig/*Di Fabio*, GG, 73. EL 2014, Art. 2 Abs. 1 Rn. 115; *Martinek* spricht von „verfassungsrechtlich verpackten Billigkeitserwägungen", vgl. *Ders.,* Vertragsrechtstheorie und Bürgerliches Gesetzbuch (s. unter Fn. 5); teilweise wird dem BVerfG nicht zuletzt auch aufgrund dieser Entscheidung vorgeworfen, zunehmend Rechtspolitik zu betrieben, vgl. *Depenheuer* (Fn. 47), 270 (273); *Krey,* JR 1995, 221 ff.

91 Etwa „Die Gestaltung des Verfahrens, die Feststellung und Würdigung des Tatbestandes, die Auslegung des einfachen Rechts und seine Anwendung auf den einzelnen Fall sind allein Sache der dafür allgemein zuständigen Gerichte und der Nachprüfung durch das Bundesverfassungsgericht entzogen (…)", BVerfGE 18, 85 (92); *Depenheuer* bemerkt zutreffend, dass diese Begrenzung der verfassungsgerichtlichen Kontrolldichte vom BVerfG „bekanntlich recht flexibel" angewendet wird, „so daß Prognosen über seine Zugriffstiefe der Vorhersagegenauigkeit von Wetterberichten nahekommen", vgl. *Ders.* (Fn. 47), 270 (271).

Einzelteile zerlegen zu wollen, um daraus grundlegende Schlussfolgerungen für die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit zu ziehen. Denn grundrechtsdogmatisch fällt es wie gesehen schwer, diese Art der Anwendung grundrechtlicher Schutzpflichten in den Kanon der tradierten Rechtsprechung und Lehre einzuordnen. Ob es sich bei der Entscheidung um einen Schutz des schwächeren Vertragspartners vor sich selbst oder um einen Schutz vor Fremdbestimmung durch den anderen Vertragspartner handelt, geht aus den Entscheidungsgründen nicht eindeutig hervor.[92] Letztlich transportieren die Grundrechte eine teils gleiche, teils aber auch gänzlich andere Rechtskonzeption als zivilrechtliche Institute und können infolge ihrer „konzeptionellen Andersartigkeit" und ihres Vorranganspruchs im Privatrechtssystem Disparitäten erzeugen, die dort nur schwer aufzufangen sind.[93] Es klingt daher fast sympathisch, wenn *Stephan Lorenz* schlussfolgert, dass „die vielfach apostrophierten nachteiligen Folgen der Entscheidung (…) somit, wenn sie denn zu befürchten sind, nicht dem BVerfG, sondern Mißinterpretationen des Beschlusses in der juristischen Öffentlichkeit zuzuschreiben (sind)".[94]

Nicht vergessen werden darf schließlich auch, dass das „Funktionieren" von Vertragsfreiheit nicht nur davon abhängt, dass die miteinander verhandelnden Partner gleich stark sind, sondern auch davon, dass der Markt insgesamt ausgeglichen ist. Denn in diesem Fall kann sich auch ein starker Marktteilnehmer eigentlich nicht erlauben, auf Bedingungen zu bestehen, die der Vertragspartner als „nicht marktgerecht" ansieht.[95] Je mehr Wettbewerb herrscht und je größer demzufolge die Auswahl für den Verbraucher wird, desto günstiger wird aus seiner Sicht typischerweise der Inhalt der von ihm geschlossenen Verträge.[96]

Letztlich geht es vor allem darum, welches Bild wir vom „mündigen Bürger" als Vertragspartner und Akteur in der Privatrechtsgesellschaft haben, d. h. wann wir davon ausgehen, dass es an der „Fähigkeit zur Selbstbestimmung" fehlt.[97] Dabei be-

---

92 Vgl. *Cornils* (Fn. 15), S. 181 f.; ratlos auch *Enderlein* (Fn. 57), S. 141.

93 So Maunz/Dürig/*Di Fabio*, GG, 73. EL 2014, Art. 2 Abs. 1 Rn. 105.

94 *S. Lorenz* (Fn. 41), S. 256.

95 Hierauf hinweisend *Grunsky,* in: Harbusch/Wiek (Hrsg.), Marktwirtschaft, S. 246

96 Vgl. etwa *Rittner,* AcP 188 (1988), 101 (129): „Die Auswahlmöglichkeiten, die im privatrechtlichen Verkehr heute durchweg gegeben sind und die daraus folgende individuelle Wertungsmöglichkeit jedes Beteiligten, lassen die privatautonome Gestaltung, wo sie überhaupt in Betracht kommt, als überlegen erscheinen. (…) Den Rückgriff auf die Verfassung, den im Grundgesetz gewährleisteten Vorrang der Privatautonomie, brauchen wir deswegen nur, um die Privatautonomie im Einzelfall vor der hoheitlichen Gewalt zu schützen".

97 Denn wenn Schutzgegenstand der Gewährleistung des Art. 2 Abs. 1 GG die Freiheit, als das Vermögen, sein Verhalten selbst zu bestimmten, ist, setzt dies die Fähigkeit zur

wirkt jede Schutzmaßnahme zugunsten des wirtschaftlich Unterlegenen stets auch eine Verteilung von Chancen, Risiken und letztlich auch Gütern und Vermögen von einer Personengruppe zu einer anderen. In welchem Ausmaß Schutz vor Fremdbestimmung gewährt werden soll, ist daher vor allem auch eine (hochgradig umstrittene) politische Entscheidung.[98] Zurecht beschreibt deshalb *Udo di Fabio* das grundrechtliche Schutzgebot im Bereich der Privatautonomie als „Achillesferse im Verhältnis von Zivilrecht und Grundrechtsgeltung“[99].[100]

F. Gesamtfazit

Das verfassungsrechtlich gewährleistete Freiheitsrecht der Vertragsfreiheit als zentrales Sicherungsinstrument der Privatautonomie und der Selbstbestimmung findet seine Funktion zuvörderst in einer Gewährung von Nichteinmischung des Staates in die rechtlichen Innenbeziehungen der Gesellschaft und hat damit zunächst eine abwehrrechtliche Perspektive. Durchsetzbarkeit und Verlässlichkeit des Vertrages jedoch werden erst durch staatliche Regelungen und Durchsetzungsmöglichkeiten gewährt. Die Vertragsfreiheit stellt daher kein natürliches Institut, sondern eine normativ zu konstituierende Freiheit dar. Den Staat trifft deshalb die Pflicht zur Schaffung der rechtlichen Rahmenbedingungen des Vertragsschlusses, er muss der rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung des Einzelnen einen angemessenen Betätigungsraum eröffnen. Hierzu gehört auch die Gewährung effektiven Rechtsschutzes.

Das BVerfG hat den grundrechtlichen Schutz der Vertragsfreiheit in der sog. Bürgschafts-Entscheidung zusätzlich ausgeweitet, indem es den mit der Rechtsanwendung betrauten staatlichen Organen die *Pflicht* auferlegt, bei der Anwendung des einfachen Rechts sicherzustellen, dass die Funktionsbedingungen der Vertragsfreiheit

---

Selbstbestimmung zwingend voraus, vgl. statt vieler *Hillgruber* (Fn. 59), S. 121.

98 Zurecht betont *Kahl,* dass es in diesen Fällen darum gehen wird, eine vermittelnde Linie zu finden, die im Zweifel den Vorrang selbstbestimmter Freiheit wahrt und dass „sozialstaatlich indizierte Ingerenzen nur bei Drohung, Täuschung und Zwang sowie ausnahmsweise auch in Fällen fundamentalen bzw. krassen Ungleichgewichts verfassungsrechtlich geboten“ sein können, wenn also „von einem Vorgang des Aushandelns“ überhaupt nicht mehr gesprochen werden kann; dass dies im Falle der Bürgschaftsentscheidung vorlag, sei zweifelhaft, vgl. *Ders.,* in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 124 Rn. 45.

99 Maunz/Dürig/*Di Fabio*, GG, 93. EL Oktober 2020, Art. 2 Abs. 1 Rn. 107.

100 *Lüke* warnt davor, dass trotz der Tatsache, dass „das BVerfG im Einzelfall zur Verwirklichung der Gerechtigkeit beiträgt“, dieses positive Ergebnis nicht darüber hinwegtäuschen dürfe, „daß der Preis dafür hoch ist: ein Eingriff in das Rechtsprechungssystem, das in der Verfassung und in den Verfahrensgesetzen nicht vorgesehen ist und dessen Grenzen nicht eindeutig bestimmbar sind“, vgl. *Ders.,* in: Ders./Walchshöfer (Hrsg.), MüKoZPO, 1. Aufl. 1992, Einl. Rn. 160.

überhaupt beim Vertragsschluss vorgelegen haben. Dadurch wird kein zusätzlicher, verfassungsrechtlicher Nichtigkeitsgrund geschaffen, sondern es handelt sich um eine Form der mittelbaren Grundrechtswirkung. Die Pflicht zur Inhaltskontrolle von Verträgen, die einen der beiden Vertragspartner ungewöhnlich stark belasten und das Ergebnis strukturell ungleicher Verhandlungsstärke sind, markiert gewissermaßen eine (negative) „Grenze", deren Nichtüberschreitung mit den vorhandenen Mitteln des Zivilrechts zu sichern ist.

Die Entscheidung trägt jedenfalls deutliche Wesenszüge eines „Schutzes des Menschen vor sich selbst", deren Rechtfertigung verfassungsrechtlichen Zweifeln begegnet. Sie versucht sich dabei an einem Kompromiss zwischen einem fürsorgenden, das Sozialstaatsprinzip betonenden Staatsverständnis und einem die Privatautonomie als „Freiheit zur Willkür" betonenden, liberalistischen Verständnis. Die Leidenschaftlichkeit der Stellungnahmen in der Diskussion um die Bürgschaftsentscheidung verdeutlicht diesen politischen Charakter des Vertragsrechts. Die Bürgschaftsentscheidung dokumentiert schließlich den Trend, den grundrechtlichen Unterschied zwischen der Freiheit des Privaten und der Gebundenheit der Staatsgewalt einzuebnen, die Vertragsfreiheit zugunsten sozialer Gerechtigkeit einzuschränken und die individuelle Willkür in verfassungsrechtlich gebundenes Ermessen zu transferieren.

Es erscheint dennoch ratsam, diese Unterscheidung nicht ohne Not auf andere Konstellationen zu übertragen, um den Freiheitsbegriff der Grundrechte nicht zugunsten einer „Gerechtigkeitskontrolle" verschwimmen zu lassen. Aus den Ausführungen des BVerfG in der Bürgschaftsentscheidung sollten daher im Zweifel keine grundsätzlichen dogmatischen Prämissen für das Verständnis der Grundrechte gezogen werden, sofern es nicht spezifisch um die Vertragsfreiheit geht.

*Florian Zenner**

Das Gesetz zur Neuregelung der polizeilichen Datenverarbeitung im Saarland

A. Einleitung

Zum 31. Dezember 2020 trat im Saarland ein ebenso lang erwartetes wie umstrittenes Gesetz in Kraft: Das Gesetz zur Neuregelung der polizeilichen Datenverarbeitung im Saarland.[1] Durch das Vorhaben sollten unionsrechtliche Vorgaben umgesetzt und „eine rechtssichere und zukunftsfähige Basis für die polizeiliche Datenverarbeitung" geschaffen werden.[2] Doch die Reaktionen fallen bis dato gemischt aus. Während die Gewerkschaft der Polizei von wirksamen Mitteln spricht, um „Gewalt gegen […] Kolleginnen und Kollegen zu minimieren"[3], sehen Kritiker unangemessene Eingriffe in grundrechtlich geschützte Sphären.[4] Teile des Parlaments erwogen bereits eine Klage vor dem Verfassungsgerichtshof des Saarlandes.[5]

Dieser Beitrag soll zunächst kurz auf die Hintergründe des Gesetzes eingehen und die strukturellen Änderungen des saarländischen Polizeirechts skizzieren, die zum neuen Jahr gelten. In einem weiteren Schritt werden einige (Befugnis-)Normen vorgestellt und in die Diskussionen eingeführt, die ihre Entstehung begleiteten. Am Ende soll ein kurzes Fazit stehen, das sich insb. der Frage widmet, inwieweit die Ziele des Vorhabens durch das neue Gesetz erfüllt werden.

---

* Der Verfasser ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Wirtschaftsrecht, Informationsrecht und Rechtsökonomie (Univ.-Prof. Dr. Klement) an der Universität Mannheim.

1 Gesetz Nr. 2007 zur Neuregelung der polizeilichen Datenverarbeitung im Saarland vom 6./7. Oktober 2020, Abl. Saarland 2020 I, S. 1133.

2 Gesetzesentwurf der Regierung des Saarlandes, LT-Drucks. Saarland 16/1180, S. 1.

3 Stellungnahme des Landesvorsitzenden der GdP Saarland, *David Maaß*, abrufbar unter: https://www.gdp.de/gdp/gdp.nsf/id/DE_GdP-Saarland-Wichtige-Befugnisse-fuer-die-Polizei-sollen-Rechtskraft-erhalten-?open&ccm=300050130 (abgerufen am 21.02.2021).

4 Vgl. die Berichterstattung über Protestaktionen in der Zivilbevölkerung bei *Kipp*, Das neue Polizeigesetz ist beschlossen, Saarbrücker Zeitung v. 07.10.2020, S. B2; s. ferner beispielhaft den Leserbrief: Ich verteidige mein Grundrecht, Saarbrücker Zeitung v. 17./18.10.2020, S. F3.

5 *Kipp*, Das neue Polizeigesetz ist beschlossen, Saarbrücker Zeitung v. 07.10.2020, S. B2; s. ferner die Meldung vom 06.10.2020: Linksfraktion prüft Klage gegen neues Polizeigesetz, Saarbrücker Zeitung v. 06.10.2020, S. B2.

B. Hintergründe des Gesetzes

Wie einleitend dargestellt nahm die Landesregierung die Richtlinie (EU) 2016/680[6], deren Umsetzungsfrist am 06. Mai 2018 endete, zum Anlass für die Novelle. Daneben waren jedoch ausweislich der Begründung des Gesetzesentwurfs auch weitere Belange ausschlaggebend, wie die Umsetzung des Koalitionsvertrags, das Urteil des BVerfG zum BKA-Gesetz, eine gesteigerte Sensibilität im Umgang mit personenbezogenen Daten und die Umsetzung des Programms „Polizei 2020".[7]

I. Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680

Die Richtlinie (EU) 2016/680 (sog. JI-Richtlinie) wurde als ein Teil der europäischen Datenschutzbestrebungen parallel zur DSGVO vorgestellt und verabschiedet.[8] Demgemäß decken sich auch die Anwendungsbereiche beider Normkomplexe, wobei die JI-Richtlinie speziell für den Bereich polizeilicher und justizieller Arbeit geschaffen wurde.[9] Durch Verabschiedung der JI-Richtlinie wurde gleichzeitig der Rahmenbeschluss 2008/977/JI[10] aufgehoben und durch deutlich weitergehende Regelungen ersetzt. So findet die Richtlinie nach ihrem Art. 2 nun auch auf innerstaatliche Sachverhalte Anwendung.[11]

Inhaltlich werden den Mitgliedstaaten vor allem verbindliche Vorschriften zu Überprüfungs- und Speicherfristen (Art. 5 JI-RL), zur Qualitätskontrolle (Art. 7 JI-RL) und für automatisierte Einzelfallentscheidungen (Art. 11 JI-RL) gemacht. Darüber hinaus werden die Rechte der Betroffenen (Art. 12–18 JI-RL) und die Pflichten der Verantwortlichen und Auftragsverarbeiter (Art. 19–34 JI-RL) deutlich detaillierter

---

6 Richtlinie (EU) 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates, Abl. EU, 04.05.2016, L 119, S. 89.

7 LT-Drucks. Saarland 16/1180, S. 1.

8 Datenschutzrecht/*Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, 1. Aufl. 2019, Einleitung Rn. 215 f.; daher als „kleine Schwester" der DSGVO bezeichnet bei *Schichtenberg*, DuD 2016, 605 ff.

9 S. zu Problematik und Relevanz der komplementären Anwendungsbereiche *Hornung/Schindler/Schneider*, ZIS 2018, 566 ff.

10 Rahmenbeschluss 2008/977/JI des Rates vom 27. November 2008 über den Schutz personenbezogener Daten, die im Rahmen der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen verarbeitet werden, Abl. EU, 30.12.2008, L 350, S. 60.

11 Daher unter Verweis auf den fehlenden „Anwendungsbereich des Unionsrechts" und das Subsidiaritätsprinzip für kompetenzwidrig gehalten bei *Schantz/Wolff*, Das neue Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2017, Rn. 235 ff.

als noch im Rahmenbeschluss geregelt. Die Einsetzung eines behördeninternen Datenschutzbeauftragten ist nun ebenfalls europaweit verpflichtend (Art. 32–34 JI-RL). Den weitesten Spielraum behalten die Mitgliedstaaten bei Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung. Dort liegt es in ihrer Verantwortung, Vorschriften einzuführen, durch die die Erforderlichkeit (Art. 8 JI-RL) bzw. die unbedingte Erforderlichkeit (Art. 10 JI-RL) der Verarbeitung personenbezogener Daten sichergestellt wird.

Zusammenfassend kann daher festgestellt werden, dass die JI-Richtlinie vor allem Maßstab für den Umgang mit personenbezogenen Daten ist und insoweit einen formalen Rahmen bietet. In materieller Hinsicht hingegen werden den Mitgliedstaaten lediglich Mindestanforderungen vorgegeben, die es zu beachten gilt.[12]

II. Umsetzung des Koalitionsvertrags

Klare inhaltliche Leitlinien für ihre gesetzgeberische Tätigkeit hat sich die Landesregierung dagegen selbst mit dem Koalitionsvertrag für die 16. Legislaturperiode[13] gegeben. So finden sich im Abschnitt „Innere Sicherheit“ erste Anstöße zur Einführung einer „elektronischen Fußfessel“ und zum erweiterten Einsatz von Körperkameras, sog. „Bodycams“. Darüber hinaus wurden die lagebildabhängige Videoüberwachung, die automatische Kennzeichenerfassung und die Schaffung einer Rechtsgrundlage zur sog. Quellen-TKÜ in der Vereinbarung festgehalten.[14]

III. Reaktion auf das Urteil des BVerfG zum BKA-Gesetz

Flankiert werden diese Pläne seit dem Urteil des BVerfG vom 20. April 2016[15] auch durch neue verfassungsrechtliche Erkenntnisse. Bereits bei der letzten Änderung des Polizeirechts war es dem Landesgesetzgeber ein Anliegen, auf solche Entwicklungen in der Rechtsprechung zu reagieren und seine Vorschriften dementsprechend anzupassen.[16] Zwar sind seitdem einige Urteile zu neuen polizeilichen Befugnissen

---

12 So im Ergebnis auch *Hornung/Schindler/Schneider*, ZIS 2018, 566 (567).

13 Für die Zukunft unseres Landes. Solide wirtschaften – mutig gestalten – mehr investieren. Koalitionsvertrag für die 16. Legislaturperiode des Landtages des Saarlandes (2017–2022), abrufbar unter: https://www.sr.de/sr/home/nachrichten/politik_wirtschaft/koalitionsvertrag_spd_cdu100.pdf (abgerufen am 21.02.2021).

14 Koalitionsvertrag für die 16. Legislaturperiode des Landtages des Saarlandes (Fn. 13), S. 100 f.

15 BVerfGE 141, 220–378; ferner BVerfG, NVwZ 2016, 839–841 (m. Anm. *Wiemers*) und BVerfG, ZD 2016, 374–375 (m. Anm. *Petri*).

16 LT-Drucks. Saarland 15/899, S. 19; s. zur Umsetzung *Guckelberger/Kollmann*, LKRZ 2015, 315.

auszumachen, auf die im Rahmen der einzelnen Normen genauer einzugehen ist. Das Urteil des BVerfG zum BKA-Gesetz zeichnet sich jedoch durch seine Zusammenführung der bisherigen Rechtsprechung zum Ausgleich von Grundrechten und Eingriffsbefugnissen aus[17] und ist daher in besonderem Maße geeignet für die gesetzgeberische Praxis.

Gegenstand des Urteils waren diverse Vorschriften des BKA-Gesetzes, durch die den Behörden weitreichende Befugnisse zur Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten eingeräumt wurden.[18] Das BVerfG nutzte diese Gelegenheit, um allgemeine verfassungsrechtliche Anforderungen für heimliche Überwachungsmaßnahmen zu formulieren und seine Ausführungen zur Nutzung bzw. Übermittlung derart erhobener Daten zu konkretisieren.

