Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg

Redaktion

Louisa Hansen, Till Wansleben, *Chefredakteure*
Laura Vásárhelyi-Nagy, Cornelius Alders, *Stellv. Chefredakteure*

Kathrin Bausch
Jan Biermann
Johanna Briese
Christina von Busch
Tobias Ehmann
Frederic Erdt
Nike Hengstenberg
David Huthmacher
Katharina Priebsch
Lisa Rieder
Katrin Anna Rücker
Marie-Sophie Söbbeke
Christian Vandersmissen
Tobias Verkamp

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Christian Baldus
Dr. Jürgen Bast, Dipl.-Soz.
Prof. Dr. Winfried Brugger, LL.M.
Prof. Dr. Gerhard Dannecker
Prof. Dr. Dieter Dölling
Prof. Dr. Christian Hattenhauer
Prof. Dr. Burkhard Hess
Dr. Friedemann Kainer
Prof. Dr. Stephan Kirste
Prof. Dr. Hanno Kube, LL.M.
PD Dr. Christian Laue
Dr. Steven Less, J.D.
Prof. Dr. Thomas Lobinger
Prof. Dr. Ute Mager
Daniela Mattheus
PD Dr. Boris P. Paal, M.Jur. (Oxon.)
Dr. Ulrich Palm
PD Dr. Dagmar Richter
Prof. Dr. Christoph Teichmann
Prof. Dr. Christian Walter
Dr. Nika Witteborg

Ehemalige Chefredakteure: Nicolas Nohlen, Thomas Straub, Caspar Behme, Anna-Katharina Hübler

Inhaltsverzeichnis

Aufsätze

Notar Prof. Dr. Hans-Jürgen Hellwig
Anwaltsethos – Lehre aus der Finanzkrise
Wie können Anwälte der ethischen Verantwortung ihres Berufs gerecht werden 3

Andreas Götz
Die verfassungskonforme Auslegung – zugleich ein Beitrag zu ihrer Stellung
im System der juristischen Methodenlehre 21

Jonas Steinle, LL.M.
The preclusion of minority shareholders – a legal comparison of the
protection of minority shareholders under the laws of Germany,
the United Kingdom and the United States 45

Methodik

Lisa Schmidtke/Alexandra Tsesis
Moot-Court-Fall im Öffentlichen Recht 67

Tekla Hildebrand/Prof. Dr. Christian Koenig, LLM
Übungsfall Öffentliches Recht: „Subventionierung im Zuge der Finanzkrise" 99

Hanjo Hamann
Juristische Eselsbrücken 125

Rechtsprechungsanalyse

Jan Henning Martens
Absolute Geltung des Aufrechungsverbotes nach § 393 BGB 147

Dr. Benjamin Rusteberg
Die Schranken der Meinungsfreiheit gegen rechts
Besprechung der Entscheidung des BVerfG vom 4. November 2009
– 1 BvR 2150/08 – 159

1629614
3

Caspar Behme/Laura Vásárhelyi-Nagy
Ersatzansprüche des Mieters bei unwirksamer Endrenovierungsklausel –
Anmerkung zu BGH, Urteil vom 27.05.2009, BGHZ 181, 188–199 171

Rezensionen

Isabella Stankowski
Buchrezension zu *Bühring-Uhle/Eidenmüller/Nelle*, Verhandlungsmanagement 185

Cornelius Alders
Buchrezension zu *Dieter Birk*, Steuerrecht 189

Editorial

Liebe Leserinnen und Leser,

mit dieser ersten Ausgabe der StudZR im Jahr 2010 möchte ich mich ganz herzlich von allen Redaktionsmitgliedern, dem wissenschaftlichen Beirat und allen anderen Mitwirkenden, die dieses Projekt unterstützen und ermöglichen, verabschieden und mich bei Ihnen und Euch für die schöne Zeit bedanken.