Im Zentrum stand dabei die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.[19] Diese erlaube heimliche Überwachungsmaßnahmen lediglich zum „Schutz oder der Bewehrung von hinreichend gewichtigen Rechtsgütern"[20] und nur soweit „zumindest tatsächliche Anhaltspunkte für die Entstehung einer konkreten Gefahr für die Schutzgüter bestehen"[21]. In Bezug auf terroristische Straftaten könnten solche Anhaltspunkte bereits durch das individuelle Verhalten einer Person begründet werden, etwa wenn diese aus einem Ausbildungslager für Terroristen in die Bundesrepublik einreisen.[22] Ferner komme bei eingriffsintensiven Maßnahmen dem Grundrechtsschutz durch Verfahren besondere Bedeutung zu.[23] So seien vorherige, unabhängige Kontrollen, etwa durch einen Richter, geboten,[24] es müsse der Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung sichergestellt werden[25] und es bedürfe einer aufsichtlichen Kontrolle, die Transparenz und individuellen Rechtsschutz gewährleistet.[26] Zuletzt weist

17 Vgl. die Urteilsanmerkung in NJW-Spezial 2016, 313.

18 Eine Übersicht dieser Vorschriften findet sich bei BVerfGE 141, 220 (225 ff.).

19 BVerfGE 141, 220 (268 ff.).

20 BVerfGE 141, 220 (269).

21 BVerfGE 141, 220 (272).

22 BVerfGE 141, 220 (272 f.); dadurch wird in der Sache ein neuer (zusätzlicher) Gefahrbegriff eingeführt, der sich nicht nur auf ein konkretes Schadensereignis, sondern auf eine mögliche Täterschaft bezieht, s. dazu *Darnstädt*, DVBl. 2017, 88 (93 f.).

23 BVerfGE 141, 220 (275); grundlegend zum Grundrechtsschutz durch Verfahren: *Hesse*, EuGRZ 1978, 427 (434 ff.); speziell zu verfahrensrechtlichen Absicherungen bei TKÜ und Online-Durchsuchung: *Bantlin*, JuS 2019, 669 (672 f.).

24 BVerfGE 141, 220 (275) unter Verweis auf ein Urteil des EGMR zum G10-Gesetz, in dem dieser einen Richtervorbehalt auch aus Sicht der EMRK als „wünschenswert" („desirable") bezeichnet: EGMR, Urteil v. 06.09.1978, 5029/71, Rn. 56 – Klaas u.a. v. Deutschland.

25 BVerfGE 141, 220 (276); s. zum Kernbereichsschutz instruktiv *Schneider*, JuS 2021, 29–34.

26 BVerfGE 141, 220 (282).

das Gericht auch auf die notwendige Normierung von Löschungspflichten hin,[27] die Teil seiner ständigen Rechtsprechung zum Umgang mit personenbezogenen Daten sind.[28]

Gerade die formellen Anforderungen, die das BVerfG vorgibt, decken sich auffallend mit denen des Unionsrechts. Bestätigt wird diese Annahme durch einen Verweis im Urteil auf die im Zeitpunkt der Urteilsfindung noch im Vorschlagsstadium befindliche JI-Richtlinie.[29]

Hinsichtlich Nutzung und Übermittlung der gewonnenen Daten betont das BVerfG die Grundsätze der Zweckbindung und Zweckänderung.[30] Demnach kann der Gesetzgeber die weitere Nutzung von Daten über den konkreten Anlass hinaus im Rahmen der Zweckbindung grundsätzlich erlauben.[31] Unter strengeren Voraussetzungen soll es ihm ferner möglich sein, die Daten zu anderen Zwecken verwenden zu lassen.[32] Entscheidendes Kriterium ist dabei die Frage, ob die Daten auch für den neuen Zweck in zulässiger Weise mit den ursprünglichen Mitteln hätten erhoben werden dürfen. Das BVerfG spricht in diesem Zusammenhang von einer „hypothetischen Datenneuerhebung".[33] Unterschiede sollen jedoch im Hinblick auf die Methode der ursprünglichen Erhebung bestehen: So stellt das BVerfG an eine Zweckänderung höhere Anforderungen, wenn die Daten aufgrund der besonders eingriffsintensiven Maßnahmen „Wohnraumüberwachung" oder „Zugriff auf informationstechnische Systeme" erlangt wurden.[34]

Zuletzt widmet sich das BVerfG den Anforderungen an eine Übermittlung von Daten an staatliche Stellen im Ausland. Diese prüft es ebenso wie die inländische weitere Nutzung an den Kriterien der Zweckbindung und Zweckänderung.[35]

---

27 BVerfGE 141, 220 (285 f.).

28 Grundlegend BVerfGE 65, 1 (46); vgl. ferner BVerfGE 133, 277 (366); 125, 160 (335); 120, 351 (361); 118, 168 (207 f.); 109, 279 (262); 100, 313 (361).

29 BVerfGE 141, 220 (134) mit Verweis auf den Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Aufdeckung, Untersuchung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr vom 25. Januar 2012, KOM(2012) 10 endgültig.

30 BVerfGE 141, 220 (324).

31 BVerfGE 141, 220 (324).

32 BVerfGE 141, 220 (326 f.).

33 BVerfGE 141, 220 (327).

34 BVerfGE 141, 220 (329).

35 BVerfGE 141, 220 (334).

IV. Umsetzung des Programms „Polizei 2020“

An die soeben betrachteten Voraussetzungen für Nutzung und Weitergabe personenbezogener Daten schließt sich auch der letzte Beweggrund der Landesregierung für das Gesetzesvorhaben an: Das White Paper „Polizei 2020“[36]. Dabei handelt es sich um ein von den Innenministern des Bundes und der Länder ausgearbeitetes Programm, das die Verfügbarkeit polizeilicher Informationen bei gleichzeitiger Steigerung von Wirtschaftlichkeit und Datenschutz verbessern soll.[37] Hierfür ist geplant, Ressourcen von Bund und Ländern beim BKA zu bündeln und somit qualitativ höherwertige Daten zu erlangen, Doppelspeicherungen zu vermeiden und einen besseren Austausch der Behörden zu gewährleisten.[38]

V. Zusammenfassung

Der Überblick über die verschiedenen Hintergründe des neuen Gesetzes zeigt zweierlei sehr deutlich: Zum einen, dass gesetzgeberischer Handlungsbedarf bestand, um unions- und verfassungsrechtlichen Pflichten nachzukommen bzw. politische Abreden interner und externer Art einzuhalten.[39] Zum andern aber auch, dass dieser Weg durch die besagten Faktoren bereits stark vorgezeichnet war. Sowohl in formeller, als auch in inhaltlicher Hinsicht hatte der Landesgesetzgeber eine Fülle von Vorgaben aus den unterschiedlichen Quellen zu beachten, die wie gezeigt[40] teilweise Überschneidungen aufweisen. Auf welche Art und Weise er verbleibende Spielräume ausgenutzt hat und ob es ihm am Ende gelungen ist, den eigenen Maßstäben gerecht zu werden, soll Gegenstand der folgenden Abschnitte sein.

C. Die Umstrukturierung des saarländischen Polizeirechts

Eine erste Besonderheit, bei genauer Betrachtung der neuen Normen, ist die Art und Weise auf die sie in das bestehende System des saarländischen Polizeirechts eingepflegt wurden. Während in der Vergangenheit sämtliche Befugnisse im Saarländischen Polizeigesetz (SPolG) zusammengefasst waren, hat sich der Gesetzgeber nun

---

36 Polizei 2020 – White Paper –, abrufbar unter: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2018/polizei-2020-white-paper.pdf;jsessionid=6492A8BE7A16A99E7D2999162F3611EA.1_cid295?__blob=publicationFile&v=1 (abgerufen am 21.02.2021).

37 Polizei 2020 – White Paper – (Fn. 36), S. 2.

38 Polizei 2020 – White Paper – (Fn. 36), S. 13.

39 S. auch beispielhaft die Forderung nach Nachbesserung aufgrund des Urteils zum BKAG bei Gröpl/*Guckelberger*/Wohlfarth, Landesrecht Saarland, 3. Aufl. 2017, § 4 Rn. 137.

40 S.o. unter B. III. zu den Parallelen zwischen dem Urteil des BVerfG zum BKAG und der JI-Richtlinie.

dazu entschlossen, die §§ 25–40 SPolG a.F. gemeinsam mit einigen neuen Befugnissen in das Saarländische Gesetz über die Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Polizei (SPolDVG) auszulagern.[41] Dementsprechend befindet sich künftig in § 25 SPolG n.F. lediglich ein Hinweis darauf, dass personenbezogene Daten nur nach Maßgabe des SPolDVG verarbeitet werden dürfen.[42] Im SPolG selbst wurden zusätzlich einige Folgeänderungen vorgenommen. So wurde insb. in § 7 SPolG die Nennung von Art. 10 GG gestrichen.[43] Außerdem wurde das sog. Aufenthaltsgebot, das ebenfalls einer genaueren Begutachtung bedarf,[44] bei § 12 SPolG eingefügt. Den Hauptteil der Neuerungen bildet schließlich das SPolDVG, in dem sich nun umfassende formelle und materielle Regelungen zum polizeilichen Umgang mit personenbezogenen Daten finden.[45]

D. Ausgewählte (Befugnis-)Normen

Nachdem klar geworden ist, dass das neue Polizeirecht nun aus zwei zentralen Kodifikationen besteht (von Nebengesetzen einmal abgesehen), sind die einzelnen Bestimmungen näher zu untersuchen. Dabei soll zunächst auf die Einführung von Kontaktverbot und Aufenthaltsgebot ins SPolG eingegangen werden. Sodann liegt der Schwerpunkt im Bereich des SPolDVG, dessen Aufbau dargestellt wird und aus dem einzelne Normen herausgegriffen und analysiert werden sollen.

I. Ergänzung des SPolG – Kontaktverbot und Aufenthaltsgebot, § 12 Abs. 4 SPolG

Es mag überraschen, dass sich in ein Gesetz zur Neuregelung polizeilicher Datenverarbeitung auch eine Norm eingeschoben hat, die eher den „traditionellen" Vorstellungen polizeilicher Tätigkeit entspricht. Doch der Gesetzgeber nahm die Änderung zum Anlass, auch die Standardbefugnisse der §§ 9 ff. SPolG um Regelungen zum Kontaktverbot und zum Aufenthaltsgebot zu ergänzen. Tatsächlich erfuhr der neue § 12 Abs. 4 SPolG in den Diskussionen rund um die Gesetzesnovelle nur wenig Aufmerksamkeit.[46] Daher soll er an dieser Stelle noch einmal begutachtet werden.

---

41 Abl. Saarland 2020 I, S. 1133 f., Art. 1 Nr. 1 lit. b, Art. 1 Nr. 10.

42 Abl. Saarland 2020 I, S. 1134, Art. 1 Nr. 10.

43 Abl. Saarland 2020 I, S. 1134, Art. 1 Nr. 2.

44 S.u. die Ausführungen unter D. I.

45 Abl. Saarland 2020 I, S. 1134–1168.

46 So befasst sich etwa *Kipker*, Stellungnahme zur Anhörung des Ausschusses für Inneres und Sport des Landtags des Saarlandes am 7. Mai 2020 zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung der polizeilichen Datenverarbeitung im Saarland (Drucksache 16/1180) nur mit den Normen des SPolDVG und überspringt in seiner Begutachtung des Gesetzes die

Gem. § 12 Abs. 4 Satz 1 SPolG kann die Vollzugspolizei zur Abwehr einer Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person einer anderen Person gegenüber ein Kontaktverbot (Nr. 1) oder ein Aufenthaltsgebot (Nr. 2) aussprechen. Ein Kontaktverbot meint dabei das an den Betroffenen gerichtete Verbot, zu einer bestimmten Person oder zu Angehörigen einer bestimmten Personengruppe Kontakt zu suchen oder aufzunehmen. Bei einem Aufenthaltsgebot wird dem Betroffenen aufgetragen, ein bestimmtes Gebiet nicht zu verlassen. Der Gesetzgeber ermöglicht damit Einschränkungen des Grundrechts auf Freizügigkeit im Bundesgebiet (Art. 11 Abs. 1 GG) und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG).[47] In beiden Fällen ist Anknüpfungspunkt der Maßnahmen die konkrete Gefahr für eines der benannten Rechtsgüter.[48]

§ 12 Abs. 4 Satz 2 SPolG weitet die Befugnisse der Polizei darüber hinaus jedoch auch in das Vorfeld der konkreten Gefahr aus. So sollen Maßnahmen nach Satz 1 (also Kontaktverbot und Aufenthaltsgebot) auch dann zulässig sein, wenn bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass eine Person innerhalb eines überschaubaren Zeitraums auf eine zumindest ihrer Art nach konkretisierte Weise eine Straftat nach § 100a Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 100a Abs. 2 StPO begehen wird (§ 12 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 SPolG). Außerdem soll auch das individuelle Verhalten einer Person für die Anordnung der Maßnahmen genügen, soweit dadurch die konkrete Wahrscheinlichkeit der Begehung einer Straftat nach § 129a Abs. 1, 2 StGB begründet wird (§ 12 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 SPolG).

Zunächst ist anzumerken, dass die Anknüpfung an die konkrete Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person eine angemessene Lösung ist, um das durch die Maßnahmen verfolgte Ziel mit den damit verbundenen schwerwiegenden Eingriffen in Ausgleich zu bringen. Demnach ist lediglich fraglich, inwieweit solche Maßnahmen auch im Vorfeld der konkreten Gefahr verfassungsrechtlich zulässig sind und damit vom Gesetzgeber erlaubt werden dürfen. Ganz grundsätzlich wurde bereits festgestellt, dass auch im Vorfeld polizeiliche Maßnahmen nicht ausgeschlossen sind. Der Gesetzgeber ist also nicht von Verfassungs wegen auf einen bestimmten Gefahrbegriff beschränkt.[49] Dies kann jedoch nur insoweit gelten, als durch diese Vorfeldarbeit ein „überragend wichtiges Rechtsgut" geschützt wird.[50] Problematisch ist somit insb. die dynamische Verweisung in § 12 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 SPolG auf

Ergänzung von § 12 SPolG.

47 *Zaremba*, DÖV 2019, 221 (224).

48 Zum Begriff der konkreten Gefahr s. Gröpl/*Guckelberger*/Wohlfarth (Fn. 39), § 4 Rn. 50.

49 BVerfGE 141, 220 (272).

50 BVerfGE 141, 220 (272).

den Straftatenkatalog in § 100a Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 100a Abs. 2 StPO. Die dort aufgezählten Straftaten reichen von Straftaten des Friedensverrats über Mord und Totschlag bis hin zu besonderen Fällen von Betrug und Hehlerei. Der Anwendungsbereich der neuen Maßnahmen im Vorfeld von Straftaten wird daher äußerst weit gefasst, sodass es fraglich erscheint, ob hierdurch den verfassungsrechtlichen Vorgaben Genüge getan ist.[51] Für den Gesetzgeber spricht allerdings, dass das BVerfG bei der Einordnung des Unrechtsgehalts einer Straftat dessen Einschätzungsprärogative anerkennt.[52] Diese Rechtsprechung könnte sich im Grundsatz auf den Bereich präventiven Vorgehens übertragen lassen. Zwar wäre eine Konkretisierung, etwa in Form eines eigenen Katalogs, wünschenswert. Dies würde auch die Transparenz der Norm erhöhen, indem der umständliche Schritt der dynamischen Verweisung entfiele. Durchgreifende Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Norm ergeben sich jedoch nicht.

Die Anknüpfung an das individuelle Verhalten einer Person in § 12 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 SPolG wird in unmittelbarem Einklang mit der Rechtsprechung des BVerfG[53] auf Straftaten nach § 129a Abs. 1, 2 StGB beschränkt. Demnach ist dieser Teil der Vorschrift verfassungsrechtlich deutlich weniger problematisch.

II. Das neue SPolDVG

Nachdem ein Blick auf die wenigen und dennoch gewichtigen Änderungen des SPolG geworfen wurde, soll sich dieser Abschnitt dem Kern des Änderungsgesetzes widmen: Dem Saarländischen Gesetz über die Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Polizei (SPolDVG). Dabei soll zunächst dessen Aufbau dargestellt und der formelle Rahmen erläutert werden, den es für den Umgang mit personenbezogenen Daten bietet. Sodann werden einige der allgemeinen Vorschriften und besonderen Befugnisnormen vorgestellt, die bereits vielfach öffentliche Diskussionen auslösten.

1. Aufbau und allgemeine Vorschriften

Das SPolDVG ist formal in sechs verschiedene Teile gegliedert, wobei die ersten beiden Teile „Allgemeine Bestimmungen“ und die „Rechtsgrundlagen der Verarbeitung personenbezogener Daten“ regeln. Der dritte Teil des Gesetzes enthält die besonderen Befugnisnormen der Polizei und regelt die bei deren Anwendung zu

51 So bereits zu einer ähnlich weitgehenden Regelung im nordrhein-westfälischen Polizeigesetz *Zaremba*, DÖV 2019, 221 (225).

52 BVerfGE 129, 208 (243); 125, 260 (329).

53 BVerfGE 141, 220 (272 f.).

beachtenden Grundsätze, wie den Kernbereichsschutz (§ 41 SPolDVG) und Protokollierungspflichten (§ 42 SPolDVG). Im vierten Teil finden sich Regelungen zur Übermittlung personenbezogener Daten und der fünfte Teil behandelt besondere Aspekte der Daten- und Auftragsverarbeitung. Im sechsten und letzten Teil finden sich einige abschließende Vorschriften, die Sanktionsandrohungen bei Verstößen (§ 65 SPolDVG) und Berichtspflichten der Landesregierung (§ 66 SPolDVG) regeln.

Bereits der Aufbau des SPolDVG lässt erkennen, an welchen Stellen der Gesetzgeber in besonderem Maße „fremde Vorgaben" umsetzt und wo er eigene sicherheitspolitische Ziele verwirklichen möchte. So dienen vor allem der erste und zweite Teil des Gesetzes der Anpassung des Polizeirechts an die JI-Richtlinie und an die damit korrespondierenden Anforderungen des BVerfG. Der vierte Teil muss ferner vor dem Hintergrund des Programms „Polizei 2020" gelesen werden. Durch politische Entscheidungen geprägt und auch aus diesem Grund besonders umstritten ist schließlich der dritte Teil des Gesetzes, in dem der Gesetzgeber neue Befugnisse der Polizeibehörden regelt. Bevor jedoch diese Befugnisse untersucht werden, ist ein Blick auf die allgemeinen Vorschriften der ersten beiden Teile zu werfen. Denn auch wenn diese in der öffentlichen Debatte kaum problematisiert wurden, sind sie juristisch kontrovers und nicht unkritisch zu übergehen.

a) Der Datenschutzbeauftragte und seine Befugnisse

In einigen Bundesländern besonders problematisch gestaltete sich die Einführung des Datenschutzbeauftragten als unabhängiger und mit entsprechenden Kontrollbefugnissen ausgestatteter Instanz.[54] Die JI-Richtlinie fordert insoweit nicht weniger als „wirksame Untersuchungsbefugnisse" (Art. 47 Abs. 1 JI-RL) und zählt beispielhaft Warnungen, verbindliche Anweisungen und Verbote durch den Datenschutzbeauftragten auf (Art. 47 Abs. 2 JI-RL).

Der saarländische Gesetzgeber wählte zur Umsetzung einen pragmatischen und ebenso effektiven Weg. So ist § 6 SPolDVG in wesentlichen Teilen eine nahezu wortgleiche Übernahme von Art. 47 JI-RL und gewährt dem Landesbeauftragten für Datenschutz alle notwendigen Befugnisse. Auch das im ersten Entwurf vorgesehene Einvernehmenserfordernis mit der zuständigen Aufsichtsbehörde[55] wurde letztendlich „ersatzlos gestrichen".[56] Die Vorschriften zur „Datenschutzkontrolle" (§§ 4–8

[54] Beispiele und Kritik bei *Golla*, KriPoZ 2019, 238 (242 ff.).

[55] So noch im ursprünglichen Entwurf vorgesehen, vgl. die Begründung in LT-Drucks. Saarland 16/1180, S. 74.

[56] Abänderungsantrag des Ausschusses für Inneres und Sport, LT-Drucks. Saarland 16/1459,

SPolDVG) dürfen daher alles in allem als gelungene Umsetzung betrachtet werden, die ein positives Signal für den Datenschutz sendet.

b) Die Einwilligung als Verarbeitungsgrund

Besondere Aufmerksamkeit verdienen ferner die „Rechtsgrundlagen der Verarbeitung personenbezogener Daten" (§§ 17–27 SPolDVG). Hier wird unter anderem die zunächst kontraintuitiv anmutende Möglichkeit einer Einwilligung in die polizeiliche Datenverarbeitung festgeschrieben (§ 19 SPolDVG). Eine solche Einwilligung ist bereits deshalb problematisch, weil sich Staat und Bürger nicht in gleicher Weise wie Private gegenüberstehen und der Staat regelmäßig über Möglichkeiten verfügt, sein Verarbeitungsinteresse auch gegen den Willen des Betroffenen durchzusetzen.[57] Es ist daher schwierig, eine auf Freiwilligkeit beruhende Einwilligung von einer solchen zu unterscheiden, die aus Angst vor Nachteilen im weiteren Verfahren oder aufgrund gefühlter Alternativlosigkeit erklärt wurde.[58] Aufgrund dieser Unwägbarkeiten wurde im Gesetzgebungsverfahren auch eine vollständige Streichung des Paragraphen gefordert.[59]

Nichtsdestotrotz untersagt die JI-Richtlinie die Einwilligung als Verarbeitungsgrundlage nicht völlig. So wird in Erwägungsgrund 35 Satz 6 deutlich, dass die Mitgliedstaaten nicht daran gehindert sind, diese etwa im Falle von DNA-Tests oder Aufenthaltsüberwachungen zuzulassen. Allerdings müssen sie dann auch den strengen Anforderungen der Richtlinie entsprechen. Es bedarf etwa nach Erwägungsgrund 37 Satz 5 einer spezifischen Rechtsvorschrift, die die Einwilligung zulässt.[60] Vor diesem Hintergrund sind pauschale Einwilligungstatbestände per se nicht mit der Richtlinie vereinbar.[61]

Der Landesgesetzgeber im Saarland hat gleichsam einen Mittelweg gewählt: In § 19 SPolDVG wird ein allgemeiner Rahmen für die Einwilligung vorgegeben, die jedoch nur bei speziell normierter Zulassung in Betracht kommt. Auf diese Art und

---

S. 2.

57 *Golla*, KriPoZ 2019, 238 (239); grundlegende Unterschiede sehen auch: *Aden*, vorgänge Nr. 221/222 (1-2/2018), 93; *Geiger*, NVwZ 1989, 35 (37).

58 *Golla*, KriPoZ 2019, 238 (239), *Golla/Skobel*, GSZ 2019, 140 (140) in einem Beitrag, der den pointierten Titel „Sie haben doch nichts zu verbergen?" trägt; *Schwichtenberg*, DuD 2016, 605 (606 f.).

59 *Kipker*, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf (Fn. 46), S. 8 f.

60 Für eine spezifische Regelung ebenfalls *Johannes/Weinhold*, Das neue Datenschutzrecht bei Polizei und Justiz, 2018, § 1 Rn. 157; *Stief*, StV 2017, 470 (747).

61 *Golla*, KriPoZ 2019, 238 (240); so auch mit Blick auf die DSGVO *Bäcker*, in: Hill/Kugelmann/Martini, Perspektiven der digitalen Lebenswelt, S. 63 (71).

Weise wird dem Bedürfnis nach einer allgemeinen Vorschrift ebenso Genüge getan wie dem Erfordernis einer besonderen Zulassung. Die saarländische Umsetzung ist also mit Blick auf die Richtlinie deutlich weniger problematisch als Vorschriften in anderen Polizeigesetzen.[62]

Es zeigt sich daher, dass § 19 SPolDVG i.V.m. den jeweiligen Einzelnormen nicht unter Verweis auf die JI-Richtlinie zu beanstanden ist. Aus Beweisgründen wäre jedoch langfristig zu empfehlen, zumindest unbedingte Schriftlichkeit der Einwilligung anzuordnen.

c) Ausnahmen zu Löschungspflichten

Zuletzt traten häufig auch Umsetzungsprobleme im Zusammenhang mit den Betroffenenrechten auf, die von der JI-Richtlinie gefordert werden. Dabei müssen die Mitgliedstaaten unter anderem für die Berichtigung und Löschung personenbezogener Daten Sorge tragen. Die JI-Richtlinie sieht Ausnahmen lediglich vor, wenn diese zur Klärung der Richtigkeit der Daten oder aus Beweiszwecken notwendig sind (Art. 16 Abs. 3 JI-RL). Darüber hinausgehende Ausnahmen überschreiten den Rahmen zulässiger Einschränkungen der Betroffenenrechte.

Nichtsdestotrotz hat sich der saarländische Gesetzgeber dazu entschieden, weitere Fälle zu normieren, in denen „Löschung und Vernichtung unterbleiben“ (§ 26 Abs. 3 SPolDVG). Dies soll etwa der Fall sein, wenn schutzwürdige Belange der betroffenen Person beeinträchtigt würden (§ 26 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 SPolDVG) oder ein unverhältnismäßiger Aufwand der Löschung entstünde (§ 26 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 SPolDVG). Wenn auch die erste Ausnahme besonders betroffenenfreundlich klingt und ihresgleichen in anderen Umsetzungen der Richtlinie findet, so ist es dennoch höchst fragwürdig, unzulässig gespeicherte Daten zum Schutz des Betroffenen selbst nicht zu löschen. Hier wird in der Literatur vollkommen zu Recht auf den bevormundenden Charakter dieser Art von Vorschriften hingewiesen und daher deren Streichung gefordert.[63] Regelungen, die bei unverhältnismäßigem Aufwand die Vernichtung personenbezogener Daten ausschließen, sind in diesem Kontext nicht weniger problematisch. Art. 16 Abs. 3 JI-RL, der diesen Fall nicht nennt, wird ganz überwiegend dahingehend verstanden, dass ein „ökonomischer oder administrativer Aufwand nicht vorgebracht werden kann, um das Löschungsrecht einzuschränken.“[64] Dementsprechend sollte auch diese Vorschrift vom Gesetzgeber nochmals

62 Einen guten Überblick hierzu gibt *Golla*, KriPoZ 2019, 238 (240).

63 *Golla*, KriPoZ 2019, 238 (242).

64 *Golla*, KriPoZ 2019, 238 (242); ferner mit Blick auf die Umsetzung in § 58 BDSG: *Johannes/Weinhold* (Fn. 60), § 1 Rn. 197; *Schantz/Wolff*, Das neue Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2017,

einer kritischen Prüfung unterzogen werden.

d) Zwischenergebnis

Der Blick auf die allgemeinen Vorschriften zeigt also, dass sich der Gesetzgeber stark an Wortlaut und Inhalt der JI-Richtlinie orientiert hat. Dadurch ist es ihm gelungen, gerade im Bereich des Datenschutzbeauftragten, eine deutlich effektivere Lösung zu entwickeln, als sie in anderen Bundesländern gefunden wurde. Diese Herangehensweise sollte er beibehalten und in Zukunft noch einmal reaktivieren, wenn er den neu geschaffenen § 26 Abs. 3 SPolDVG Revue passieren lässt. Vielleicht zieht er dann auch eine Überarbeitung in Erwägung, die sicherlich im Sinne der Richtlinienkonformität des neuen Polizeirechts wäre.

2. Die neuen polizeilichen Befugnisse

Nach dieser Befassung mit dem allgemeinen (insb. datenschutzrechtlichen) Rahmen schließt sich nun eine Analyse einiger neuer Befugnisnormen an, die vielfach Stein des Anstoßes waren.[65] Die neu geschaffenen polizeilichen Möglichkeiten sollen dabei vorgestellt werden und es erfolgt eine Einschätzung, inwieweit der Gesetzgeber bei ihrer Schaffung den oben dargestellten Rahmen einhalten konnte, den das BVerfG vorgezeichnet hat.

a) Erstellung polizeilicher Lagebilder, § 23 Abs. 6 SPolDVG

Etwas versteckt findet sich bereits im zweiten Teil des SPolDVG eine neuartige Befugnis, die eine ohnehin gängige Praxis auf eine eigene Rechtsgrundlage stützen und ausweiten soll. § 23 Abs. 6 SPolDVG ermöglicht der Polizei von nun an die Verwendung „personenbezogener Daten zur Erstellung von Lagebildern“. Bereits vor Einführung dieser Vorschrift war es üblich, anhand von Kriminalitätsstatistiken sog. „Brennpunkte“ auszumachen und die Polizeipräsenz an diesen Orten entsprechend zu koordinieren.[66] Eine neue Rechtsgrundlage wird jedoch ab sofort notwendig, da die Polizei nun auch personenbezogene Daten und nicht bloß „neutrale Daten“ verwenden darf.[67]

Rn. 1244; DS-GVO/BDSG (Kühling/Buchner)/*Schwichtenberg*, 3. Aufl. 2020, § 58 BDSG Rn. 7; bei restriktiver Handhabung für unions- und verfassungskonform gehalten dagegen bei BeckOK Datenschutzrecht/*Worms*, Stand 01.08.2020, § 58 BDSG Rn. 50.

65 S. eine Aufzählung besonders umstrittener Befugnisse bei *Kipp*, Das neue Polizeigesetz ist beschlossen, Saarbrücker Zeitung v. 07.10.2020, S. B2.

66 Vgl. *Clages/Zeitner*, Kriminologie, 3. Aufl. 2016, S. 187 f.

67 Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass auch durch die Verwendung „neutraler“ Daten Grundrechtseingriffe nicht ausgeschlossen sind. So ist etwa an die wertmindernde

Zwar wurde dieser Norm in der öffentlichen Debatte weniger Beachtung geschenkt, jedoch löste die Befürchtung, es handele sich dabei um eine Ermächtigung zum Einsatz von Prognosesoftware zur vorausschauenden Polizeiarbeit (sog. „Predictive Policing"), besondere Kritik aus.[68] Noch sind solche Absichten innerhalb der saarländischen Polizei nicht erkennbar. Eine Kleine Anfrage im rheinland-pfälzischen Landtag belegt jedoch, dass Vertreter des Saarlandes bereits an einem „Informations- und Erfahrungsaustausch" teilnahmen.[69] Vor diesem Hintergrund scheint es also langfristig nicht vollkommen ausgeschlossen, dass auch die saarländische Polizei derartige Instrumente erproben und einsetzen wird. In diesem Fall wären jedoch spezielle Befugnisnormen zu schaffen, um der zusätzlichen Eingriffsintensität gerecht zu werden, die sowohl durch die Einrichtung und Erhaltung des Systems, als auch durch die Abfrage individueller „Risikoscores" entstünde.[70]

Außerdem ist unabhängig von der Art der Lagebilderstellung dafür Sorge zu tragen, dass Diskriminierungseffekte vermieden werden.[71] Hier erweist sich § 20 Abs. 1 SPolDVG als entsprechende Schutzvorschrift, welche die Verwendung der in § 2 Abs. 15 SPolDVG genannten Merkmale (wie insb. die ethnische Herkunft) zur Lagebilderstellung in der Praxis wohl ausschließen wird.

b) Besondere Formen der Erhebung personenbezogener Daten, § 31 SPolDVG

Schon vor der Neuregelung des saarländischen Polizeirechts umstritten waren die sog. „besonderen Formen" der Erhebung personenbezogener Daten.[72] Diese polizei-

---

Wirkung der Brandmarke „Brennpunkt" und damit an mögliche Eingriffe in Art. 14 GG zu denken. Demnach scheint es sinnvoll, für die Erstellung von Lagebildern regelmäßig eine Ermächtigungsgrundlage zu fordern, auch wenn keine personenbezogenen Daten betroffen sind.

68 S. die Stellungnahme der Gruppe „freiheitsfoo" zur Anhörung zum Gesetz zur Neuregelung der polizeilichen Datenverarbeitung im Saarland, S. 15 f, abrufbar unter https://wiki.freiheitsfoo.de/uploads/Main/20200503-freiheitsfoo-Stellungnahme-neue-Polizeigesetze-Saarland-LTDS-16-1180-final-anon.pdf [abgerufen am 21.02.2021]; zur Vergleichbarkeit von „Predictive Policing" und polizeilichen Lagebildern *Zenner*, in: Wieczorek, Digitalisierung – Rechtsfragen rund um die digitale Transformation der Gesellschaft, 2018, S. 117 (125).

69 Antwort des Ministeriums des Innern und für Sport auf die Kleine Anfrage des Abgeordneten Gordon Schnieder (CDU) – Drucksache 17/3377 –, LT-Drucks. Rheinland-Pfalz 17/3568.

70 *Sommerer*, Personenbezogenes Predictive Policing, 2020, S. 154.

71 S. zu den in diesem Zusammenhang auftretenden Problemen: *Martini*, JZ 2017, 1017 (1018); *Rademacher*, AöR 142 (2017), 366 (376); *Singelnstein*, NStZ 2018, 1 (4), *Zenner*, in: Wieczorek (Fn. 68), S. 117 (122, 124 f.).

72 S. Gröpl/*Guckelberger*/Wohlfarth (Fn. 39), § 4 Rn. 137; *Guckelberger/Kollmann*, LKRZ 2015, 315 (317 f.).

lichen Befugnisse, die vormals in § 28 SPolG a.F. geregelt waren, umfassen unter anderem die Durchführung von Observationen (§ 31 Abs. 2 Nr. 1 SPolDVG) und den Einsatz von Vertrauenspersonen (§ 31 Abs. 2 Nr. 3 SPolDVG). Sie müssen sich gegen die in § 17 Abs. 2 Nr. 1 und 2 genannten Personen (sog. „Gefährder") richten und es müssen die Voraussetzungen für diese Form der Vorfeldarbeit erfüllt sein, die in § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 SPolDVG normiert werden.

Als besonders problematisch erweist sich hierbei, dass beide Nummern die Maßnahmen bereits zulassen, wenn bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass eine der dort benannten Taten begangen wird. Hinzu kommt, dass sich Nr. 1 auf Verbrechen und Nr. 2 auf „andere Straftaten" bezieht, soweit diese gewerbsmäßig, gewohnheitsmäßig, von Banden oder von Organisationen begangen werden. Die Vorschrift weist also eine enorme tatbestandliche Weite auf und erfasst pauschal auch das Vorfeld solcher Vergehen, die keine überragend wichtigen Rechtsgüter betreffen.

Bereits im Jahr 2013 äußerte das OVG des Saarlandes daher Zweifel an der Bestimmtheit der Norm.[73] Hinzu kamen die Vorgaben des BVerfG, wonach bei heimlichen Maßnahmen Rechtsgüter geschützt werden müssen, die unter Berücksichtigung der Eingriffsintensität hinreichend gewichtig sind.[74] Vereinzelt wurde angenommen, die Vorschrift könne zumindest verfassungsgemäß gehandhabt und auf diese Art und Weise „gerettet" werden.[75] Ob dies jedoch auch für die neue Vorschrift in § 31 SPolDVG gelten kann, nachdem sich der Gesetzgeber ganz bewusst gegen eine Eingrenzung des Tatbestandes entschieden hat,[76] darf bezweifelt werden.

Ein weiteres verfassungsrechtliches Problem ergibt sich aus § 31 Abs. 3 Satz 2 SPolDVG. Zwar hat der Gesetzgeber in § 31 Abs. 3 Satz 1 SPolDVG die Vorgaben des BVerfG hinsichtlich eines Richtervorbehalts beibehalten (diverse Richtervorbehalte enthielt bereits § 28 Abs. 3 a.F.). Allerdings hat er für Observationen und Standortfeststellungen eine Ausweitung der Dauer von drei Monaten auf sechs Monate vorgenommen, wodurch Sinn und Zweck des Richtervorbehalts gefährdet werden. Denn die vom Richter anzustellende Prognose kann „verantwortungsvoll nur für einen überschaubaren Zeitraum vorgenommen werden."[77] Zwar hat das

[73] OVG d. Saarl., Urt. v. 06.09.2013 – 3 A 13/13,juris Rn. 70.

[74] BVerfGE 141, 220 (269).

[75] Gröpl/*Guckelberger*/Wohlfarth (Fn. 39), § 4 Rn. 137, verbunden mit einem Appell zu gesetzgeberischer Nachbesserung; *Guckelberger/Kollmann*, LKRZ 2015, 315 (317 f.); in diese Richtung wohl auch *Kiefer*, Vertiefungskurs Verwaltungsrecht Saarland, 2011, S. 31.

[76] Vgl. die nachdrücklichen Hinweise auf die besagten Einschätzungen des OVG des Saarlandes und des BVerfG in der Sitzung des Ausschusses für Inneres und Sport, IS 15/124, S. 1 f.

[77] BVerfGE 109, 279 (361); zitiert von *Brodowski* in der Sitzung des Ausschusses für Inneres

BVerfG selbst keine zeitliche Obergrenze für richterliche Anordnungen benannt. Es scheint jedoch fragwürdig, ob ein solcher landesrechtlicher Vorstoß, der mit anderen Regelungen in nicht unerheblichem Maße bricht (vgl. etwa § 64 Abs. 4 BKAG i.V.m. § 45 Abs. 5 Satz 3 BKAG), noch verfassungsrechtlich akzeptabel wäre. So darf schon bezweifelt werden, ob die Rücknahme gerichtlicher Kontrolle zur Vereinfachung der Polizeiarbeit wirklich geeignet ist.[78]

c) Offene Bild- und Tonaufzeichnungen, § 32 SPolDVG

Eine weitere Neuregelung erfuhr auch die Befugnis zur offenen Bild- und Tonaufzeichnung. Dabei wurden grundsätzliche Möglichkeiten, wie die Überwachung bestimmter öffentlicher Räume (§ 32 Abs. 1, 2 SPolDVG), der Einsatz von Körperkameras und die Überwachung suizidgefährdeter Personen, beibehalten. Im Hinblick auf diese Befugnisse und die schon zuvor bestehenden Probleme, kann daher auf die Ausführungen zu § 27 SPolG a.F. verwiesen werden.[79]

Darüber hinaus hat sich der Gesetzgeber jedoch dazu entschlossen, den Einsatz von Körperkameras auszuweiten. Diese sollen bei Gefahr für Leib oder Leben eines Beamten gem. § 32 Abs. 3 Satz 2 SPolDVG nun auch innerhalb von Wohnungen verwendet werden dürfen. Dadurch verlagert sich die Eingriffsperspektive grundlegend: Während bei der Überwachung des öffentlichen Raums und beim herkömmlichen Einsatz der „Bodycams“ das Recht auf informationelle Selbstbestimmung von gefilmten Personen betroffen war,[80] geht innerhalb von Wohnungen das Grundrecht des Art. 13 Abs. 1 GG vor.[81] Dies hat unter anderem zur Folge, dass sämtliche Eingriffe sich an der komplexen Schrankensystematik dieses Grundrechts messen lassen müssen. Als einschlägige Alternative kommt dabei Art. 13 Abs. 5 GG in Betracht,[82] der den Einsatz technischer Mittel zum Schutz von in der Wohnung tätigen Personen erlaubt.

Zu begrüßen ist, dass der Landesgesetzgeber diese Möglichkeit auf „dringende“ Gefahren für Leib und Leben von Vollzugsbeamten beschränkt hat. Den Begriff

---

und Sport, IS 15/124, S. 5.

78 Vgl. die Stellungnahme von *Brodowski* in der Sitzung des Ausschusses für Inneres und Sport, IS 15/124, S. 4.

79 Gröpl/*Guckelberger*/Wohlfarth (Fn. 39), § 4 Rn. 128 ff.

80 BVerfG, NVwZ 2007, 688 (690); *Lachenmann*, NVwZ 2017, 1224 (1225).

81 BVerfGE 115, 166 (187 f.); 109, 279 (326); *Schmidt*, Polizeiliche Videoüberwachung durch den Einsatz von Bodycams, 2018, S. 412.

82 S. dazu die umfassende Untersuchung bei *Schmidt* (Fn. 81), S. 421–440; auch der Landesgesetzgeber ging von Art. 13 Abs. 5 als einschlägiger Schrankenbestimmung aus: LT-Drucks. Saarland 16/1180, S. 74.

der dringenden Gefahr möchte er dahingehend verstehen, dass der Schadenseintritt noch nicht unmittelbar bevorstehen muss. Vielmehr seien zeitliche Nähe, Wahrscheinlichkeit und Ausmaß des Schadens ebenso entscheidend wie der Rang der betroffenen Rechtsgüter.[83] Er bewegt sich damit auf einer Linie mit der rechtswissenschaftlichen Literatur zum Einsatz von Körperkameras in Wohnräumen.[84] Ferner wurde durch einen Änderungsantrag vor dem endgültigen Erlass des Gesetzes der Richtervorbehalt ausgeweitet und der Kernbereichsschutz verfestigt.[85] Interessant ist, dass gem. § 32 Abs. 3 Satz 3 SPolDVG Arbeits-, Betriebs- oder Geschäftsräume, die unter den Schutzbereich des Art. 13 Abs. 1 GG fallen,[86] nicht den Einschränkungen des Satzes 2 unterliegen. Demnach ist in solchen Räumen gem. § 32 Abs. 3 Satz 1 SPolDVG der Schutz von Personen oder die Abwehr konkreter Gefahren als Voraussetzung ausreichend. Diese Vorschrift ist wohl auf das weite Verständnis des verfassungsrechtlichen Begriffs der „Wohnung" zurückzuführen.[87] Diese Weite erlaubt Differenzierungen hinsichtlich des Schutzniveaus,[88] weshalb auch die im SPolDVG vorgenommene Unterscheidung nicht auf verfassungsrechtliche Bedenken stößt.

d) Überwachung und Aufzeichnung der Kommunikation, § 35 SPolDVG

Besondere Aufmerksamkeit verdient auch der neu geschaffene § 35 SPolDVG, der unter der Überschrift „Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation" die Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung (TKÜ) und der Quellen-Telekommunikationsüberwachung (Quellen-TKÜ) regelt.