Seit 2006 habe ich in der Redaktion mitgearbeitet sowie anfangs den Internetauftritt betreut. Dabei hatte ich die Möglichkeit, viele tolle und interessante Beiträge zu lesen und mit ganz unterschiedlichen Menschen in Kontakt zu treten. Auf jeden Fall ist die redaktionelle Mitarbeit eine Bereicherung und fördert die Kommunikation mit Professoren und Dozenten, mit publikationsinteressierten Studenten aus ganz Europa und natürlich mit dem Redaktionsteam selbst. Da die Mitarbeit in der Redaktion zeitlich auf die Studienzeit begrenzt ist, finden immer wieder Wechsel statt. Dadurch lernt man automatisch junge, neue Studenten, die sich für die Mitarbeit bei der StudZR entschieden haben, kennen. Semesterübergreifend zusammenzuarbeiten ist schließlich während des Jurastudiums eher selten, so dass die StudZR dafür eine sehr gute Plattform bietet.

Auch in dieser Ausgabe der StudZR bildet die Weltwirtschafts- und Finanzkrise einen der Themenschwerpunkte. So ist sie für *Prof. Dr. Hans-Jürgen Hellwig* auf dem 60. Deutschen Anwaltstag Anlass gewesen, über den Berufsethos von Anwälten zu sprechen. Seinen Vortrag durften wir in diesem Heft abdrucken. Zudem stellen sich *Tekla Hildebrand* und *Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M.* in einem Übungsfall aus dem öffentlichen Recht die Frage nach Subventionierungen im Zuge der Finanzkrise. Darüber hinaus zeigt *Andreas Götz*, die Struktur der verfassungskonformen Auslegung auf. *Jonas Steinle, LL.M.* untersucht die unterschiedlichen Regelungen zum Ausschluss von Minderheitsaktionären nach dem Recht von Deutschland, Großbritannien und den Vereinigten Staaten von Amerika.

Diese Ausgabe enthält außerdem den letzten Moot-Court-Fall aus dem öffentlichen Recht von *Lisa Schmidtke* und *Alexandra Tsesis* und juristische Eselsbrücken von *Hanjo Hamann*. Mit den Rechtsprechungsanalysen zum Bundesverfassungsgerichtsurteil – Die Schranken der Meinungsfreiheit gegen rechts – von *Dr. Benjamin Rusteberg* und zu den BGH-Urteilen – Die absolute Geltung des Aufrechungsverbotes nach § 393 BGB – von *Jan Henning Martens* und – Ersatzansprüche des Mieters bei unwirksamer Endrenovierungsklausel – von *Caspar Behme* und *Laura Vásárhelyi-Nagy* werden die juristischen Beiträge abgerundet. Schließlich werden die Bücher „Verhandlungsmanagement" von *Christian Bühring-Uhle, Horst Eidenmüller, Andreas Nelle* sowie „Steuerrecht" von *Prof. Dr. Dieter Birk* rezensiert.

Auch wenn ich mich von der redaktionellen Arbeit verabschiede, werde ich dem Projekt StudZR weiterhin verbunden bleiben. Denn ein zweites wichtiges Standbein neben der Redaktion stellt der gemeinnützige StudZR e. V. dar, der die Zeitschrift

herausgibt. Somit sage ich „auf Wiedersehen" dem gesamten Redaktionsteam. Ich freue mich, die meisten von Euch auf der nächsten Mitgliederversammlung dieses Jahr wieder zu sehen.

Eine anregende Lektüre wünscht Ihnen

Louisa Hansen
(Chefredakteurin)

Geleitwort

Corporate Governance und Compliance sind in aller Munde. Während Compliance die Einhaltung von Normen und Regeln durch Gesellschaften im Verhältnis zur Außenwelt bedeutet, richtet sich der Blick bei der Corporate Governance auf die eigenen Strukturen, das Verhältnis der Rechte und Pflichten der Organe einer Gesellschaft untereinander, zu der Gesellschaft und zu den Gesellschaftern und legt die Werte und Grundsätze für gute und verantwortungsvolle Unternehmensführung fest. Corporate Governance ist in der aktuellen Diskussion untrennbar mit der allgemeinen Forderung nach Nachhaltigkeit und einem Handeln auch im Interesse des Allgemeinwohls verbunden.