Demnach kann gem. § 35 Abs. 1 Satz 1 SPolDVG die Vollzugspolizei Telekommunikationsdaten erheben, soweit dies zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person erforderlich ist (Nr. 1), der vorbeugenden

---

83 LT-Drucks. Saarland 16/1180, S. 75, unter Verweis auf Maunz/Dürig GG/*Papier*, 87. EL März 2019, Art. 13 GG Rn. 95.

84 In der Literatur wird entweder eine dringende Gefahr für die eingesetzten Polizeibeamten (*Schmidt* (Fn. 81), S. 425), oder eine konkrete Gefahr für Leib und Leben (Berliner Kommentar GG/*Ziekow/Guckelberger*, Stand 2020, Art. 13 GG Rn. 109 m.w.Nachw.) gefordert. Diesen Vorgaben wird die saarländische Kombinationslösung jedenfalls gerecht.

85 Abänderungsantrag des Ausschusses für Inneres und Sport, LT-Drucks. Saarland 16/1459, S. 4 f.

86 BVerfGE 44, 353 (371); 42, 212 (219); 32, 54 (69 ff.); Maunz/Dürig GG/*Papier*, 92. EL Aug. 2020, Art. 13 GG Rn. 13; Sachs GG/*Kühne*, 8. Aufl. 2018, Art. 13 GG Rn. 4.

87 Dieses weite Verständnis wird teilweise als Grund für die Notwendigkeit einer Rechtsgrundlage für Körperkameras in Wohnungen angeführt: *Schmidt* (Fn. 81), S. 411.

88 BVerfGE 97, 228 (266); 32, 54 (75 f.); BeckOK GG/*Kluckert*, 45. Ed. 15.11.2020, Art. 13 GG Rn. 3.

Bekämpfung von Straftaten gem. § 100b StPO dient (Nr. 2) oder wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Betroffene in einem näher definierten Verhältnis zu einem dieser beiden Vorgänge steht (Nr. 3).

Darüber hinaus regelt nun § 35 Abs. 2 SPolDVG die Möglichkeit, in ein informationstechnisches System einzugreifen. Gemeint ist hiermit die Infiltration eines Geräts bzw. das Ausnutzen von Sicherheitslücken, etwa um Informationen zu erhalten, noch bevor diese verschlüsselt werden können.[89] Aufgrund der höheren Eingriffsintensität ist diese sog. Quellen-TKÜ nur in den Fällen von § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 SPolDVG möglich. Die neue Norm differenziert außerdem noch weiter und hält die Polizei an, sicherzustellen, dass entweder ausschließlich laufende Telekommunikation überwacht wird (§ 35 Abs. 2 Nr. 1 lit. a SPolDVG) oder dass die erhobenen Daten auch als laufende Telekommunikation hätten überwacht werden können (§ 35 Abs. 2 Nr. 1 lit. b SPolDVG). Damit soll offenbar nicht nur der Zugriff auf die laufende Kommunikation ermöglicht, sondern auch eine Befugnis zum Abruf gespeicherter Nachrichten geschaffen werden.[90] Um jedoch keine „kleine Online-Durchsuchung"[91] einzuführen, orientiert sich der Gesetzgeber im Hinblick auf die einschränkenden Voraussetzungen an § 100a StPO.[92] Diese Unterscheidung ist von besonderer Bedeutung. Denn während für die Überwachung laufender Kommunikation allein Art. 10 Abs. 1 GG den verfassungsrechtlichen Maßstab bildet, greift beim Abruf anderer Daten, etwa im Rahmen einer Online-Durchsuchung, das Auffanggrundrecht auf die Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme.[93] Eingriffe in Letzteres sind jedoch nur unter wesentlich engeren Voraussetzungen zulässig als Eingriffe in Art. 10 Abs. 1 GG. So fordert das BVerfG für eine präventive Online-Durchsuchung „eine im Einzelfall drohende Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut."[94]

Indem der Gesetzgeber die Polizei verpflichtet, durch technische Möglichkeiten sicherzustellen, dass tatsächlich nicht mehr als die geregelten Daten abgerufen werden können, bleibt er also ganz bewusst im Rahmen von Art. 10 Abs. 1 GG.[95]

---

89 Vgl. *Beukelmann*, NJW-Spezial 2017, 440.

90 LT-Drucks. Saarland 16/1180, S. 1; s. hierzu die Stellungnahme der Plattform „netzpolitik.org" an den saarländischen Landtag zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung der polizeilichen Datenverarbeitung im Saarland Drs. 16/1180, S. 5, abrufbar unter https://cdn.netzpolitik.org/wp-upload/2020/11/netzpolitik-broeckling-polizeigesetz-saarland-stellungnahme-spoldvg-e.pdf (abgerufen am 21.02.2021).

91 S. zu dieser Unterscheidung BeckOK StPO/*Graf*, 38. Ed. 01.10.2020, § 100a StPO Rn. 115.

92 LT-Drucks. Saarland 16/1180, S. 77.

93 BVerfG, NJW 2016, 3508 (3510); BVerfGE 120, 274 (309).

94 BVerfGE 120, 274 (326).

95 S. aber die Zweifel an der technischen Umsetzbarkeit bei *Stadler*, MMR 2012, 18–20.

Hier hat das BVerfG im Bereich des repressiven Vorgehens den Katalog des § 100a Abs. 2 StPO für die (Quellen-)TKÜ akzeptiert.[96] Dass der Landesgesetzgeber für den präventiven Bereich auf den weniger umfassenden Katalog in § 100b Abs. 2 StPO und damit auf „besonders schwere Straftaten" verweist, ist im Sinne der Angemessenheit der Vorschrift zu begrüßen. Auch hier wäre jedoch anstatt eines Verweises die Einführung eines eigenen Kataloges sicher die transparentere Alternative gewesen (vgl. etwa § 23b BWPolG).

Die weiteren Befugnisse, die im neuen § 35 SPolDVG geregelt sind, spiegeln weitgehend die schon zuvor bestehenden Möglichkeiten aus § 28b SPolG a.F. wider. Insoweit kann, etwa für die in Abs. 3 geregelten IMSI-Catcher, auf bestehende Literatur verwiesen werden.[97]

e) Elektronische Aufenthaltsüberwachung, § 38 SPolDVG

Eine gänzlich neue Vorschrift stellt § 38 SPolDVG dar. Diese Norm regelt die elektronische Aufenthaltsüberwachung (EAÜ), die umgangssprachlich auch als „elektronische Fußfessel"[98] bezeichnet wird. Gem. § 38 Abs. 1 SPolDVG soll es künftig der Vollzugspolizei möglich sein, eine Person zur Duldung eines betriebsbereiten GPS-Senders zu verpflichten, sofern bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass diese Person innerhalb eines überschaubaren Zeitraums auf eine zumindest ihrer Art nach konkretisierte Weise eine Straftat nach § 100a Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 100a Abs. 2 StPO begehen wird (Nr. 1) oder dass das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit der Begehung einer Straftat nach § 129a Abs. 1, 2 StGB begründet (Nr. 2). Die Voraussetzungen entsprechen demnach denen von § 12 Abs. 4 Satz 2 SPolG.[99]

Während im Zeitpunkt der Ausarbeitung des neuen Polizeirechts die Position des BVerfG zur EAÜ noch unbekannt war, ist mittlerweile geklärt, dass zumindest im Rahmen der Führungsaufsicht unter strengen Voraussetzungen eine solche Maßnahme zulässig sein kann.[100] In seinem jüngsten Urteil misst das Gericht die EAÜ insb. am allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) in seinen Ausprägungen als Recht auf Resozialisierung und als Recht auf informationelle Selbstbestimmung.[101]

---

96 BVerfGE 129, 208 (243).

97 Instruktiv Gröpl/*Guckelberger*/Wohlfarth (Fn. 39), § 4 Rn. 141 f.

98 S. zur irreführenden Wirkung dieser Begrifflichkeit *Guckelberger*, DVBl. 2017, 1121 (1121 f.).

99 S.o. D. I.

100 BVerfG, Beschluss v. 01.12.2020, – 2 BvR 916/11, 2 BvR 636/12 – 2. Ls.

101 BVerfG, Beschluss v. 01.12.2020, – 2 BvR 916/11, 2 BvR 636/12 – Rn. 193 ff.

Schon vor dem Urteil wurde in der Literatur angenommen, dass zur Rechtfertigung eines Eingriffs in besagte Rechte die Vorgaben des BKA-Urteils übernommen werden könnten.[102] In diese Richtung ging nun auch das BVerfG, indem es mit der Einleitung „Staatliche Überwachungsmaßnahmen unterliegen aufgrund ihrer Eingriffsintensität spezifischen Anforderungen" die Kernpunkte des BKA-Urteils rezitiert.[103] Eine Betonung liegt dabei abermals auf der Notwendigkeit des Schutzes hinreichend gewichtiger Rechtsgüter.[104] Ferner ist der Kernbereich privater Lebensgestaltung besonders zu beachten.[105]

Die saarländische Umsetzung orientiert sich an den „Gesetzgeberischen Handlungsempfehlungen im Zusammenhang mit islamistischem Terrorismus",[106] die von Bund und Ländern in einer gemeinsamen Arbeitsgruppe geschaffen wurden.[107] Dabei wird insb. § 38 Abs. 1 Nr. 2 SPolDVG dem legitimen Anliegen gerecht, die Bevölkerung vor terroristischen Straftaten zu schützen.[108] Abermals sehr weit gefasst ist der Katalog in § 38 Abs. 1 Nr.1 SPolDVG. Auch hier kann jedoch darauf verwiesen werden, dass dem Gesetzgeber ein gewisser Spielraum bei der Einschätzung des Unrechtsgehalts von Straftaten zukommt.[109] Daher ist diese Vorschrift, wenn auch ein eigener Katalog empfehlenswert wäre, verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Positiv zu beurteilen sind die verfahrensrechtlichen Absicherungen, die der Gesetzgeber geschaffen hat. So stellt § 38 Abs. 2 Satz 3 SPolDVG den Kernbereichsschutz innerhalb der Wohnung sicher und § 38 Abs. 3 Satz 1 SPolDVG normiert einen Richtervorbehalt für die Anordnung der Maßnahme nach Abs. 1.

f) Anlassbezogene automatische Kennzeichenerfassung, § 39 SPolDVG

Die letzte Maßnahme, die mit einigen Worten dargestellt werden soll, ist die anlassbezogene automatische Kennzeichenerfassung gem. § 39 SPolDVG. Eine vergleichbare Regelung kannte das SPolG bereits vor seiner letzten großen Änderung. § 27 Abs. 3 SPolG a.F. wurde jedoch durch das Saarländische Gesetz zur Änderung des Polizeirechts v. 12.11.2014[110] gestrichen, da man dessen Verfassungswidrigkeit erkannt hatte und ohnehin zu keinem Zeitpunkt über die notwendigen technischen

102 *Guckelberger*, DVBl. 2017, 1121 (1126 f.).
103 BVerfG, Beschluss v. 01.12.2020, – 2 BvR 916/11, 2 BvR 636/12 – Rn. 200 ff.
104 BVerfG, Beschluss v. 01.12.2020, – 2 BvR 916/11, 2 BvR 636/12 – Rn. 204 f.
105 BVerfG, Beschluss v. 01.12.2020, – 2 BvR 916/11, 2 BvR 636/12 – Rn. 206.
106 S. dazu *Esposito*, ZRP 2017, 129.
107 LT-Drucks. Saarland 16/1180, S. 79.
108 S. BVerfGE 141, 220 (272 f.).
109 BVerfGE 129, 208 (243); 125, 260 (329).
110 Gesetz Nr. 1840 zur Änderung des Polizeirechts (Polizeirechtsänderungsgesetz – PRÄnG) vom 12. November 2014, Abl. Saarland 2014 I, S. 1465.

Mittel verfügte.[111]

Die neue Regelung orientiert sich im operativen Teil an § 36a BbgPolG.[112] Der Gesetzgeber wählte diese Norm als Vorbild, da sie vom BVerfG als eng genug zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit eingestuft wurde.[113] Demnach kann die Vollzugspolizei automatisiert Kennzeichen erheben, soweit dies zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben einer Person erforderlich ist (§ 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SPolDVG), zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr erforderlich ist und die Voraussetzungen einer Identitätsfeststellung vorliegen (§ 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SPolDVG) oder eine Person oder ein Fahrzeug nach § 40 Abs. 1 SPolDVG ausgeschrieben sind und Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die für die Ausschreibung relevante Begehung von Straftaten unmittelbar bevorsteht. Es ist anzunehmen, dass diese Anforderungen auch mit den jüngsten Ausführungen des BVerfG zur Verhältnismäßigkeit von Kennzeichenkontrollen im Einklang stehen.[114] Diese Gerichtsentscheidung war für den Gesetzgeber auch Maßstab bei der Schaffung von § 39 Abs. 3 SPolDVG.[115] So gab er mit dieser Vorschrift umfassende Protokollierungspflichten vor, deren Fehlen das BVerfG in der bayerischen Norm als verfassungswidrig eingestuft hat.[116]

E. Fazit

Der Beitrag sollte einen kurzen Überblick über Zielsetzungen und zentrale Bestimmungen des neuen saarländischen Polizeirechts geben. Sicher konnte in diesem Umfang keine vollständige Ausbreitung aller Vorschriften erfolgen. Es sollte aber dem Grunde nach deutlich geworden sein, dass der Gesetzgeber einer Vielzahl politischer, unions- und verfassungsrechtlicher Vorgaben unterlag, die er versuchte durch die Neustrukturierung umzusetzen. Während im Rahmen der allgemeinen Vorschriften die Verwirklichung datenschutzrechtlicher Standards im Vordergrund stand, ging es bei den einzelnen Befugnisnormen um den in den letzten Jahren immer akuter gewordenen Ausgleich zwischen Sicherheitsinteressen und Freiheitsrechten des Einzelnen. Dabei wurde unter Zuhilfenahme externen Sachverstandes versucht, den verfassungsrechtlichen Vorgaben hinreichend Rechnung zu tragen. Dieses Vorhaben kann in weiten Teilen als verwirklicht angesehen werden. Einige

111 *Guckelberger/Kollmann*, LKRZ 2015, 315 (316).
112 LT-Drucks. Saarland 16/1180, S. 80.
113 BVerfGE 120, 378 (433).
114 Vgl. die Forderung nach hinreichend gewichtigem Rechtsgüterschutz bei BVerfG, NJW 2019, 827 (835).
115 LT-Drucks. Saarland 16/1180, S. 80.
116 BVerfG, NJW 2019, 827 (840).

Zweifel bleiben jedoch bestehen und es wird sich zeigen, ob die hier aufgeworfenen Bedenken hinsichtlich Bestimmtheit und Angemessenheit einiger Vorschriften verfassungsrechtlich Gehör finden werden. Während der Ausarbeitung dieses Beitrags wurde eine Verfassungsbeschwerde beim Bundesverfassungsgericht und beim saarländischen Verfassungsgerichtshof erhoben.[117] Es ist daher mit etwas Glück in den nächsten Jahren mit einer verbindlichen Entscheidung dieser Fragen zu rechnen.

[117] Pressemitteilung der Jungen Liberalen Saarland vom 10.02.2021, abrufbar unter https://julis-saar.de/verfassungsbeschwerde-gegen-neues-polizeigesetz/10/02/2021/ (abgerufen am 21.02.2021).

*Dominik Brodowski**

Revisionsentscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen – Quellen, Struktur, Analyse

A. Einleitung

Wesentlicher Motor für die Rechtsentwicklung ist die Rechtsprechung.[1] Diese ist es, die Rechtsstreitigkeiten einschließlich Strafverfahren letztverbindlich entscheidet. Aus studentischer und auch aus rechtswissenschaftlicher Sicht *noch* wichtiger ist aber, dass sie Impulse liefert für Diskussionen in der Wissenschaft – und nicht selten Anregungen für Sachverhalte, aus denen sich (Examens-)Klausuren, Hausarbeiten und Fälle für mündliche Prüfungen entwickeln lassen. Die hohe Relevanz der Rechtsprechung zeigt sich auch daran, welch Fülle an aktuellen Entscheidungen – vor allem der Höchst- und Obergerichte, aber auch der sogenannten Instanzgerichte[2] – in juristischen Fach- und Ausbildungszeitschriften abgedruckt und diskutiert werden. Wichtige Entscheidungen werden durch Anmerkungen und Besprechungen aufbereitet, oft auch spezifisch für ein studentisches Publikum, und finden rasch Eingang in Kommentare, Lehr- und Lernbücher bzw. deren Neuauflagen. Doch all das sind nur *Sekundär*quellen.[3] Es gehört zum unverzichtbaren Handwerkszeug aller (angehenden) Juristinnen und Juristen, auch aus der *Primär*quelle, also den gerichtlichen Entscheidungen selbst schöpfen zu können.

Vor diesem Hintergrund widmet sich dieser Beitrag den Revisionsentscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, mithin des höchstrangigen für Strafsachen zuständigen Gerichts.[4] Nachfolgend wird der Weg vom Urteil zur Veröffentlichung

---

* Der Autor ist Inhaber der Juniorprofessur für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität des Saarlandes. Für zahlreiche sachdienliche Hinweise danke ich *Rainer Schliebs*.

1 Sei es durch Fortbildung des Rechts (vgl. § 132 Abs. 4 Alt. 1 GVG), sei es durch dessen Auslegung.

2 Instanzgerichte sind die erstinstanzlich zuständigen Gerichte, vgl. Deutsches Rechtswörterbuch, Stichwort: Instanzgericht, https://drw-www.adw.uni-heidelberg.de/drw-cgi/zeige [zuletzt abgerufen, wie alle nachfolgenden URLs, am 09.04.2021].

3 Zum Abdruck von Entscheidungen in Fachzeitschriften siehe sogleich **B.III.**

4 Trotz der Relevanz deren Entscheidungen für das materielle Strafrecht und das Strafprozessrecht zählen weder das BVerfG noch der EuGH noch der EGMR zum regulären Instanzenzug. Denn diese Gerichte werden nur im Wege einer Richtervorlage zum BVerfG nach Art. 100 Abs. 1, Abs. 2 GG oder zum EuGH nach Art. 267 AEUV (Vorabentscheidungsverfahren) oder durch die außerordentlichen Rechtsbehelfe einer Urteilsverfassungsbeschwerde (Art. Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG) oder

knapp nachgezeichnet und die Verbreitung und Verfügbarkeit der BGH-Entscheidungen analysiert (B.). Nach einem kurzen quantitativen Überblick (C.) folgt eine Darstellung der typischen Struktur dieser revisionsgerichtlichen Entscheidungen (D.), um insbesondere jungen Fachsemestern Tipps zum „Lesen" dieser Entscheidungen zu geben. Der Beitrag schließt mit Überlegungen, welche Indizien für und gegen eine (Prüfungs-)Relevanz aktueller BGH-Entscheidungen sprechen (E.).

B. Veröffentlichung, Verbreitung und Verfügbarkeit

I. Der Weg einer BGH-Entscheidung hin zur Veröffentlichung

Wenn der BGH zum Schluss einer Revisionshauptverhandlung ein Urteil spricht, ist zwar das letzte Wort gesprochen, aber noch nicht geschrieben. Denn in aller Regel[5] erfolgt zu diesem Zeitpunkt lediglich eine mündliche Begründung des Urteils – genauer: der Urteilsformel[6] – (§§ 356 i.V.m. 268 Abs. 2 Alt. 2 StPO). Die für die weitere juristische Diskussion entscheidenden schriftlichen Entscheidungsgründe werden erst nach der Urteilsverkündung zu Papier gebracht und innerhalb des Senats abgestimmt.[7] Vergleichbares gilt für Beschlüsse, mit denen über eine Revision entschieden wird (§ 349 Abs. 1 bis 4 StPO). Ist die mit Gründen versehene Entscheidung unterschrieben, wird sie den Verfahrensbeteiligten bekanntgegeben (§ 35 Abs. 2 StPO) und zugleich der Dokumentationsstelle des BGH übermittelt. Diese spielt das anonymisierte Urteil oder den Beschluss im PDF-Format in die Entscheidungsdatenbank des BGH ein.[8] Ab diesem Moment ist die Entscheidung internetöffentlich verfügbar und kann von der interessierten (Fach-)Öffentlichkeit rezipiert werden.[9]

---

einer Individualbeschwerde (Art. 34 EMRK) involviert.

5 *Meyer-Goßner/Appl*, Die Urteile in Strafsachen, 29. Aufl. 2014, Rn. 3.

6 Hierzu unten **D.II.**

7 Ist man – etwa über eine Pressemitteilung des BGH – auf eine solche Entscheidung aufmerksam geworden, die zwar verkündet, aber noch nicht veröffentlicht ist, so kann man einen BGH-Push-Dienst des Instituts für Rechtsinformatik der Universität des Saarlandes nutzen (https://bghpush.rechtsinformatik.saarland/) und erhält die Entscheidungsgründe per E-Mail zugeschickt, sobald diese vorliegen.