Deutschland verpflichtet die Organvertreter dem Unternehmenswohl, d. h. die Interessen nicht nur – anders als nach anglo-amerikanischem Konzept – der Aktionäre, sondern auch der Mitarbeiter, Kunden, Lieferanten und Gläubiger des Unternehmens sind zu berücksichtigen.

Diese sich dem Unternehmenswohl verpflichtende Definition hat uns in Deutschland leider nicht davor bewahrt, Fehler zu begehen und Unternehmen zu risikoreich zu führen. Vielleicht hat uns dieser Ansatz aber geholfen, den Gedanken des Handelns im Unternehmensinteresse, die Nachhaltigkeit und die Berücksichtigung auch des Allgemeinwohls schneller in die aktuelle Wertediskussion einzubringen und sich dem erforderlichen Wandel in Folge der Finanzmarktkrise schneller zu stellen. Dabei darf allerdings nicht aus den Augen verloren werden, dass finanzieller Erfolg nicht nur den Aktionären zu Gute kommt, sondern auch anderen dem Unternehmen eng verbundenen Kreisen und von daher selbstverständlich unverzichtbar ist.

Wegen der Krise im Finanzsektor mögen die Sonderregelungen, insbesondere auch zur Corporate Governance, für diesen Sektor erforderlich sein, auch in ihren intensiven Folgewirkungen. In jedem Fall spielt auch Compliance eine deutlich gewachsene Rolle. Unabhängig davon müssen wir uns der Gefahr bewusst sein, dass diese regulativen Eingriffe ausstrahlen auf Unternehmen, die nicht für diese Krise verantwortlich gemacht werden können, und auch auf unser Verständnis von guter Unternehmensführung. Jede aus einer Krise geborene Maßnahme muss mit Vorsicht betrachtet werden, darf nicht unbesehen auf andere Bereiche erstreckt werden.

Wir dürfen durch einschränkende Maßnahmen nicht unsere unternehmerische Freiheit und unser Potenzial, die besten Kräfte an uns zu binden, einschränken. Die Herausforderung der nächsten Zeit wird sein, trotz Finanzkrise und Rezession ein neues Fundament guter Unternehmensführung zu verankern und wirklich zu leben, bisher für richtig Gehaltenes nicht unbesehen zu verwerfen und sich doch einer neuen Wertediskussion zu öffnen.

Diesen Herausforderungen muss sich insbesondere auch die junge Generation stellen. Es ist gut, dass es in der Studentenschaft die Möglichkeit gibt, sich mit diesen anspruchsvollen Themen auseinanderzusetzen. Mut, Spaß und Erfolg wünsche ich beim Umgang

mit dem Thema Corporate Governance und uns allen Nutzen daraus, die junge Generation für dieses Thema begeistern zu können.

Frankfurt/Main, im März 2010
Daniela Weber-Rey

Daniela Weber-Rey ist Partnerin bei Clifford Chance, Mitglied in der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex sowie Mitglied von Expertengruppen zum Thema Corporate Governance bei der EU-Kommission.

Aufsätze

Prof. Dr. Hans-Jürgen Hellwig*

Anwaltsethos – Lehren aus der Finanzkrise

Abstract

Was zeichnet das Berufsethos von Anwälten aus? Wie spielen die rechtlichen Bindungen des anwaltlichen Berufsrechts und die Anforderungen aus dem Berufsethos zusammen? Bislang wurde die Diskussion über die so genannte Anwaltsethik vor allem über die Frage geführt, ob die Anwaltschaft ethische Richtlinien brauche. Der nachfolgende Beitrag geht einen Schritt darüber hinaus, indem er ein Berufsethos für Anwälte entwickelt und ganz konkret beschreibt, was geht und was nicht geht. Er basiert auf einem Vortrag, den der Verfasser am 22. Mai 2009 vor der Arbeitsgemeinschaft Anwaltsmanagement auf dem 60. Deutschen Anwaltstag gehalten hat.

* Der Autor ist Rechtsanwalt und Notar in Frankfurt am Main. Er lehrt als Honorarprofessor europäisches Gesellschaftsrecht an der Universität Heidelberg, war 2004 Präsident des Rates der Europäischen Anwaltschaften (CCBE) und ist langjähriges Mitglied von Präsidium sowie Vorstand, und des Berufsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins (DAV).

I. Ursachen und Auswirkungen der Finanzkrise

Seit über zehn Jahren befasse ich mich in Aufsätzen und Vorträgen mit der zunehmenden Kommerzialisierung des Anwaltsberufs und den sich daraus ergebenden berufsrechtlichen und ethischen Problemen. Die International Bar Association diskutierte damals die Entwicklung der Anwaltschaft insbesondere in den USA und in England unter der Überschrift „*Commercialism versus Ethics*".[1] Für Deutschland habe ich gefragt, ob der Rechtsanwalt Organ der Rechtspflege oder Kaufmann ist und wo die Anwaltschaft zwischen Rechtspflege und kommerziellem Wettbewerb steht.[2] Die Öffentlichkeit haben diese berufsinternen Diskussionen nicht erreicht. Heute ist das grundsätzlich anders. Mit Blick auf die Akteure der derzeitigen Finanzkrise, die sich zu einer allgemeinen Wirtschaftskrise ausgeweitet hat, sprechen die Medien allerorten von dem Gegensatz zwischen Gier und Gemeinwohl oder zwischen Markt und Moral. Alle Beobachter sind sich einig, dass neben anderen Gründen, insbesondere Versäumnissen und Fehlern bei Regulierung und Aufsicht, exzessives Gewinnstreben von Menschen, kurz Gier, eine wesentliche Ursache für die derzeitige Finanz- und Wirtschaftskrise gewesen ist – das ist die ethische Seite der Krise.

Krisen hat es in den letzten Jahrzehnten mehrere gegeben. Neu ist an dieser Krise die ethisch-moralische Empörung der Öffentlichkeit. Sie versteht nicht, dass Manager mit siebenstelligen Boni dafür belohnt werden, dass sie Verluste in Milliardenhöhe produziert haben. Sie ist zornig über Äußerungen von Einzelnen wie „Mich interessiert nur eins, mein Bonus am Jahresende. Alles andere ist mir egal". Bei uns ist die empörte Volksseele ruhig geblieben. In England war ein Bankmanager das Ziel von gewalttätigen Angriffen, sein Wagen wurde in Brand gesetzt, sein Haus musste unter Polizeischutz gestellt werden. Ähnliche Ausschreitungen hat es in Frankreich gegeben. Bundespräsident *Köhler* hat von einer „Kette des Versagens" gesprochen, „sie schließt Staaten und Banken ein, auch Wirtschaftsprüfer, Beratungsunternehmer, Rating-Agenturen, Anleger, die Medien." Die Öffentlichkeit hat den Berufsstand der Banker und Manager ethisch-moralisch verurteilt.

Die derzeitige Krise ist deshalb besonders gravierend, weil in einem wesentlichen Teilbereich unserer Wirtschaft und damit unseres Gemeinwesens das erforderliche Vertrauen verloren gegangen ist. Vertrauen aber ist eine der Voraussetzungen, um mit *Böckenförde* zu sprechen, auf denen ein Staat beruht, ohne sie selbst schaffen zu können.

---

1 Vgl. IBA Council Resolution on Professionalism versus Commercialism von 2000, http://www.ibanet.org/About_the_IBA/IBA_resolutions.aspx.