8 Verfügbar unter https://www.bundesgerichtshof.de/DE/Entscheidungen/entscheidungen_node.html. Zugleich sind diese Entscheidungen auch unter https://www.rechtsprechung-im-internet.de/ verfügbar, einem Angebot des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz (BMJV) und des Bundesamts für Justiz (BfJ). Zur Tätigkeit der Dokumentationsstelle und der Verknüpfung zu juris siehe *Schliebs*, in: FG BGH-50, 2000, S. 761 (764 ff.).

9 Zur Benachrichtigung über die Veröffentlichung einer BGH-Entscheidung siehe oben in Fn. 7.

II. Die „Montagspost“

Um über die Entscheidungen der anderen BGH-Senate auf dem Laufenden zu bleiben, erhalten traditionell alle Richter:innen und Wissenschaftliche:n Mitarbeiter:innen des BGH jeden Montag gebündelt die BGH-Entscheidungen der Vorwoche zugeschickt – die sogenannte „Montagspost“.[10] Seit November 2020 bietet das Institut für Rechtsinformatik an der Universität des Saarlandes, als Teil eines Forschungsprojekts, denselben Dienst für alle Interessierten an.[11] Alle Nutzer dieses Dienstes können präzise Auswahlkriterien definieren, welche Entscheidungen welchen Senats ihnen jeden Montag zugeschickt werden sollen. So kann man z.B. auswählen, dass einem alle Entscheidungen der Strafsenate oder nur diejenigen des 6. Strafsenats, der grundsätzlich für Revisionen in Strafsachen für den Bezirk des OLG Saarbrücken zuständig ist, zugeschickt werden sollen.

III. Weitere Verbreitung

Über die Dokumentationsstelle und die Entscheidungsdatenbank des BGH sowie die „Montagspost“ gelangen Entscheidungen auch zu und in die juristischen Fachdatenbanken;[12] ausgewählte Entscheidungen werden in Fachzeitschriften und u.a. in der „amtlichen Sammlung“ (BGHSt)[13] veröffentlicht. Hierbei erfolgt jedoch eine Selektion – bei Fachzeitschriften durch die Redaktionen, bezüglich der Aufnahme in BGHSt durch den jeweiligen Senat – und häufig auch eine Bearbeitung: So werden üblicherweise Entscheidungen – auch in BGHSt – nur auszugsweise abgedruckt. Fachzeitschriften nehmen zudem Abkürzungen vor, formatieren Literatur- und Rechtsprechungszitate um[14] und versehen die Entscheidungen mit redaktionellen Leit- und Orientierungssätzen.[15] All das führt zu weiteren Selektionen, möglicherweise zu Verzerrungen und jedenfalls zu Zeitverzug. Daher lohnt sich häufig – auch für Studierende – ein Blick in die weitestgehend „unverstellte“, wenngleich

---

10 Zum Begriff s. *Jahn*, in: Jahn/Krehl/Löffelmann/Güntge (Hrsg.), Die Verfassungsbeschwerde in Strafsachen, 2. Aufl. 2017, Rn. 221–222.

11 https://montagspost.rechtsinformatik.saarland/. Die wissenschaftliche Projektleitung haben Prof. Dr. *Georg Borges* und der *Verf.* inne. Die technische Realisierung erfolgte durch *Natalia Orlova*, als technischer Ansprechpartner fungiert Dr. *Andreas Sesing*.

12 Vollständig hinterlegt sind die mit Gründen versehenen strafrechtlichen Entscheidungen in den Datenbanken beck-online, juris, openjur und in der strafrechtlichen Rechtsprechungs-Datenbank HRRS, https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/.

13 Siehe hierzu noch unten **D.I.2.**

14 Insbesondere zum Nachweis von Konkordanzen, d.h. an welcher Stelle die referenzierte Entscheidung in dieser Fachzeitschrift abgedruckt wurde.

15 Zu amtlichen Leitsätzen siehe noch unten **D.I.3.**

anonymisierte Originalentscheidung.

C. 2.978 Revisionen, aber nur 1.362 begründete Entscheidungen

Im Jahr 2020 entschied der BGH über 2.978 Revisionen in Strafsachen.[16] Es ergingen allerdings nur 109 Urteile nach einer mündlichen und öffentlichen Revisionshauptverhandlung, obschon dies nach §§ 350 ff. StPO der gesetzliche Normalfall ist; der Großteil – 2.864 Revisionen – wurde im schriftlichen Beschlussweg nach § 349 StPO erledigt.[17] Diese ausgeprägte Präferenz für Erledigungen nach § 349 StPO lässt sich, wie auch ein Vergleich mit den Vorjahren zeigt,[18] nur begrenzt mit der Pandemiesituation erklären. Im Vordergrund steht vielmehr das Evidenzerlebnis,[19] ob die Revision „offensichtlich" begründet oder unbegründet ist, sowie die Art und Weise der Entscheidungsfindung.[20] Für die Rechtsentwicklung in Strafsachen kann jedoch ein Beschluss genauso wichtig – aber auch genauso unbedeutend – sein wie ein Urteil.[21]

Im selben Jahr wurden über die Montagspost nur 1.362 strafrechtliche Revisionsentscheidungen (120 Urteile, 1.242 Beschlüsse) übermittelt.[22] Diese Divergenz liegt an einer anderen Zählweise,[23] aber auch daran, dass etliche Beschlüsse nach § 349 Abs. 2 StPO nicht mit einer Begründung versehen werden. Weil Revisionsentscheidungen

---

16 *BGH*, Übersicht über den Geschäftsgang bei den Strafsenaten des Bundesgerichtshofes im Jahre 2020 – Jahresstatistik, https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/StatistikStraf/jahresstatistikStrafsenate2020.pdf?__blob=publicationFile&v=3, S. 3. Hinzu treten 126 Rücknahmen und sonstige Erledigungen.

17 *BGH*, Jahresstatistik 2020 (Fn. 16), S. 3. Hinzu treten 5 Beschlüsse nach § 346 Abs. 2 StPO.

18 Vgl. *BGH*, Jahresstatistik 2020 (Fn. 16), S. 16.

19 Zur Subjektivität des Evidenzerlebnisses *Steinbach*, AöR 140 (2015) 368, 398 f.

20 So zweifeln *Fischer/Eschenbach/Krehl*, StV 2013, 395; *Fischer/Eschelbach/Krehl*, NStZ 2013, 564; *Fischer/Krehl,* StV 2012, 550 die gängige Praxis an, dass drei der fünf Richter:innen in der Regel nur durch den:die Berichterstatter:in (und ggf. den:die Vorsitzende:n) über die verfahrensgegenständlichen Akten in Kenntnis gesetzt werden. Dass diese Praxis im Vergleich zu einem „Zehn-Augen-Prinzip" zu mehr Entscheidungen im Beschlussweg führt, hat *Fischer*, NStZ 2013, 425 postuliert und *Verf.*, HRRS 2013, 409 statistisch überprüft. Zur Verteidigung der gängigen Praxis s. *Brause*, JR 2013, 134, 136 ff.; *Basdorf/Sander/Schneider/Dölp/König/Berger/Bellay*, NStZ 2013, 563; differenzierend *Becker,* HRRS 2013, 264.

21 Siehe noch unten **E.1.**

22 Eigene Auswertung durch das Montagspost-Projekt (Fn. 11).

23 So kann in einer übermittelten Entscheidung zugleich über mehrere Revisionen verschiedener Verfahrensbeteiligter entschieden worden sein. Zudem sind Zwischenentscheidungen – etwa Divergenzanfragen (§ 132 Abs. 3 GVG) oder eine Vorlage an den Großen Senat für Strafsachen (§ 132 Abs. 2, Abs. 4 GVG) – denkbar. Auch ist für die Jahresstatistik das Entscheidungsdatum und nicht das Veröffentlichungsdatum entscheidend.

nicht mehr durch ein Rechtsmittel[24] anfechtbar sind, soll eine Begründung im Umkehrschluss zu § 34 StPO entbehrlich sein. Diese Praxis wird vom BVerfG[25] und vom EGMR[26] für verfassungs- bzw. menschenrechtskonform gehalten, auch weil die im Verwerfungsantrag des Generalbundesanwalts zwingend enthaltene Begründung (§ 349 Abs. 2 StPO) ein hinreichendes Äquivalent darstellen soll.[27]

D. Strukturelemente

Stößt man im Fundus der begründeten Revisionsentscheidungen des BGH auf eine von Interesse, beispielsweise auf den Beschl. v. 17.02.2021 – 4 StR 225/20,[28] so muss man sich in den 14 PDF- bzw. Druckseiten des Beschlussabdrucks zurechtfinden. Zwar mag manches davon trivial sein, anderes aber ist für die Analyse und Bewertung einer Entscheidung durchaus von Interesse und für das fokussierte Lesen einer Entscheidung hilfreich.[29]

I. Der Urteilskopf (Rubrum)

1. Aktenzeichen, Registerzeichen und ECLI

Im Urteilskopf (*Rubrum*) der Entscheidung findet sich unter dem Bundesadler und der Bezeichnung als Beschluss das Aktenzeichen (4 StR 225/20 – gesprochen „225 aus 20“). Dieses Aktenzeichen kennzeichnet die Entscheidung als eine des u.a. für Verkehrsstrafsachen zuständigen 4. Strafsenats,[30] die ausweislich des Registerzeichens „StR“ in einer strafrechtlichen Revision oder Vorlegungssache[31] ergangen

---

24 Die außerordentlichen Rechtsbehelfe der Verfassungsbeschwerde zum BVerfG und der Individualbeschwerde zum EGMR (oben Fn. 4) zählen nicht hierzu.

25 BVerfG, StV 2015, 75 m. Bspr. *Allgayer*, JR 2015, 64; *Kudlich*, JA 2014, 792; *Wohlers*, HRRS 2015, 271.

26 EGMR, Entsch. v. 13.01.2015 – 10152/13 (G. ./. Deutschland).

27 Sehr kritisch *Rosenau*, ZIS 2012, 195. Ein Reformvorschlag für das Revisionsverfahren findet sich bei *Norouzi*, StV 2015, 773. *Wostry/Wostry*, NJW 2018, 2242 fordern aus Transparenzgründen eine Offenlegung der Verwerfungsanträge.

28 Verfügbar unter https://montagspost.rechtsinformatik.saarland/2021/11/4_StR_225-20.pdf. Diese Entscheidung befand sich in der Montagspost vom 22.03.2021 (11. Kalenderwoche).

29 Daher überzeugt es nicht, dass die entsprechenden Rechtsfragen zumeist erst im Referendariat – und auch dort teils nur am Rande – diskutiert werden.

30 Die Zivilsenate des BGH werden mit römischen Ziffern, die Strafsenate mit arabischen Ziffern bezeichnet, ebenso die BGH-Ermittlungsrichter (§ 169 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 130 Abs. 1 Satz 2 GVG). Entscheidungen des BGH zur „Aktenkontrolle für Haftprüfungsverfahren“ (Registerzeichen „AK“) werden vom 3. Strafsenat getroffen, ohne dass diesem Registerzeichen die Senatsziffer vorangestellt werden würde.

31 § 121 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 GVG, § 79 Abs. 3 GVG, §§ 13 Abs. 4, 25 StrRehaG.

ist.[32] Die Akten zu diesem Verfahren sind im Jahr 2020 eingegangen – daher die Endung „aus [20]20" – und wurden mit der fortlaufenden Nummer 225 versehen.[33] Aus diesen formalen Angaben resultiert auch der *European Case Law Identifier* (ECLI), der auf S. 1 unten abgedruckt ist. Dieser dient der einfachen grenzüberschreitenden Identifizierung von Judikaten.[34]

2. Verbreitungswege

Die in diesem Beschluss nachfolgende[35] kurze Tabelle gibt an, wie die Entscheidung zu verbreiten ist: Diese Entscheidung ist vom Senat zum Abdruck in der sogenannten „amtlichen Sammlung" (BGHSt)[36] und in der systematischen Loseblatt-Entscheidungssammlung BGH-Rechtsprechung (BGHR) vorgesehen; deren Leitsatz ist in das interne[37] Nachschlagewerk des BGH (NSW)[38] aufzunehmen. Auch wird diese Entscheidung seitens des Senats allgemein für veröffentlichungswürdig angesehen. Eine solche Tabelle findet sich nur in Entscheidungen, bei denen mindestens eine der vier Optionen ausgewählt wurde.

3. Amtliche Leitsätze

Bei dem Satz

„*Zur Auslegung der Strafnorm des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB*."

---

32 Eine Übersicht der Registerzeichen des BGH findet sich unter https://www.bundesgerichtshof.de/DE/Verfahrensarten/ErlaeuterungAktenzeichen/erlaeuterungAktenzeichen_node.html.

33 Die Vergabe der Aktenzeichen in strafrechtlichen Revisionssachen erfolgt bereits durch die Generalbundesanwaltschaft, über die die Akten dem BGH vorzulegen sind (§ 347 Abs. 2 a.E. StPO).

34 Schlussfolgerungen des Rates zum Europäischen Urteilsidentifikator (European Case Law Identifier — ECLI) und zu einem Mindestbestand einheitlicher Metadaten für die Rechtsprechung, AblEU 2019 Nr. C 360, S. 1; zuvor Schlussfolgerungen des Rates mit einem Aufruf zur Einführung des European Case Law Identifier (ECLI) und eines Mindestbestands von einheitlichen Metadaten für die Rechtsprechung, AblEU 2011 Nr. C 127, S. 1. Näher zum ECLI *Rott*, JurPC Web-Dok. 1/2017 sowie https://e-justice.europa.eu/content_european_case_law_identifier_ecli-175-DE-de.do.

35 In manchen Entscheidungen findet sich diese – und die Leitsätze – auf einem Vorblatt, z.B. in BGH, Beschl. v. 14.04.2020 – 5 StR 424/19.

36 Diese Entscheidungssammlung wird von BGH-Richter:innen herausgegeben, ist aber keine Publikation *des* BGH und daher auch nicht im Wortsinne „amtlich".

37 BGH-extern gab es bis 2002 eine sich hierauf stützende, von *Lindenmaier/Möhring* begründete Loseblattsammlung. Seit 2003 werden in einer Zeitschrift bzw. Newsletter namens „LMK" zivilrechtliche Leitsatzentscheidungen mit Anmerkungen veröffentlicht.

38 Zum Nachschlagewerk siehe auch *Schliebs*, in: FG BGH-50, 2000, S. 761 (773).

handelt es sich um einen durch den Senat selbst formulierten, *amtlichen Leitsatz*.[39] Diese Leitsätze sollen die rechtlichen Kernaussagen der Entscheidung möglichst knapp und präzise wiedergeben.[40] In dieser Entscheidung liefert der Leitsatz allerdings nur einen Hinweis auf den nachfolgenden Entscheidungsinhalt, ohne die Auslegungskriterien usw. bereits selbst wiederzugeben.

Dem Leitsatz vorangestellt ist eine Normenkette:

„*StGB § 315d Abs. 5, 2 und 1 Nr. 3*".

Das sind diejenigen Normen, auf die der Leitsatz und die Entscheidung in ihrer Gänze[41] im Wesentlichen Bezug nimmt. Mit diesen Normen wird die Entscheidung im Nachschlagewerk und typischerweise auch in juristischen Datenbanken verknüpft.

Die amtlichen Leitsätze finden Eingang in BGHSt und werden nicht selten von den Fachzeitschriften und juristischen Datenbanken übernommen. Allerdings wählen diese häufig auch eigene „redaktionelle" Leit- oder Orientierungssätze oder fügen weitere hinzu. Dies ist auch bei der hier vorgestellten Entscheidung angesichts des recht nichtssagenden amtlichen Leitsatzes zu erwarten.

4. Weitere Angaben

Es folgt in diesem Beschluss eine Wiederholung der Entscheidungsform, des Entscheidungsdatums und des Aktenzeichens, gefolgt von einem Verweis auf die Vorinstanz (LG Stuttgart) und eine Angabe der Verfahrensart, nämlich dass es sich um ein Strafverfahren gegen eine (hier anonymisierte) Person handelt, die durch die Vorinstanz (u.a.) wegen eines verbotenen Kraftfahrzeugrennens mit Todesfolge verurteilt wurde. Solange die Verurteilung nicht rechtskräftig ist, wäre hier zutreffender, nur von einem Verdacht zu sprechen; die Praxis verfährt hier uneinheitlich.[42]

Der nachfolgende sogenannte Einleitungssatz benennt den Spruchkörper – den 4. Strafsenat – ausdrücklich, wiederholt das Entscheidungsdatum nochmals und erläutert, auf welchem verfahrensmäßigen Weg der Beschluss getroffen wurde, nämlich nach § 349 Abs. 2 StPO „auf Antrag des Generalbundesanwalts und nach Anhörung der Beschwerdeführer". Dies beendet das Rubrum des Beschlusses.

---

39 Zur Gemeinfreiheit siehe § 5 Abs. 1 UrhG; siehe hierzu auch BGHZ 116, 136 (Ls. 2).

40 Ein gutes Beispiel hierfür findet sich in BGH, Beschl. v. 18.11.2020 – 4 StR 35/20: „Ein bei dem Berechtigten in Vergessenheit geratener Schlüssel ist kein falscher Schlüssel im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB."

41 Hier spricht der Leitsatz nur von § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB, die Entscheidungsgründe aber auch von § 315d Abs. 2, Abs. 5 StGB.

42 Positiv etwa BGH, Urt. v. 26.11.2019 – 2 StR 557/18.

In einem Urteil, beispielsweise im Urt. v. 25.02.2021 – 3 StR 365/20,[43] finden sich zusätzlich die Überschrift „Im Namen des Volkes" (vgl. § 268 Abs. 1 StPO) und eine Angabe der an der Revisionshauptverhandlung beteiligten Personen. Auch spricht der Senat im Falle eines Urteils nicht davon, er habe „geurteilt", sondern er hat etwas „für Recht erkannt".

II. Die Urteilsformel (Tenor)

Aus der Urteilsformel (*Tenor*) ergibt sich, ob und in welchem Umfang die Revision Erfolg hat, sprich ob das angegriffene Urteil aufgehoben und die Sache zurückverwiesen wird (§ 354 Abs. 2 StPO) oder ob das Revisionsgericht eine eigene Sachentscheidung trifft (§ 354 Abs. 1, 1a, 1b StPO). Andernfalls, auch das ergibt sich aus dem Tenor, wird die Revision als unzulässig oder (ggf. offensichtlich, § 349 Abs. 2 StPO) unbegründet verworfen. Zwingend ist zudem ein Ausspruch über die Kosten des Revisionsverfahrens (§ 464 Abs. 1 StPO). Nur bei Urteilen folgt nachfolgend der Ausspruch „Von Rechts wegen".

Der Tenor des Urteils ist für Angeklagte und auch für weitere Verfahrensbeteiligte die in aller Regel entscheidende Passage,[44] da sich aus ihr verbindlich und erschöpfend ergibt, ob und inwieweit das Strafverfahren rechtskräftig abgeschlossen ist, oder ob z.B. nach einem ersten Freispruch eine weitere Hauptverhandlung folgt, weil dieser Freispruch revisionsgerichtlicher Kontrolle nicht standgehalten und der BGH die Sache an ein Landgericht zurückverwiesen hat. Aus rechtswissenschaftlicher Sicht – und auch für die universitäre juristische Ausbildung – hat der Tenor hingegen kaum Bedeutung.

III. Die Entscheidungsgründe

Für die Rechtswissenschaft stellen die Entscheidungsgründe das Herzstück der Entscheidung dar. Der leichteren Handhabbarkeit und Zitierbarkeit dienen die im Rand des Dokuments abgedruckten Randnummern (Rn.) – synonym Randziffer (Rz.) oder Textziffer (Tz.) –, die auch in BGHSt (seit dem 51. Band), Datenbanken und Fachzeitschriften mit abgedruckt werden.

Eine verbindliche Struktur der Entscheidungsgründe gibt es zwar nicht.[45] Auch gibt es Unterschiede je nach prozessualer Situation und Entscheidungserheblichkeit der aufgeworfenen Fragen. Dennoch haben sich einige Üblichkeiten herausgebildet.

43 Verfügbar unter https://montagspost.rechtsinformatik.saarland/2021/13/3_StR_365-20.pdf.

44 Vgl. *Meyer-Goßner/Appl*, Die Urteile in Strafsachen, 29. Aufl. 2014, Rn. 20: „wichtigste Teil des Urteils".

45 *Meyer-Goßner/Appl*, Die Urteile in Strafsachen, 29. Aufl. 2014, Rn. 694.

Der für das Verständnis von BGH-Rechtsprechung wichtigste Aspekt: Nur zu denjenigen Rechtsfragen, die der Senat für diskussionswürdig hält und zu denen er sich äußern *will* oder *muss,* wird man etwas in den Gründen lesen. Der BGH legt also gerade *kein* umfassendes Rechtsgutachten vor, wie es von Studierenden bis hin zu den Staatsexamina erwartet wird. Vielmehr konzentriert und fokussiert er sich in der rechtlichen Würdigung auf vom jeweiligen Spruchkörper ausgewählte Einzelaspekte.