2 Vgl. *Hellwig* Der Rechtsanwalt – Organ der Rechtspflege oder Kaufmann? AnwBl. 2004, 213 ff.; *ders.* Die Anwaltschaft zwischen Rechtspflege und kommerziellem Wettbewerb BRAK-Mitt. 2008, 92 ff. Ferner *Prütting* Rechtsberatung im Wandel, Kammerforum der RAK Köln 2004, 269 ff.; *Stürner/Bormann* Der Anwalt – Vom freien Beruf zum dienstleistenden Gewerbe? NJW 2004, 1481 ff.; *Henssler* Die Anwaltschaft zwischen Berufsethos und Kommerz AnwBl. 2008, 721 ff.; *Singer* Zwischen Berufsethos und Kommerz: Eine Frage der Ehre!? AnwBl. 2009, 393 ff. Zu dem speziellen Aspekt Prozesskosten und Ethos siehe *Geiger* Berufsethos und Vergütungschance AnwBl. 2009, 202.

„Wir erleben das Ergebnis von Freiheit ohne Verantwortung" hat Bundespräsident *Köhler* in seiner Berliner Rede vom 24. März 2009 gesagt.[3] Dieser Satz hat eine doppelte Dimension, eine rechtliche und eine ethisch-moralische. Marcus Lutter, der Nestor der Gesellschaftsrechtler in Deutschland, hat öffentlich erklärt, dass seiner Einschätzung nach die Vorstände und Aufsichtsräte von Banken, die Derivate produziert oder vertrieben haben – und das sind in besonders großem Umfang die politisch dominierten Landesbanken –, auf Schadensersatz haften, weil sie den ihnen obliegenden Entlastungsbeweis nicht führen können.[4] Der Sächsische Landesrechnungshof hat bei der dortigen Landesbank gravierendes Fehlverhalten von Organen festgestellt.[5] Man hört praktisch nichts davon, dass diese rechtliche Verantwortung aufgearbeitet wird. Gewiss, die Schäden sind so groß, dass sie von den gegebenenfalls haftenden Personen gar nicht ersetzt werden können. Jedoch, wenn die rechtliche Verantwortung nicht eingefordert wird, dann nimmt darunter die allgemeine Akzeptanz des Rechts Schaden – ein klassischer Fall von ungleicher Durchsetzung des Rechts. Die Beispiele von Selbstjustiz in England und Frankreich sprechen eine deutliche Sprache, wohin dies führen kann.

Das Köhlersche Wort von der Freiheit ohne Verantwortung hat auch einen ethisch-moralischen Aspekt. Der Bundespräsident hat in seiner Berliner Rede vom 24. März 2009 festgestellt, dass die Öffentlichkeit bis heute auf eine angemessene Selbstkritik der Verantwortlichen wartet. Inzwischen gibt es vereinzelt solche Selbstkritik. Doch sollte es nicht zu Denken geben, dass es erst einer solchen Feststellung des Bundespräsidenten bedurfte? Wir hier im Westen lächeln immer wieder, wenn sich im Fernen Osten Politiker und Manager mit einer tiefen Verbeugung bei der Öffentlichkeit für Fehlverhalten entschuldigen. Eine solche Demutsgeste hat dort eine überaus friedenstiftende Wirkung. Man hat dort offenbar ein tieferes Verständnis als wir für die gesellschaftliche Dimension dieses Themas.

II. Warum bei Anwälten nach Ethos fragen?

In der Reihe der von *Köhler* angesprochenen Kette des Versagens von den Staaten über einzelne Berufe bis hin zu Anlegern und Medien fehlen die Rechtsanwälte. Das darf für uns aber nicht Anlass sein, sich befriedigt zurückzulehnen. Auch bei uns sind die Dinge nicht mehr so wie früher, und aus heutiger Sicht ist das Risiko nicht auszuschließen, dass auch unser Beruf zum Ziel öffentlicher Kritik wird. Kritik der Justiz gibt es bereits heute. 1977 hat der Bundesgerichtshof noch festgestellt, „dass die Anwaltschaft ... in ihrer weit überwiegenden Mehrheit Misstrauen nicht verdient".[6] In seinem Beschluss vom 23. April 2007 zur nachträglichen Berichtigung des Protokolls zum Nachteil des Revisionsführers spricht der Große Strafsenat von

3 Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 25.03.2009, S. 8.
4 *Markus Lutter* Bankenkrise und Organhaftung ZIP 2009, 197 ff.
5 Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 21.03.2009, S. 10 („Bilanz eines Desasters").
6 BGHSt 27, 260 (265).

„Änderung des anwaltlichen Ethos", von „Missbrauch prozessualer Rechte" und ähnliches.[7] *Hassemer*, der damalige Vizepräsident des Bundesverfassungsgerichts, hat in seinem großen Vortrag auf dem Anwaltstag 2008 diese problematische Entscheidung mit deutlichen Worten kritisiert. Ich werde darauf zurückkommen. Auch *Hassemer* kam aber nicht umhin, uns allen zuzurufen, „dass hier ein partieller Abschied von einem Organ der Rechtspflege angekündigt und an einer wichtigen Stelle schon vollzogen wird."[8] Wir haben also allen Grund, uns mit dem Thema Anwaltsethos zu befassen, bevor es zu spät ist.

Zurück zur Finanzmarktkrise. Die Behörden und der Kongress in Washington haben in den Jahren 1999 und 2000 unter dem Einfluss der Lobby der Investmentbanken entschieden, den Derivatemarkt nicht zu regulieren. Den übrigen Ländern blieb kaum etwas anders übrig, als dem zu folgen. So konnte es dazu kommen, dass in diesem total unregulierten Markt ganze Pyramiden von Derivaten des unterschiedlichsten Inhalts aufgeschichtet wurden – von normalen Kreditforderungen über bloße Kreditrisiken bis hin zu Optionen aller Art. Die Rating-Agenturen waren ebenfalls nicht reguliert. Sie konnten deshalb doppelt verdienen, zuerst als Berater an der Konstruktion dieser Derivate und sodann als Rating-Agentur bei ihrer Bewertung – ein klassischer Interessenkonflikt. Bei Managervergütungen und anderen Einzelaspekten, an denen sich heute die Öffentlichkeit stößt, gab es zwar auf beiden Seiten des Atlantiks Vorschriften, doch diese waren so allgemein gefasst, dass sie in der Praxis weitgehend unbegrenzte Freiräume eröffneten. Ab welcher Höhe stehen etwa die Gesamtbezüge eines Vorstandsmitglieds nicht mehr in einem angemessenen Verhältnis zu seinen Aufgaben und zur Lage der Gesellschaft, wie es in § 87 AktG formuliert ist?

Wir haben es also mit der Ausübung von Freiräumen zu tun, die von der Rechtsordnung bewusst geschaffen worden waren. Bedenkt man, dass das anwaltliche Berufsrecht seit gut 20 Jahren vor allem durch die Rechtsprechung der Gerichte und unter dem Druck von Brüssel – Stichworte Verfassungsrecht und Gemeinschaftsrecht – in der Vergangenheit in großem Umfang liberalisiert worden ist, dann ergibt sich daraus vor dem Hintergrund dessen, was ich gerade zu den Finanzmärkten gesagt habe, als Konsequenz, dass die Ethosfrage an Bedeutung gewonnen hat – je geringer Reichweite und Intensität der berufsrechtlichen Regulierung, desto größer der Bereich der anwaltlichen Freiheit mit der Frage des Anwaltsethos.

An dieser Stelle möchte ich eine persönliche Bemerkung einfügen. Ich bin grundsätzlich ein Befürworter dieser aus Gründen höherrangigen Rechts erfolgten Liberalisierung des anwaltlichen Berufsrechts. Ich sage aber auch: Wo normative Schranken wegfallen, stellt sich die Frage nach ethischen Schranken. Die Anwaltschaft als Ganzes hat viel zu spät begonnen, sich mit dieser Frage zu geschäftigen. Sie hätte genau genommen damit bereits nach den Bastille-Entscheidungen des *BVerfG* von 1987 beginnen müssen, in denen die damaligen anwaltlichen Standesrichtlinien für unwirksam erklärt wurden.[9]

---

7 BGHSt 51, 298 (312 f.).

8 *Hassemer* Die Anwaltschaft und die Freiheit AnwBl. 2008, 413 (419).