1. Zusammenfassung des Tenors des angegriffenen Urteils, des Revisionsvorbringens und dessen Erfolgs

In der ersten Randnummer des beispielhaft herangezogenen Beschlusses 4 StR 225/20 (hier: Rn. 1) wird knapp der Tenor des angegriffenen Urteils wiedergegeben, hier also die Verurteilung wegen verbotenen Kraftfahrzeugrennens mit Todesfolge in Tateinheit mit vorsätzlicher Gefährdung des Straßenverkehrs. Auch wird dargelegt, wer (hier: die Nebenkläger) hiergegen Revision mit welchem Ziel eingelegt hat und ob hierzu Sach- und/oder Verfahrensrügen (§ 344 Abs. 2 Satz 1 StPO) erhoben wurden. Der Leser wird hierdurch über die prozessuale Situation in Kenntnis gesetzt, die den BGH zu dieser Entscheidung veranlasst hat.[46] Nachfolgend wird knapp dargetan, ob das Revisionsvorbringen Erfolg hat (Rn. 2).

2. Instanzgerichtliche Feststellungen

Mit den typischen Worten „nach den Feststellungen" folgt eine knappe Zusammenfassung dessen, was das Instanzgericht[47] als Sachverhalt festgestellt und zum Gegenstand seines Urteils gemacht hat (hier: Rn. 3–6). Nach Ansicht des Instanzgerichts – zumeist eines Landgerichts – sind die hier wiedergegebenen Tatsachen erwiesen, und in ebendiesen Tatsachen sollen sich im Falle einer Verurteilung die gesetzlichen Merkmale derjenige(n) Straftat(en) finden, für die der Angeklagte verurteilt worden ist (§ 267 Abs. 1 Satz 1 StPO). Diese Feststellungen sollen aus der Sicht eines (vermeintlich) allwissenden Erzählers das und nur das mitteilen, „was Beziehung auf den Tatbestand und die Rechtsfolgen hat."[48] Wegen dieser Fokussierung auf die rechtlich relevanten Elemente werden die Formulierungen aus solchen Feststellungen – ggf. in abgewandelter Form – nicht selten als Grundlage für Klausur- und Besprechungsfälle herangezogen.[49]

---

46 Vgl. *Meyer-Goßner/Appl*, Die Urteile in Strafsachen, 29. Aufl. 2014, Rn. 702.

47 Das Revisionsgericht selbst trifft keine Feststellungen über diesen Lebenssachverhalt.

48 *Meyer-Goßner/Appl*, Die Urteile in Strafsachen, 29. Aufl. 2014, Rn. 274.

49 Zur Gemeinfreiheit siehe § 5 Abs. 1 UrhG.

3. Auseinandersetzung mit dem Revisionsvorbringen

Mit je nach Entscheidung höchst unterschiedlicher Begründungstiefe[50] folgt anschließend eine Auseinandersetzung mit einzelnen oder allen gegen das instanzgerichtliche Urteil erhobenen Rügen, gleich ob diese die Verfahrensvoraussetzungen, die Anwendung des formellen oder die des materiellen Rechts betreffen. In den ersten beiden Fällen kann es notwendig sein, dass der BGH auch über einzelne Verfahrensschritte des erstinstanzlichen Prozesses berichtet.[51]

Im hier herangezogenen Beispiel genügte es dem BGH, dem Revisionsvorbringen – der Angeklagte sei auch wegen Mordes zu verurteilen gewesen – zu entgegnen, dass das voluntative Vorsatzelement nicht nachgewiesen sei und dass Ausführungen des Tatgerichts zur Frage, ob der Angeklagte auf die Vermeidung eines Unfalls vertraut hatte, keineswegs widersprüchlich seien (Rn. 7–8). Da die BGH-Rechtsprechung zu den Anforderungen an den bedingten Vorsatz an dieser Stelle beachtet worden war und nicht weiterentwickelt werden musste, konnte sich der BGH mit diesen knappen Worten begnügen.

Mehr Substanz und Subsumtion findet sich hingegen im bereits erwähnten Urt. v. 25.02.2021 – 3 StR 365/20: Dort folgt aus Rn. 9, dass die streitige Rechtsfrage war, ob eine Geschwindigkeitsmessvorrichtung taugliches Tatobjekt für eine Tat nach § 316b Abs. 1 Nr. 3 StGB (Störung öffentlicher Betriebe) ist. Der BGH benennt zunächst in Rn. 10 das Teilergebnis, dass eine solche Vorrichtung eine *Anlage* ist (unter ausführlichen Verweisen auf Rechtsprechung und Literatur, einschließlich Gegenauffassungen), legt sodann den Begriff der „Anlage“ aus (Rn. 11–16; ebenfalls mit zahlreichen Nachweisen) und subsumiert schließlich unter diese Definition (Rn. 17). Knapper ist die nachfolgende Erörterung, dass diese Anlage auch der *öffentlichen Sicherheit* dient (Rn. 18–19), weil die „Feststellung von Geschwindigkeitsverstößen […] den Gefahren des Straßenverkehrs entgegenwirken“ soll; gleiches gilt für die Ausführung zum Eintritt des Taterfolgs (Rn. 20) sowie zur mittäterschaftlichen Zurechnung von Tatbeiträgen (Rn. 21–22).

---

50 Die argumentative Qualität von Gerichtsentscheidungen ist eigene Untersuchungen und Abhandlungen wert; auf diese kann an dieser Stelle nicht eingegangen werden.

51 Vgl. *Meyer-Goßner/Appl*, Die Urteile in Strafsachen, 29. Aufl. 2014, Rn. 705. Ein instruktives Beispiel findet sich in BGH, Urt. v. 10.03.2021 – 6 StR 285/20, Rn. 6 f.

4. Von Amts wegen erfolgende Prüfungen

Neben dem Revisionsvorbringen hat der BGH auch das Vorliegen der Verfahrensvoraussetzungen von Amts wegen zu prüfen.[52] Eine weitere, von Amts wegen erfolgende Prüfung des Urteils zu Gunsten der Angeklagten folgt aus § 301 StPO: Bei Revisionen der Staatsanwaltschaft, die zu Lasten der Angeklagten eingelegt wurden, kann das Revisionsgericht die angegriffene Entscheidung auch zu Gunsten der Angeklagten abändern oder aufheben. Denn es ist in solchen Situationen kaum hinnehmbar, dass der BGH „sehenden Auges" ein zum Nachteil der Angeklagten rechtswidriges Urteil rechtskräftig werden lassen muss.

Diese Pflicht zur Prüfung von Amts wegen gilt, so der BGH in ständiger Rechtsprechung, auch bei Revisionen der Nebenklage (§ 301 StPO analog).[53] Allerdings versucht der 4. Strafsenat diese Pflicht zur Nachprüfung einzuschränken: Die Nebenklage ist nur bei bestimmten Delikten möglich (§ 395 StPO). Daher muss sich das Revisionsgericht bei einer Nebenklagerevision auch nur mit diesen Delikten auseinandersetzen und kann andere Delikte gedanklich außen vor lassen. Mit dieser Argumentation hatte der 4. Strafsenat bereits im Jahr 2015 erwogen, die Verurteilung wegen bloß tatmehrheitlich (§ 53 StGB) begangener Delikte nicht mehr von Amts wegen nachzuprüfen. Im aktuellen Beschluss geht er noch einen Schritt weiter und will tateinheitlich (§ 52 StGB) begangene Delikte, die also auf exakt denselben Feststellungen beruhen, nicht mehr nachprüfen (Rn. 10). Weil der Senat diese Frage explizit dahingestellt lässt und sie daher für das Ergebnis (also die Urteilsformel) nicht entscheidend ist, handelt es sich bloß um ein *obiter dictum.* Mit solchen nicht entscheidungserheblichen Ausführungen bereitet der BGH den Boden für eine zukünftige Rechtsprechungsänderung und kann eine wissenschaftliche Auseinandersetzung zu dieser Frage befeuern.

Doch auf diesem prozessualen Weg führt für den 4. Strafsenat hier kein Weg vorbei zur Nachprüfung, ob die Feststellungen[54] die Verurteilung wegen eines verbotenen Kraftfahrzeugrennens (§ 315d StGB) tragen, weil auch insoweit eine Nebenklagebefugnis bestand. Der Senat begnügt sich insoweit nicht mit dem bloßen Verdikt, das landgerichtliche Urteil sei rechtskonform, sondern nutzt diese Gelegenheit, sein Verständnis des „Einzelrennen"-Tatbestands § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB ausführlich

---

52 Aktuell bekräftigt in BGH, Beschl. v. 17.02.2021 – 4 StR 360/20, Rn. 2; BGH, Beschl. v. 24.11.2020 – 5 StR 348/20, Rn. 2 f.

53 BGH StV 1981, 271; BGH NJW 1986, 2716 (2717); BGH NStZ-RR 1996, 130 (131); BGH NStZ-RR 2018, 272 (273); weitere Nachweise bei MüKoStPO/*Allgayer,* 2016, § 301 StPO Rn. 2.

54 Siehe oben **D.III.2.**

zu entwickeln. Konkret führt er aus, wie seiner Ansicht nach die einzelnen Tatbestandsmerkmale zu definieren sind (Rn. 12–17). Auch macht der 4. Strafsenat deutlich, dass er die Ansicht des AG Villingen-Schwenningen nicht teilt, dass diese Strafnorm am Maßstab des Art. 103 Abs. 2 GG zu unbestimmt und daher verfassungswidrig ist (Rn. 18): Jenes Gericht hat sich nämlich von der Verfassungswidrigkeit dieser Strafnorm überzeugt gezeigt und daher diese Frage dem BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG vorgelegt.[55] Diese sieben Randnummern 12–18 sind aus materiell-strafrechtlicher Sicht die zentralen Passagen dieser Entscheidung und auch für Studierende höchst lesenswert.

Weniger bedeutsam sind hingegen die nachfolgenden drei Randnummern zur Frage, ob das Instanzgericht diese Tat hinreichend nachgewiesen hat (Rn. 19), zur Auslegung der (Erfolgs-)Qualifikationen in § 315d Abs. 2, Abs. 5 (Rn. 20) oder zu weiteren tateinheitlich verwirklichten Delikten (Rn. 21).

5. „Segelanweisung“

Hebt der BGH ein Urteil auf und verweist die Sache zurück, so weist er mitunter auf Aspekte hin, die das nachfolgend zur Entscheidung berufene Gericht berücksichtigen soll, damit die zukünftige (i.d.R. landgerichtliche) Entscheidung rechtskonform ergeht[56] und insbesondere „revisionssicher“ ist. In diesem Fall spricht man von einer „Segelanweisung“, damit das Strafverfahren nunmehr in ruhigem Fahrwasser den sicheren Hafen der Rechtskraft erreichen möge.

6. Sonderfall: Tenorbegründung

Gibt es aus Sicht des BGH nur sehr wenig an seiner Entscheidung zu begründen, weil sich alles Weitere aus dem Verwerfungsantrag des Generalbundesanwalts ergibt, so wählt er den Weg der sogenannten Tenorbegründung: Dann werden dem Tenor unmittelbar wenige Worte zur Begründung hintangestellt, ohne diese mit der Überschrift „Gründe“ oder mit Randnummern zu versehen.[57]

---

55 AG Villingen-Schwenningen DAR 2020, 218 m. Bpr. *Jahn*, JuS 2020, 277.

56 Vgl. *Meyer-Goßner/Appl*, Die Urteile in Strafsachen, 29. Aufl. 2014, Rn. 705. Ein instruktives aktuelles Beispiel findet sich in BGH, Beschl. v. 19.01.2021 – 2 StR 309/20, Rn. 14 f. zu den Voraussetzungen eines Tötungsvorsatzes.

57 Ein instruktives, aktuelles Beispiel findet sich in BGH, Beschl. v. 13.01.2021 – 3 StR 410/20.

IV. Unterschriften, Vorinstanz

Der Beschluss schließt mit den Unterschriften der beteiligten BGH-Richter:innen und – seit 2020 – mit der Angabe der Entscheidung(en) der Vorinstanz(en), auf die sich die aktuelle Entscheidung bezieht, hier also LG Stuttgart, Urt. v. 15.11.2019 – 60 Js 24715/19 4 KLs (unveröffentlicht).

E. Zur rechtswissenschaftlichen Relevanz einer Entscheidung

Während für Angeklagte, ggf. auch für weitere Verfahrensbeteiligte die individuelle subjektive Bedeutung des jeweiligen Einzelfalls im Vordergrund steht, sind für die Rechtswissenschaft vor allem die sogenannten Leitentscheidungen bedeutsam, da diese „die Kommunikation über das Recht strukturieren"[58]. Doch welche Urteile und Beschlüsse werden zu solchen Leitentscheidungen, welche Entscheidungen sind *besonders* praxis- und prüfungsrelevant?

I. Formale Kriterien

Zugleich mit der Veröffentlichung der Entscheidung gibt der *Senat* bereits durch die Angabe der Verbreitungswege,[59] aber auch durch die Hinzufügung eines oder mehrerer amtlicher Leitsätze[60] seine Sicht zu erkennen, ob er dieser besonderes – insbesondere rechtswissenschaftliches – Gewicht beimisst und sie rezipiert wissen will. Dies betraf im Jahr 2020 in Strafsachen insgesamt 45 Entscheidungen (33 Beschlüsse, 12 Urteile), von denen 24 (17 Beschlüsse, 7 Urteile) zur Veröffentlichung in BGHSt vorgesehen wurden.[61] Auch eine Pressemitteilung des BGH oder sonstige Presseberichterstattung kann auf eine besondere Relevanz hindeuten. Ein weiteres – allerdings vergleichsweise selten anzutreffendes – Relevanzkriterium ist, ob ein Senat von der Rechtsauffassung eines anderen Senats abweichen will und daher mit einem *Anfragebeschluss* bei diesem nach § 132 Abs. 3 GVG anfragt, ob dieser an seiner Rechtsauffassung festhält,[62] oder ob er eine Rechtsfrage dem Großen Senat für Strafsachen nach § 132 Abs. 2, Abs. 4 GVG zur Entscheidung vorlegt

---

58 *Yang*, Die Leitentscheidung, 2018, S. 6 ff.

59 Oben **D.II.2.**

60 Oben **D.II.3.**

61 Im Jahr 2020 wurden von den 1362 Entscheidungen 44 für das NSW, 44 für Veröffentlichungen, 24 für BGHSt und 19 explizit für BGHR vorgesehen. Bei 14 für BGHSt vorgesehenen Entscheidungen fehlte jegliche Angabe zu BGHR, was nahelegt, dass diese BGHSt-Entscheidungen implizit auch für BGHR vorgesehen sind.

62 Beispielsweise BGH, Beschl. v. 08.05.2019 – 5 StR 146/19, nachfolgend BGH, Beschl. v. 21.07.2020 – 5 StR 146/19.

(*Vorlagebeschluss)*.[63] In Strafsachen kaum ein taugliches Kriterium ist hingegen die Entscheidungsform: So findet ohnehin nur ein kleiner Teil aller Urteile (2020: ca. 6 %), aber auch ein gewisser Teil aller Beschlüsse (2020: ca. 1,4%) Eingang in BGHSt, quantitativ überwiegen sogar letztere. Auch erscheint zweifelhaft, ob sich aus der Zeichenzahl der Begründung Rückschlüsse auf die Relevanz einer Entscheidung ziehen lassen.

Nicht bereits zum Zeitpunkt der Entscheidung, sondern erst im Verlauf der Zeit lassen sich als Relevanzkriterien die Rezeption in Fach- und Ausbildungszeitschriften, die Anzahl der Anmerkungen und Besprechungen sowie die Anzahl der Zitationen bestimmen. Doch auch eine bislang selten rezipierte Entscheidung kann erst noch aus ihrem Dornröschenschlaf geweckt werden.

II. Materielle Kriterien

In materieller Hinsicht eine „relevante" von einer „irrelevanten" Entscheidung zu differenzieren ist nicht leicht: Zu divers sind die individuellen wissenschaftlichen Forschungsschwerpunkte; zu kreativ sind die Prüfer:innen in der Auswahl derjenigen Sachverhalte, aus denen sie eine Aufgabenstellung zusammenstellen. Vor allem aber erfordert dies von den Leser:innen, die fragliche Entscheidung zumindest zu überfliegen und gedanklich mit der bisherigen Rechtsprechung und Literatur zu kontrastieren. Es stellt eine reizvolle Zukunftsaufgabe für die Rechtsinformatik dar, Algorithmen – etwa unter Einsatz von *Natural Language Processing* (NLP), maschinellem Lernen und sogenannter „Künstlicher Intelligenz" – zu entwickeln, um jedenfalls eine Voreinschätzung über die Relevanz,[64] möglicherweise auch eine Kurzzusammenfassung einer Entscheidung zu liefern.

Für Studierende kann aber etwas anderes *noch* entscheidender sein, nämlich die Frage, welche Entscheidung sie zum Ausgangspunkt nehmen auf eine eigenständige Reise durch das Recht. Tauglicher Ausgangspunkt hierfür kann quasi *jede* veröffentlichte BGH-Entscheidung sein – vielleicht eine, auf die man in einer Lehrveranstaltung hingewiesen wurde, die in einer Ausbildungszeitschrift besprochen wurde oder auf die man beim Blättern in der „Montagspost" gestoßen ist; idealerweise eine Entscheidung, die einen – aus welchen Gründen auch immer – bewegt. Quasi jede solche Entscheidung lässt sich nämlich hinterfragen: *Warum* hat der BGH hier diese konkrete Entscheidung getroffen? Welche materiell-rechtlichen Aspekte und Verfahrensfragen wurden hier *warum*, *wie* und mit *welcher* Begründung entschieden?

63 Zuletzt BGH, Beschl. v. 14.04.2020 – 5 StR 20/19.

64 Trotz aller mit einer solchen Vorklassifikation verbundenen Ankereffekte.

Oder auch übergangen oder sogar übersehen? Dann wird man, ganz im Sinne eines „forschenden Lernens“, ausgehend von dieser Entscheidung iterativ auf weitere Rechtsprechung, Literatur und Rechtsnormen stoßen, um diese Entscheidung zu verstehen, zu hinterfragen, in Bezug zu setzen zu Theorien und Meinungsstreiten, mit Kolleg:innen und Dozent:innen zu diskutieren – und an der ein oder anderen Stelle auch weiterzudenken. Rechtsprechung zu lesen ist stets ein lohnenswertes Unterfangen!

*Hannes Ludyga | Veris-Pascal Heintz**

Schicksalhafte Begegnungen

Original-Examensklausur

Die vorliegende Klausur gliedert sich in drei Teile. Der erste Teil behandelt schwerpunktmäßig das zum 22. Juli 2017 neu in Kraft getretene Hinterbliebenengeld nach § 844 Abs. 3 BGB. Im zweiten Teil muss der (kontroversen) Frage nachgegangen werden, ob ein verlängertes oder erhaltenes Leben einen Schaden darstellt. Hierbei wird eine Kenntnis der einschlägigen Judikatur des BVerfG und des BGH vorausgesetzt. Der dritte Teil prüft Standardprobleme der berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) ab (sonstige Berechtigung gem. § 323c StGB, eigene Arbeitsleistung als Aufwendung i.S.d. §§ 683 Satz 1, 670 BGB, Ersatz von Behandlungskosten als risikotypischer Begleitschaden).

Sachverhalt

Anna (A) ist Ärztin in einer Praxis für Schönheitschirurgie in Saarbrücken und mit dem Rechtsanwalt Michael (M) verheiratet. A und M sind kinderlos. Kurz vor Weihnachten 2019 schlendern beide durch die Fußgängerzone von Saarbrücken. An einer Fußgängerampel warten A und M auf das „Grün-Signal". Neben den beiden steht Georg (G) mit seinem achtjährigen Sohn Siegfried (S). S tritt mit Absicht in eine Regenpfütze, woraufhin M einen leichten Wasserspritzer im Gesicht abbekommt. M bittet S höflich sich zu entschuldigen, was G erzürnt. G weist M darauf hin, eine antiautoritäre Erziehung zu verfolgen. Ohne eine weitere Vorankündigung versetzt G dem M einen absichtlichen Faustschlag ins Gesicht. M sinkt zu Boden und stirbt aufgrund des massiven Faustschlages sofort. Einen Schock, der einer ärztlichen Behandlung bedarf, erleidet A wegen des Todes ihres Ehemannes nicht.

Am 6. Januar 2020 stirbt Vincent (V), der Vater der A. V wurde 1924 geboren. Wegen eines dementiellen Syndroms befand er sich von Januar 2016 bis zu seinem Tod in einem Pflegeheim in St. Ingbert. Im Juli 2019 legte der Arzt Otto (O) dem V wegen seines schlechten Gesundheitszustands eine PEG-Sonde an, durch die V bis zu

---

* Der Autor *Ludyga* ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Immaterialgüterrecht, Deutsche und Europäische Rechtsgeschichte an der Universität des Saarlandes; der Autor *Heintz* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter ebenda. – Der Fall wurde im August 2020 – in leicht abgewandelter Form – vom Landesprüfungsamt für Juristen des Saarlandes als Prüfungsarbeit in der staatlichen Pflichtfachprüfung ausgegeben.

seinem Tod künstlich ernährt wurde. Das Anlegen einer PEG-Sonde entsprach nicht dem von V in einer Patientenverfügung wirksam geäußerten Willen, was O wusste. Nur aufgrund der PEG-Sonde konnte V bis zum 6. Januar 2020 leben. Ohne das Anlegen einer PEG-Sonde wäre er gestorben. A bringt gegenüber O vor, dass der feststellbare Wille ihres Vaters einer Ernährung über eine PEG-Sonde mit der Folge einer „sinnlosen" Verlängerung seines krankheitsbedingten Leidens ohne Aussicht auf Besserung des gesundheitlichen Zustands entgegenstand. Nach der Ansicht der A war O verpflichtet, das Sterben des V ohne das Anlegen einer PEG-Sonde zuzulassen. In einem eigenhändig geschriebenen und unterschriebenen Testament vom 20. Mai 2010 bestimmte V: „Hiermit vermache ich mein gesamtes Vermögen an meine Tochter A".

Trotz dieser Ereignisse setzt A ihre Tätigkeit als Ärztin fort. Am 18. März 2020 fährt sie mit dem Fahrrad zu ihrer Praxis. Auf dem Fahrradweg sieht sie den Fahrradfahrer Friedrich (F) ohne Bewusstsein verletzt am Rand des Weges liegen. A behandelt F sofort, woraufhin dieser ohne weitere Einschränkungen seinen Weg zur Arbeit fortsetzt. Bei der Behandlung des F stürzt A und bricht sich den linken Arm. A entstehen hieraus Heilbehandlungskosten.

Aufgabenstellung

Beantworten Sie die folgenden Fragen in einem Rechtsgutachten:

1. Hat A Ansprüche auf Schadensersatz gegen G?
2. Hat A Ansprüche auf Schadensersatz gegen O?
3. Bestehen Ansprüche der A gegen F für ihre ärztliche Behandlung und wegen des Bruchs ihres linken Arms?

Die Sozialgesetzbücher bleiben bei der Bearbeitung der Klausur außer Betracht.

Lösung

A. Ansprüche der A gegen G auf Schadensersatz (Aufgabe 1)

I. Anspruch gem. § 823 Abs. 1 BGB

A könnte gegen G einen Anspruch auf Schadensersatz gem. § 823 Abs. 1 BGB haben.

1. Haftungsbegründender Tatbestand

G müsste ein von § 823 Abs. 1 BGB geschütztes Rechtsgut verletzt haben. In Betracht kommt eine Gesundheitsverletzung der A. Unter diese fällt jedes Hervorrufen oder Steigern eines von den normalen körperlichen Funktionen nachteilig abweichenden Zustands, wobei unerheblich ist, ob Schmerzzustände auftreten oder bereits eine tiefgreifende Veränderung der Befindlichkeit eingetreten ist.[1] Es ist zwar davon auszugehen, dass A aufgrund des Todes ihres Ehemannes M seelische Schmerzen erlitten hat. Solche psychischen Beeinträchtigungen infolge des Todes naher Angehöriger begründen aber nur eine Gesundheitsverletzung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB, wenn sie pathologisch fassbar sind und über das Normalmaß von Trauer und Niedergeschlagenheit hinausgehen.[2] A erlitt nach dem Tod des M keinen Schock, der einer ärztlichen Behandlung bedurft hätte. Eine pathologisch fassbare Gesundheitsverletzung liegt somit nicht vor.

2. Ergebnis

A hat gegen G keinen Anspruch auf Schadensersatz gem. § 823 Abs. 1 BGB.

II. Anspruch gem. §§ 844 Abs. 3, 823 Abs. 1 BGB

A könnte gegen G einen Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Entschädigung in Geld gem. §§ 844 Abs. 3, 823 Abs. 1 BGB haben.

1. Verhältnis zum „Schockschadensersatz“

Der Anspruch auf Hinterbliebenengeld durchbricht den deliktsrechtlichen Unmittelbarkeitsgrundsatz, demgemäß nur derjenige ersatzberechtigt ist, der in eigenen

1 BGHZ 114, 284 (289 m.w.N.).

2 Grundlegend BGHZ 56, 163 (165 f.); vgl. auch BGH, NJW 2015, 2246 Rn. 9; *Wagner*, NJW 2017, 2641.

Rechten verletzt ist und daraus einen Schaden erlitten hat.[3] § 844 Abs. 3 BGB stellt eine eigene Anspruchsgrundlage dar, die in Konkurrenz zu einem Schadensersatzanspruch nach den Grundsätzen des „Schockschadens" treten kann.[4] Mangels eigener Gesundheitsverletzung der A stellt sich diese Problematik hier jedoch nicht.[5]

2. Unerlaubte Handlung gegenüber M

G müsste gegenüber M einen deliktischen Haftungstatbestand der §§ 823 ff. BGB erfüllt haben.[6]

a) § 823 Abs. 1 BGB

In Betracht kommt eine Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB. G müsste hierfür vorsätzlich oder fahrlässig ein geschütztes Rechtsgut des M widerrechtlich verletzt haben. G hat den M durch den Faustschlag getötet und ihn daher in dem geschützten Rechtsgut Leben verletzt. Der Faustschlag war haftungsbegründend kausal für den Tod des M i.S.d. Äquivalenz- und Adäquanztheorie. Die Lehre vom Schutzzweck der Norm führt zu keiner Haftungsbegrenzung.[7] Die Tötung war rechtswidrig, da mögliche Rechtfertigungsgründe nicht ersichtlich sind. Da G dem M vorsätzlich i.S.d. § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB einen Faustschlag ins Gesicht versetzt hat, handelte er auch schuldhaft. Da durch den Tod des M dessen Rechtsfähigkeit weggefallen ist, konnte er auch keinen Schaden im eigentlichen Sinne erleiden. Das Vorliegen eines Schadens kann deshalb denklogisch keine Voraussetzung für das Hinterbliebenengeld nach § 844 Abs. 3 BGB sein.[8] G hat den Haftungstatbestand des § 823 Abs. 1 BGB erfüllt.

---

3 *Huber*, JuS 2018, 744; *Röthel*, JURA 2018, 253 (253 f.).

4 Eingehend *Becker*, JA 2020, 96 (101 f.).

5 Ein Konkurrenzproblem stellt sich nur, wenn sowohl ein Anspruch auf „Schockschadensersatz" als auch ein Anspruch auf Hinterbliebenengeld besteht. In der gutachterlichen Lösung sollte nach der Prüfung beider Ansprüche festgestellt werden, dass der „Schockschadensersatzanspruch" vorgeht, so auch *Becker*, JA 2020, 96 (102); vgl. zur Anspruchskonkurrenz LG Tübingen, BeckRS 2019, 10953 Rn. 45; BeckOK BGB/*Spindler*, 58. Ed. 01.05.2021, § 844 Rn. 44; *Wagner*, NJW 2017, 2641 (2645).

6 Aufgrund seiner systematischen Stellung ist § 844 Abs. 2 BGB auf vertragliche Ansprüche nicht anwendbar, vgl. *Huber*, JuS 2018, 744 (745). Im Bereich der Gefährdungshaftung bestehen inhaltlich entsprechende Regelungen (z.B. § 10 Abs. 3 StVG, § 5 Abs. 3 HPflG), näher hierzu MüKoBGB/*Wagner*, 8. Aufl. 2020, § 844 Rn. 9.

7 Siehe zu diesem Zurechnungskriterium *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 10. Aufl. 2020, § 16 Rn. 139–143.

8 Vgl. *Röthel*, JURA 2018, 253.

b) § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 212 StGB

Daneben könnte G den Tatbestand des § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 212 StGB erfüllt haben. Hierfür müsste es sich bei § 212 StGB um ein Schutzgesetz handeln. Ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB ist eine Rechtsnorm, die nach Zweck und Inhalt zumindest auch dazu dienen soll, den Einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen die Verletzung eines bestimmten Rechtsgutes zu schützen.[9] Davon ist bei § 212 StGB auszugehen, denn dieser Straftatbestand möchte das menschliche Leben schützen.[10] Durch die Tötung des M hat G vorsätzlich gegen das Schutzgesetz verstoßen. G hat auch den Tatbestand des § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 212 StGB erfüllt.

3. Tötung des M

Der Anspruch aus § 844 Abs. 3 BGB ist auf Todesfälle beschränkt.[11] Da M infolge des Faustschlages verstorben ist, liegt der erforderliche Todesfall vor.

4. Besonderes persönliches Näheverhältnis zwischen M und A

Zwischen M und A müsste ein besonderes persönliches Näheverhältnis bestanden haben. Ein solches wird nach § 844 Abs. 3 Satz 2 BGB vermutet, wenn der Hinterbliebene der Ehegatte, der Lebenspartner, ein Elternteil oder ein Kind des Getöteten war. A und M waren Ehegatten. Anhaltspunkte für eine mögliche Entfremdung der Ehegatten, etwa im Falle des § 1933 BGB,[12] bestehen nicht. M und A standen somit in einem besonderen persönlichen Näheverhältnis zueinander.

5. Seelisches Leid und Höhe der Entschädigung in Geld

Gem. § 844 Abs. 3 Satz 1 BGB hat G an A für das zugefügte seelische Leid eine angemessene Entschädigung in Geld zu leisten. Ein medizinischer Nachweis einer fassbaren Gesundheitsbeeinträchtigung ist nicht notwendig.[13] Im Prozessfall müsste das angerufene Gericht unter Zugrundelegung von „Erwägungen der

---

9 BGHZ 197, 225 (227); Jauernig/*Teichmann*, BGB, 18. Aufl. 2021, § 823 Rn. 44.

10 Schönke/Schröder/*Eser/Sternberg-Lieben*, StGB, 30. Aufl. 2019, Vorb. §§ 211 ff. Rn. 12.

11 So ausdrücklich die Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Einführung eines Anspruchs auf Hinterbliebenengeld, BT-Drs. 18/11615, 1.

12 Jauernig/*Teichmann* (Fn. 9), § 844 Rn. 11.

13 HK-BGB/*Staudinger*, 10. Aufl. 2019, § 844 Rn. 15; BeckOK BGB/*Spindler* (Fn. 5), § 844 Rn. 44.

Angemessenheit“[14] gem. § 287 Abs. 1 ZPO über die Anspruchshöhe entscheiden[15].[16]

6. Ergebnis

A hat gegen G einen Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Entschädigung in Geld gem. §§ 844 Abs. 3, 823 Abs. 1 BGB.

B. Ansprüche der A gegen O auf Schadensersatz (Aufgabe 2)

I. Anspruch gem. § 1922 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 280 Abs. 1, 630a BGB

A könnte gegen O einen Anspruch aus einem ererbten Recht gem. § 1922 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 280 Abs. 1, 630a BGB haben.

1. Erbenstellung der A

Voraussetzung ist, dass A Erbin des V geworden ist. A könnte durch das Testament des V vom 20. Mai 2010 zur Erbin bestimmt worden sein (§ 1937 BGB). Da das Testament von V eigenhändig geschrieben und unterschrieben wurde, ist es formwirksam gem. § 2247 Abs. 1 BGB. V ordnete an, sein gesamtes Vermögen an seine Tochter A „vermachen“ zu wollen. Diese Erklärung ist unter Berücksichtigung des wirklichen Willens des V auszulegen (§ 133 BGB).[17] Es geht allein um die Frage, „was der Erblasser mit seinen Worten sagen wollte“.[18] Obwohl V den Begriff „vermachen“ verwendete, ist hier von einer Erbeinsetzung auszugehen.[19] Denn V hat sein gesamtes Vermögen, nicht nur einzelne Vermögensgegenstände, der A zugewendet. Diese Annahme bestätigt die gesetzliche Auslegungsregel des § 2087 Abs. 1 BGB. Gesetzliche Auslegungsregeln kommen allerdings nur zur Anwendung, „wenn der Wille des Erblassers nicht durch Auslegung ermittelt werden kann.[20] A ist zwar nicht als Erbin bezeichnet, es ist aber von einer Erbeinsetzung der A auszugehen. A ist (Allein-)Erbin des V.

---

14 Begründung zum Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD eines Gesetzes zur Einführung eines Anspruchs auf Hinterbliebenengeld, BT-Drs. 18/11397, 14.

15 Als Referenzrahmen sollen die zum „Schockschadensersatz“ entwickelten Schadenssummen dienen, siehe BT-Drs. 18/11397, 14. Das LG Tübingen, NZV 2019, 626 hat beispielsweise eine Entschädigung in Höhe von 12.000 EUR zugesprochen.

16 BT-Drs. 18/11397, 14; BeckOGK/*Eichelberger*, Stand: 01.03.2021, § 844 Rn. 214.

17 *Musielak/Mayer*, Examenskurs BGB, 4. Aufl. 2019, § 10 Rn. 1044; *Frank/Helms*, Erbrecht, 7. Aufl. 2018, § 7 Rn. 1.

18 BGH, NJW 1993, 256.

19 Zu den diesbezüglichen Abgrenzungsproblemen vgl. *Frank/Helms* (Fn. 17), § 8 Rn. 3 ff.

20 *Brox/Walker,* Erbrecht, 29. Aufl. 2021, § 16 Rn. 10.

2. Übergangsfähiger Anspruch des V gegen O

Weiterhin müsste V im Zeitpunkt seines Todes ein nach § 1922 Abs. 1 BGB übergangsfähiger Anspruch gem. §§ 280 Abs. 1, 630a BGB gegen O zugestanden haben.

a) Vorliegen eines Behandlungsvertrages

Zwischen V und O lag ein Behandlungsvertrag i.S.d. § 630a BGB vor.

b) Pflichtverletzung

O müsste eine sich aus dem Behandlungsvertrag ergebende Pflicht verletzt haben (§ 280 Abs. 1 Satz 1 BGB). Nach § 630d Abs. 1 Satz 1 BGB ist der Behandelnde vor der Durchführung einer medizinischen Maßnahme, insbesondere eines Eingriffs in den Körper oder die Gesundheit, verpflichtet, die Einwilligung des Patienten einzuholen.[21] Aufgrund des dementiellen Syndroms ist allerdings davon auszugehen, dass V nicht einwilligungsfähig war. In einem solchen Fall ist die Einwilligung eines hierzu Berechtigten einzuholen, soweit nicht eine Patientenverfügung nach § 1901a Abs. 1 Satz 1 BGB die Maßnahme gestattet oder untersagt (§ 630d Abs. 1 Satz 2 BGB). V hatte in einer Patientenverfügung festgelegt, dass er das Anlegen einer PEG-Sonde nicht wünscht. Die gegen den in der Patientenverfügung geäußerten Willen des V erfolgte medizinische Maßnahme des O stellt folglich eine Pflichtverletzung aus dem Behandlungsvertrag dar.[22]

c) Vertretenmüssen

O hat die Pflichtverletzung auch zu vertreten, da er mit Wissen und Wollen entgegen dem von V geäußerten Willen in der Patientenverfügung die PEG-Sonde anlegte.

d) Schaden

V müsste einen Schaden erlitten haben. In Betracht kommt ein immaterieller Schaden, da V gegen seinen Willen am Leben erhalten wurde. Ist wegen der Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann gem. § 253 Abs. 2 BGB wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden. Fraglich ist, ob ein verlängertes oder erhaltenes Leben einen Schaden bzw. eine Schadensquelle im Rahmen eines immateriellen Schadens darstellt.[23] Prägnant aus-

---

21 Zu den einzelnen Pflichten des Behandelnden siehe *Makowsky*, JuS 2019, 332 (334 f.).
22 Vgl. *Ludyga*, NZFam 2017, 595.
23 *Ludyga*, NZFam 2017, 595 (596).

gedrückt geht es darum, ob Leben ein Schaden sein kann.[24]

Die deutsche Rechtsordnung sieht keinen „Richter über Leben und Tod" vor,[25] der im Rahmen einer Betrachtung über einen immateriellen Schaden zu beurteilen hat, ob Leben besser als Nicht-Leben ist und ein Weiterleben (beispielsweise eines Wachkomapatienten) nachteilig ist. Der Wert eines menschlichen Lebens kann im Rahmen eines Schmerzensgeldanspruchs ebenso wenig bestimmt werden wie die Verwirklichung dieses Wertes durch ein Weiterleben. Die Aufrechterhaltung des Wertes Leben ist einer Qualifizierung als immaterieller Schaden nicht zugänglich.[26]

Ein Leben – ein sterbender Mensch ist kein Toter – stellt keinen Schaden bzw. eine Schadensquelle dar; eine solche Wertung verbietet sich vor dem Hintergrund der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und dem Grundrecht auf Leben (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG).[27] Die Qualifizierung eines menschlichen Daseins als Schadensquelle erweist sich als mit dem „absolut geschützten Persönlichkeitskern des Menschen" unvereinbar.[28]

Das menschliche Leben ist ein höchstrangiges Rechtsgut und absolut erhaltungswürdig.[29] Das Urteil über seinen Wert steht keinem Dritten zu.[30] Deshalb verbietet es sich, das Leben – sei es auch leidensbehaftet[31] – als Schaden zu qualifizieren.[32] In dem durch lebenserhaltende Maßnahmen ermöglichten Weiterleben des V ist kein ersatzfähiger immaterieller Schaden zu erblicken.

3. Ergebnis

A hat gegen O keinen Anspruch aus einem ererbten Recht gem. § 1922 Abs. 1 i.V.m. §§ 280 Abs. 1, 630a BGB.

---

24 *Ludyga*, NZFam 2017, 595 (596) in Anlehnung an die Thematik „Kind als Schaden", *Wagner*, NJW 2002, 3379.

25 OLG Karlsruhe, NJW 2002, 685 (686); *Ludyga*, FPR 2010, 266 (268); *ders.*, NZFam 2017, 595 (597).

26 Zu dem Gesamten siehe *Ludyga*, NZFam 2017, 595 (597 m.w.N.).

27 BGH, NJW 2019, 1741 Rn. 14 ff.; *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 45. Aufl. 2021, § 29 Rn. 4.

28 Maunz/Dürig/*Di Fabio*, GG, Art. 2 Rn. 222 unter Bezugnahme auf BVerfGE 88, 203 (296) und BVerfGE 96, 409 (412 f.).

29 BGH, NJW 2019, 1741 Rn. 14.

30 BGH, NJW 2019, 1741 Rn. 14.

31 Genau genommen liegt der geltend gemachte Schaden nicht in dem Weiterleben, sondern in dem Weiterleiden, beides kann aber nicht voneinander getrennt werden; vgl. *Bach*, NJW 2019, 1915 (1917).

32 BGH, NJW 2019, 1741 Rn. 14.

II. Anspruch gem. § 1922 Abs. 1 i.V.m. § 823 Abs. 1 BGB

A könnte gegen O einen Anspruch aus einem ererbten Recht gem. § 1922 Abs. 1 i.V.m. § 823 Abs. 1 BGB haben. Ein übergangsfähiger Anspruch des V gegen O gem. § 823 Abs. 1 BGB scheidet jedoch aus, da sein Weiterleben – wie oben dargestellt – keinen ersatzfähigen Schaden darstellt. Der Anspruch besteht folglich nicht.

C. Ansprüche der A gegen F im Zusammenhang mit ihrem ärztlichen Tätigwerden für F (Aufgabe 3)

I. Anspruch gem. §§ 677, 683 Satz 1, 670 BGB

A könnte gegen F einen Anspruch auf Aufwendungsersatz für ihr ärztliches Tätigwerden und auf Ersatz der durch den Armbruch bedingten Heilbehandlungskosten gem. §§ 677, 683 Satz 1, 670 BGB haben.

1. Fremdes Geschäft

A müsste zunächst ein fremdes Geschäft geführt haben. Unter einem Geschäft versteht man jede Tätigkeit rechtlicher oder tatsächlicher Art.[33] Eine ärztliche Tätigkeit ist damit ein Geschäft. Ein Geschäft ist fremd, „wenn es nicht ausschließlich eine Angelegenheit des Geschäftsführers beinhaltet, sondern (zumindest auch) in den Interessenbereich eines anderen fällt".[34] Die Behandlung des F stellt sich hier als objektiv fremdes Geschäft dar, denn A wurde tätig, um dem verletzten F die notwendige ärztliche Behandlung zuzuführen.[35] A hat ein fremdes Geschäft geführt.

2. Fremdgeschäftsführungswille

A müsste den Willen und das Bewusstsein gehabt haben, eine Angelegenheit des F zu besorgen oder wenigstens mitzubesorgen.[36] Bei einem objektiv fremden Geschäft wird dieser Fremdgeschäftsführungswille widerlegbar vermutet.[37] Der Fremdgeschäftsführungswille liegt vor, weil A dem F ausschließlich helfen wollte.