9 BVerfGE 76, 171 ff. zum Sachlichkeitsgebot und BVerfGE 76, 196 ff. zum Werbeverbot.

III. Versuch einer Definition: Anwaltsethos

Mit Blick auf die ethischen Schranken, von denen ich eben gesprochen habe, möchte ich kurz etwas zur Terminologie sagen. Ich spreche bewusst von Anwaltsethos, nicht von Anwaltsethik. Die Griechen verstanden unter Ethos die gute Sitte des Einzelnen, die Römer hatten dafür das Wort Mos. Ethos und Moral sind für mich begrifflich gleichwertig. Ethik ist für mich die Wissenschaft vom Ethos, wie Moralphilosophie die Wissenschaft von der Moral ist. Beide befassen sich mit der Frage, was die guten Sitten ausmacht, die der Einzelne in seinem jeweiligen Verhalten befolgen sollte.[10] Mir geht es um das ethische Verhalten im konkreten Einzelfall der anwaltlichen Praxis und weniger darum, was abstrakte Theorien der Wissenschaft zu den ethischen Grundlagen usw. sagen.

Die Gegenüberstellung von Gier und Gemeinwohl, von Markt und Moral in den Medien soll ein ethisch-moralisches Versagen deutlich machen. Es handelt sich um das Ergebnis einer Bewertung von Außen – ein bestimmtes Verhalten wird von anderen ex post bewertet. Wenn die Öffentlichkeit eine solche Bewertung vornimmt, dann beruht sie als Maßstab nicht auf einem kollektiven Ethos. Die Bewertung durch die Öffentlichkeit ist vielmehr die Summe vieler Einzelbewertungen durch viele Einzelpersonen, wobei jede Einzelperson ihre eigenen, möglicherweise in Details unterschiedlichen ethischen Vorstellungen zu Grunde legt. Aus der Summierung dieser Einzelbewertungen ergibt sich das kollektive Werturteil. Es gibt kein kollektives Ethos, es gibt nur in großer Zahl individuelles Ethos. Je mehr Individualvorstellungen zusammenkommen und je mehr diese übereinstimmen, umso größer ist das Gewicht des resultierenden ethischen Wert- oder Unwerturteils.

Was ist nun der Maßstab, nach dem der Einzelne das Verhalten anderer bewertet und vor allem sein eigenes Verhalten ausrichten sollte? Was ist die Quelle von Ethos und Moral? Schon *Sokrates* hat sich in seinen Dialogen mit dieser Frage befasst, wie *Plato* berichtet. Die Wissenschaft gibt keine einhellige Antwort. Davon abgesehen – weil es um seine eigenen Wertmaßstäbe geht, muss letztlich jeder Einzelne die Antwort für sich selber geben.

Dennoch ist es angebracht, hier die häufigsten Antworten zu nennen. Die einen verweisen auf Glauben und Religion – schon *Martin Luther* hat die „Freiheit eines Christenmenschen" in den christlichen Glauben eingebettet, und für die römisch-katholische Kirche ist Gier eine der Todsünden.[11] Andere verweisen auf das humanistische Menschenbild. Wieder andere halten es mehr mit dem Menschenbild der Aufklärung – der Mensch als freies und verantwortliches Individuum – und zitieren das berühmte Wort von *Kant* „Der gestirnte Himmel über mir und das moralische Gesetz in mir". Und wieder andere verweisen auf das Gewissen des Einzelnen, oft allerdings ohne zu sagen, woher das Gewissen als innere Instanz des Einzelnen seine

10 Siehe dazu vor allem *Graf von Westphalen* Fragmentarisches zur Ethik anwaltlichen Handelns AnwBl. 2003, 125 ff.

11 Vgl. zu dieser religiösen Verankerung den Ethik-Kodex des Bundes Katholischer Rechtsanwälte vom 15.11.2008, www.dkr-netzwerk.de.