---

33 BeckOK BGB/*Gehrlein*, 58. Ed. 01.05.2021, § 677 Rn. 10; *Wandt* (Fn. 7), § 4 Rn. 1.
34 *Wandt* (Fn. 7), § 4 Rn. 5.
35 So auch schon BGHZ 33, 251 (254).
36 BGHZ 65, 354 (357); Jauernig/*Mansel*, BGB, 18. Aufl. 2021, § 677 Rn. 4.
37 BGHZ 98, 235 (240); 143, 9 (14).

3. Ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung

A als Geschäftsführerin müsste ohne Auftrag des Geschäftsherrn F oder ohne sonstige Berechtigung gegenüber F gehandelt haben. A handelte ohne Berechtigung von F, da er bewusstlos war und folglich keinen Behandlungsvertrag i.S.d. § 630a BGB abschließen konnte. Ein Vertrag zwischen A und F ist nicht gegeben. In Betracht kommt aber eine sonstige Berechtigung der A gem. § 323c StGB. A hätte sich wegen unterlassener Hilfeleistung gem. § 323c StGB strafbar gemacht, wenn sie F nicht geholfen hätte. Die allgemeine Hilfeleistungspflicht nach § 323c StGB schließt die GoA nicht aus, da die Norm „nur die strafrechtlichen Folgen einer unterlassenen Hilfeleistung regelt, ohne damit eine die GoA ausschließende Berechtigung zu geben".[38] Die mögliche Strafbarkeit löst also kein Auftrags- oder sonstiges Berechtigungsverhältnis aus.[39]

4. Berechtigung

Die Übernahme der Geschäftsführung durch A muss dem objektiven Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn F entsprochen haben.

a) Interesse des Geschäftsherrn

Im „Interesse" des Geschäftsherrn steht die Geschäftsführung, wenn sie ihm unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv nützlich ist.[40] Das ärztliche Tätigwerden der A entsprach dem Interesse des F, da die notfallmäßige Behandlung für ihn nützlich und von Vorteil war.

b) Wirklicher oder mutmaßlicher Wille des Geschäftsherrn

Ein ausdrücklicher Wille des F hinsichtlich der Geschäftsführung durch A lag angesichts von dessen Bewusstlosigkeit nicht vor. Zu ermitteln ist der mutmaßliche Wille des F. Es ist zu fragen, ob der Geschäftsherr bei objektiver Beurteilung aller Umstände der Geschäftsführung zugestimmt hätte.[41] Der mutmaßliche Wille ist hierbei in der Regel aus seinem objektiven Interesse zu schließen.[42] Insoweit ist davon auszugehen, dass es dem mutmaßlichen Willen des F entsprach, von A

---

38 *Wandt* (Fn. 7), § 4 Rn. 45; siehe auch Jauernig/*Mansel* (Fn. 36), § 677 Rn. 7.

39 *Brox/Walker*, Besonderes Schuldrecht, 45. Aufl. 2021, § 36 Rn. 20.

40 BGH, NJW-RR 2008, 683 (685); *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II BT, 18. Aufl. 2018, § 60 Rn. 21.

41 *Brox/Walker* (Fn. 39), § 36 Rn. 27.

42 *Wandt* (Fn. 7), § 5 Rn. 14; *Brox/Walker* (Fn. 39), § 36 Rn. 27.

behandelt zu werden.[43]

5. Rechtsfolge: Aufwendungsersatz

a) Aufwendungsersatz für die ärztliche Tätigkeit

Nach §§ 683 Satz 1, 670 BGB kann A ihre Aufwendungen wie eine Beauftragte ersetzt verlangen. Problematisch ist, ob A für ihre ärztliche Tätigkeit zu vergüten ist. Dies würde der Unentgeltlichkeit des Auftrags (§ 662 BGB) widersprechen.[44] Zu berücksichtigen ist indes, dass mit der Übernahme der GoA kein Entgeltverzicht des Geschäftsführers verbunden ist, wie dies bei dem Auftrag der Fall ist.[45] Sofern die Tätigkeit – wie hier – zum Gewerbe oder zum Beruf des Geschäftsführers gehört, kann dieser für die Geschäftsführung die tarifmäßige oder sonst übliche Vergütung verlangen.[46] Dieses Ergebnis kann auch unter Rückgriff auf den Rechtsgedanken des § 1835 Abs. 3 BGB begründet werden.[47] A steht insoweit eine übliche Vergütung für ihre ärztliche Tätigkeit zu.

b) Ersatz der Behandlungskosten wegen des gebrochenen Arms

Zu prüfen ist, ob A die Behandlungskosten wegen des gebrochenen Arms ersetzt verlangen kann. Vermögensschäden – wie Behandlungskosten – stellen grundsätzlich keine Aufwendungen dar, da sie unfreiwillige Vermögensopfer sind. Es entspricht jedoch der allgemeinen Ansicht, dass risikotypische Begleitschäden im Rahmen der GoA ersatzfähig sind.[48] Bei dem Bruch des Arms handelte es sich um einen risikotypischen Begleitschaden, da sich ein mit der Geschäftsführung verbundenes Risiko verwirklichte. A kann auch die Behandlungskosten ersetzt verlangen.

6. Ergebnis

A hat gegen F einen Anspruch auf Aufwendungsersatz für ihr ärztliches Tätigwerden und auf Ersatz der durch den Armbruch bedingten Heilbehandlungskosten gem. §§ 677, 683 Satz 1, 670 BGB.

---

43 So auch *Dornis*, ZJS 2013, 216 (221).
44 *Medicus/Lorenz* (Fn. 40), § 60 Rn. 37; *Homeier*, JuS 2015, 230 (233).
45 *Wandt* (Fn. 7), § 5 Rn. 42; *Brox/Walker* (Fn. 39), § 36 Rn. 54.
46 BGH, NJW-RR 2005, 639 (641).
47 MüKoBGB/*Schäfer*, 8. Aufl. 2020, § 683 Rn. 37; *Medicus/Lorenz* (Fn. 40), § 60 Rn. 37.
48 Staudinger/*Bergmann*, BGB, 2020, § 683 Rn. 62; MüKoBGB/*Schäfer* (Fn. 47), § 683 Rn. 38; *Brox/Walker* (Fn. 39), § 36 Rn. 56.

II. Anspruch gem. § 823 Abs. 1 BGB

A könnte gegen F einen Anspruch auf Schadensersatz gem. § 823 Abs. 1 BGB haben.

1. Verhältnis zur GoA

Eine Prüfung eines deliktischen Anspruchs würde von vornherein ausscheiden, wenn die berechtigte GoA gegenüber dem Deliktsrecht eine Sperrwirkung entfaltet. Das ist allerdings nur zugunsten des Geschäftsführers der Fall (berechtigte GoA als Rechtfertigungsgrund), der Geschäftsherr wiederum kann aus Delikt haften.[49]

2. Tatbestand

Eine deliktische Haftung des F scheitert jedoch daran, dass er zum Zeitpunkt des Tätigwerdens der A bewusstlos war (siehe § 827 Satz 1 BGB).

3. Ergebnis

A hat gegen F keinen Anspruch auf Schadensersatz gem. § 823 Abs. 1 BGB.

[49] MüKoBGB/*Schäfer* (Fn. 47), § 677 Rn. 103.

Rezension

Christian Heinrich, Examensrepetitorium Zivilrecht, 3. Auflage

Christian Heinrich, Examensrepetitorium Zivilrecht, 3. Auflage, München 2020 (Verlag C.H. Beck), 591 Seiten, ISBN 978-3-406-74034-3

In der juristischen Ausbildung wird den Studierenden von Anfang an das Lösen von Fällen in Form eines Gutachtens ans Herz gelegt. Gerade bei (Übungs-)Klausuren auf Examensniveau fällt es dennoch vielen schwer, die hierin angelegten rechtlichen Probleme strukturiert und mit treffender Argumentation zu lösen. Auch wenn das erforderliche Fachwissen durchaus vorhanden sein mag, kann aus einer schlechten Klausurtechnik und -taktik ein unterdurchschnittliches Klausurergebnis resultieren. In der Examensvorbereitung sollte dieser Aspekt nicht vernachlässigt werden. Für den Bereich des Zivilrechts erweist sich die vorliegende Publikation deshalb als äußerst hilfreich.

Formal glänzt das Werk von *Christian Heinrich*, welches eine Kombination aus Lehr- und Fallbuch darstellt, bereits durch seine gelungene Gliederung. Nachdem der Autor zu Beginn die wichtigsten Grundlagen der Klausurtechnik aufzeigt, geht er sodann in die Bearbeitung von originalgetreuen Examensklausuren über. Dabei schafft er es, in insgesamt 22 Fällen unzählige Problemstellungen des gesamten Zivilrechts in Klausurform aufzubereiten. Zur Vertiefung ausgewählter Themenkreise stellt *Heinrich* „Exkurse“ an, die innerhalb der einzelnen Lösungshinweise an den jeweils relevanten Stellen in einem „Kästchen“ dargestellt werden. Durch kleine „Merkkästchen“, die sich am Rande der Lösungshinweise befinden und in denen überwiegend Prüfungsschemata und Definitionen aufgeführt sind, wird eine

schnelle Wiederholung des Examensrelevanten ermöglicht. Bemerkenswert ist zudem die ansprechende Darstellung von Streitständen in Schaubildern. So können bestimmte Streitstände – auch unabhängig von einer Bearbeitung des gesamten Falles – schnell wieder aufgefunden und wiederholt werden.

Selbstverständlich enthält das vorliegende Buch nicht jede potenziell prüfungsrelevante Problematik im Zivilrecht. Dies soll die Publikation auch gar nicht leisten. Sie soll – worauf der Autor in seinem Vorwort hinweist – viel eher eine Lücke innerhalb der juristischen Ausbildungsliteratur schließen. Es fehlt nämlich an Werken, mithilfe derer eine effektive und prüfungsbezogene, gleichsam aber zeitsparende Wiederholung des examenstypischen Stoffs möglich ist. Dieser Zielsetzung wird das „Examensrepetitorium Zivilrecht" von *Christian Heinrich* mehr als gerecht.

Die Arbeit mit dem „Examensrepetitorium Zivilrecht" ist allen Studierenden in der Examensvorbereitung zu empfehlen, um sich nicht nur die Strukturen einer Examensklausur vor Augen zu führen, sondern auch um das zivilrechtliche Grundlagenwissen zu wiederholen. Gerade in den letzten Wochen vor der Staatsprüfung kann das Buch zu einem wichtigen Begleiter werden.

RA Veris-Pascal Heintz, LL.M.

Julia Rombach

Berufswunsch Steuerberater*in?

Als junge Frau in einem immer noch männlich geprägten Berufsbild möchte ich angehenden Absolvent*innen einen Einblick in die Tätigkeit in der Steuerberatung geben und über die Vorbereitung auf das Steuerberaterexamen informieren.

Weitere Infos unter: www.stb-rombach.de.

Aufgabenbereich und Arbeitszeiten

Steuerberater*innen bieten entgegen mancher Klischees ein sehr weit gefächertes Portfolio an und betreuen dabei sowohl Privatpersonen als auch Unternehmen unterschiedlichster Branchen. Privatpersonen unterstützt und berät man beispielsweise bei der Erstellung von Einkommensteuer- oder auch Schenkung- und Erbschaftsteuererklärungen. Unternehmen werden individuell und vorausschauend in steuerlichen und betriebswirtschaftlichen Fragestellungen beraten. Das Aufgabengebiet ist sehr vielseitig und umfasst neben der laufenden Finanz- und Lohnbuchhaltung auch die Jahresabschlusserstellung nach Handels- und Steuerrecht inklusive betrieblicher Steuererklärungen, die Prüfung von Steuerbescheiden bis hin zu Rechtsbehelfs- und Einspruchsverfahren und die Betreuung von Betriebsprüfungen. Auch Unternehmensberatung, steuerliche Gestaltungsberatung oder Unterstützung bei der Digitalisierung von Geschäftsprozessen der Unternehmen gehört zur Expertise. Dabei kann es sich um bestehende Unternehmen oder auch um Start-Ups

handeln, die beispielsweise Hilfe bei der Rechtsformwahl oder bei der Erstellung des Businessplans benötigen.

Je nachdem, ob man als selbstständige*r Kanzleiinhaber*in, als angestellte*r Steuerberater*in in einer Kanzlei oder sogar in der freien Wirtschaft tätig werden will, gestalten sich die Arbeitszeiten sehr unterschiedlich.

Anforderungsprofil und Voraussetzungen für die Berufszulassung

Aber wie wird man eigentlich Steuerberater*in? Viele Wege führen ans Ziel, aber im Grunde gibt es zwei verschiedene Zweige, über die man die Berufszulassung erlangen kann: Der akademische Zugang (Universitätsstudium, Studium an einer Fachhochschule oder Duales Studium zum Finanzwirt über das Finanzamt) sowie der praktische Zugang (kaufmännische Berufsausbildung).

Um zum bundeseinheitlichen staatlichen Steuerberaterexamen zugelassen zu werden, benötigt man neben der theoretischen Ausbildung auch eine gewisse nachgewiesene Praxiserfahrung auf dem Gebiet der von den Bundes- und Landesfinanzbehörden verwalteten Steuern. Der Umfang der benötigten praktischen Tätigkeit hängt für Absolvent*innen eines wirtschafts- oder rechtswissenschaftlichen Studiums von der Regelstudienzeit ab.

Beträgt die Regelstudienzeit bis zu acht Semester (hierbei handelt es sich in der Regel um ein Bachelorstudium), so muss man eine dreijährige praktische Tätigkeit nach Abschluss des Studiums nachweisen können. Dabei darf eine wöchentliche Arbeitszeit von 16 Stunden nicht unterschritten werden.

Beträgt die Regelstudienzeit mehr als acht Semester, was in der Regel bei einem an einen Bachelorstudiengang anschließenden Masterstudiengang zutrifft, beträgt die geforderte praktische Tätigkeit zwei Jahre. Auch hier darf eine wöchentliche Arbeitszeit von 16 Stunden nicht unterschritten werden. Die berufspraktischen Jahre werden in diesem Fall jedoch schon ab Abschluss des Erststudiums angerechnet, also üblicherweise nach Erlangen des Bachelorabschlusses. Dementsprechend erlangt man unter Umständen schon mit Abschluss des Masterstudiums die Prüfungszulassung, wenn man während des Masterstudiums bereits relevante Berufserfahrung sammeln konnte. Allerdings reicht das Vorliegen der formalen Zulassungskriterien wohl kaum aus, um die Steuerberaterprüfung zu bestehen. Viel eher ist eine ausgiebige und umfassende Vorbereitung essenziell, um bei einer Bestehens-Quote in der Vergangenheit von ca. 41–57 % als Steuerberater*in aus der Prüfung hervorzugehen.

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass auf dem nichtakademischen Weg, also beispielsweise nach Abschluss einer kaufmännischen Ausbildung (z.B. als Steuerfachangestellte*r) eine anschließende praktische Tätigkeit von acht Jahren gefordert wird, um zum Steuerberaterexamen zugelassen zu werden. Nach erfolgreich abgelegter Prüfung zum Steuerfachwirt oder zum geprüften Bilanzbuchhalter reduziert sich die Dauer auf sechs Jahre.

Wie sieht die Vorbereitung auf das Steuerberaterexamen aus?

Je nach Lerntyp kommen verschiedene Kurse oder natürlich auch ein Selbststudium in Betracht. Es gibt viele verschiedene Anbieter, die berufsbegleitende Lehrgangskonzepte anbieten – entweder als Fern- oder Präsenzkurs, beispielsweise über 12 oder 24 Monate.

Wie läuft die Steuerberaterprüfung ab?

Der schriftliche Teil umfasst drei sechsstündige Klausuren:

1. Verfahrensrecht und andere Rechtsgebiete (Umsatzsteuer und Erbschaft-/ Schenkungsteuer)
2. Ertragsteuern
3. Buchführung und Bilanzwesen

Die mündliche Prüfung besteht aus einem Kurzvortrag und daran anschließend sechs Fragerunden durch den Prüfungsausschuss. Dort werden sowohl bereits aus der schriftlichen Prüfung bekannte Themen, aber auch weitere Rechtsgebiete wie z.B. das bürgerliche Recht, das Insolvenzrecht, Europarecht oder die Volkswirtschaftslehre sowie praxisrelevantere Themenkomplexe wie das Berufsrecht abgefragt.

Mein persönlicher Werdegang und der Schritt in die Selbstständigkeit

Bereits während meines Bachelor- und Masterstudiums habe ich als Werkstudentin in einer Steuerberatungskanzlei gearbeitet, in der ich zuletzt als angestellte Steuerberaterin tätig war.

Von 2012 bis 2015 habe ich „Wirtschaft und Recht“ an der Universität des Saarlandes studiert, was mir im Hinblick auf die Klausurtaktik im Steuerberaterexamen

einen guten Grundstein gelegt hat. Um einen tieferen Einblick in die Welt der Steuern zu gewinnen, entschied ich mich im Anschluss für den Master in „Betriebswirtschaftslehre“ mit Schwerpunkt Besteuerung. In dieser Zeit erhielt ich einen guten Überblick über das Steuerrecht und konnte durch meine Werkstudententätigkeit die Theorie in die Praxis umsetzen.

Natürlich hat das Studium eher an der Oberfläche gekratzt und rückblickend betrachtet unterschieden sich die Klausuren an der Universität um Längen von den Klausuren im Examen. Dementsprechend würde ich persönlich von einem reinen Selbststudium abraten und das vielfältige Kursangebot zur Vorbereitung auf die Steuerberaterprüfung nutzen.

Im Herbst 2017 hielt ich die Master-Urkunde in der Hand und begann so langsam, mir einen Plan für die Vorbereitung auf das Steuerberaterexamen zurechtzulegen. Dementsprechend hatte ich rund 10 Monate Zeit für die Vorbereitung auf die schriftlichen Klausuren im Oktober 2018.

Mit wöchentlichen Lehrbriefen inklusive schriftlich einzusendender Fälle ging die Wissensvermittlung durch einen Fernkurs los, zumindest nach der Arbeit und am Wochenende. Es war zwar manchmal schwierig neben dem Arbeitsalltag die Zeit und Motivation zum Lernen zu finden, allerdings hätte ich mir einen berufsbegleitenden Samstagspräsenzkurs über ein oder sogar zwei Jahre für mich selbst nicht vorstellen können.

Nach einigen Monaten kamen schon erste kurze und dann auch einige sechsstündige Klausuren hinzu. Daran anschließend absolvierte ich einen Fernklausurenkurs, der 27 sechsstündige Klausuren auf hohem Niveau bereithielt. Frustration und „schlechte“ Noten sind allen Jura- oder WuR-Studenten unter den Leser*innen sicherlich bekannt. Im Steuerberaterexamen läuft es ähnlich ab – Außenstehende schauen im ersten Moment schon komisch, wenn man sich über eine 4.5 freut…

In der „heißen Phase“ im August und September kurz vor dem Examen standen 12 Präsenzklausuren und ein dreiwöchiges Fallrepetitorium an, um sowohl etwas „Examens-Feeling“ zu spüren als auch nochmal geballtes Wissen in kurzer Zeit vermittelt zu bekommen.

Für mich war die Kombination von Kursen unterschiedlicher Anbieter in Fern- und Präsenzform optimal – zumindest hat sie mich im ersten Versuch bestehen lassen. Bis Januar hieß es dann „Abwarten und Tee trinken“. Man war sich nicht sicher, ob man schon mit dem Lernen für die mündliche Prüfung beginnen oder lieber das (eventuell ernüchternde) Ergebnis abwarten soll.

Im März 2019 ging zum Glück auch der mündliche Teil des Examens positiv für mich aus, sodass ich im April 2019 zur Steuerberaterin bestellt wurde.

Nach einigen Monaten im Anstellungsverhältnis kam der Wunsch nach Veränderung in mir auf, sodass ich im August 2020 den Sprung in die Selbstständigkeit gewagt habe, den ich bis heute keine Sekunde bereue. Natürlich erfordert ein solcher Schritt viel Mut, Energie und Disziplin, aber mit der richtigen Einstellung, einem guten Netzwerk und Rückhalt von Familie und Freunden schafft man alles!

Tipps an Studierende

Ich kann das Berufsbild des/der Steuerberater*in uneingeschränkt weiterempfehlen – der Beruf ist durch die sich stetig ändernde Gesetzgebung, Rechtsprechung und Entwicklung in der Verwaltungspraxis sehr abwechslungsreich und überaus krisensicher, da eine kompetente und individuelle Steuerberatung auch in Zeiten fortschreitender Digitalisierung immer gefragt sein wird. Man hat mit unterschiedlichsten Menschen aus verschiedensten Branchen zu tun, sodass der Arbeitsalltag immer spannend bleibt.

Natürlich kann der Weg bis zum Erlangen des Steuerberater-Titels hart sein, aber mit Fleiß, ganz viel Klausuren-Training und einer Prise Glück steht der Karriere in der Steuerberatung nichts im Wege!