Maßstäbe nimmt. *Dahrendorf* hat schon vor Jahrzehnten folgende Antwort gegeben: „Das Gewissen ist das in den Einzelnen hinein genommene Gericht der Gesellschaft und ihrer Bezugsgruppen."[12] Dem entspricht es, wenn *Niklas Luhmann* in seinem im letzten Jahr erschienenen Buch „Die Moral der Gesellschaft" sagt, Moral beruhe auf der Zuweisung von Achtung oder Missachtung.[13] Andere, in jüngerer Zeit vor allem *Hans Jonas* in seinem Buch „Das Prinzip Verantwortung", haben versucht, das Ethos des Einzelnen über die Verantwortung des Einzelnen zu objektivieren.

Dass der Begriff des Ethos nicht kollektiv, sondern individualistisch zu verstehen ist, wird besonders deutlich, wenn man den Begriff des Ethos mit dem Gewissen als innere Instanz des Einzelnen assoziiert.

Bisher habe ich stillschweigend vorausgesetzt, dass es Ethos und Moral überhaupt gibt. Dass dem so ist, lässt sich nicht im Sinne eines naturwissenschaftlichen Beweises belegen. Was ich vorhin gesagt habe zur Messlatte für Ethos und Moral, gilt auch und in erster Linie für die Existenz von Ethos und Moral. Für den einen ergeben sich Existenz und Inhalt von Ethos und Moral aus Religion und Glaube, für den anderen aus dem jeweiligen Menschenbild, für den dritten aus dem Gewissen usw. Und natürlich gibt es Stimmen, die in materialistisch-nihilistischer Stimmung beides verneinen. Letztlich ist die Ethosfrage also auch eine Glaubensfrage.

IV. Wie kann ein unabhängiger Anwalt ethisch gebunden sein?

Widerspricht die Vorstellung von einem Anwaltsethos nicht der Unabhängigkeit des Anwalts, der Freiheit seines Berufs und seiner Stellung als unabhängiges Organ der Rechtspflege – alles gesetzlich normierte und verfassungsrechtlich abgesicherte Grundwerte der Anwaltschaft? Das ist nicht der Fall, im Gegenteil. Wenn Dritte das Verhalten eines Anwalts nach ethischen Maßstäben bewerten, löst das keine Rechtsfolgen aus. Insbesondere wird die Freiheit des Anwalts, sich in Zukunft erneut in derselben Weise zu verhalten, nicht eingeschränkt. Dasselbe gilt, wenn der Anwalt sein eigenes Verhalten an seinem Ethos als Maßstab ausrichtet. Es steht mir völlig frei, ob ich in meinem Verhalten meinem Gewissen folge oder nicht. Wenn ja, habe ich ein gutes Gewissen, wenn nein, hoffentlich ein schlechtes. Mit Blick auf die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege und Angehöriger eines freien Berufs ist ausschlaggebend, dass ich mich frei entscheiden kann, ganz wie ich will – die rechtliche Freiheit der Entscheidung ist letztlich stärker als die ethische Bindung.

Es wäre jedoch falsch, die Dinge nur individualistisch zu sehen. Man muss sie auch gesamthaft, institutionell sehen. Je größer die Zahl von Einzelnen, die unethische Entscheidungen treffen, und je größer die Zahl dieser Entscheidungen, desto größer die negativen Auswirkungen auf die Gesellschaft im Ganzen, bis schließlich die indi-

12 *Dahrendorf* Homo Sociologicus 15. Auflage (1987), S. 57 f.
13 *Luhmann* Die Moral der Gesellschaft 2008, S. 173.

viduelle Freiheit der Entscheidung von der Gesellschaft in Frage gestellt, ja möglicherweise sogar beseitigt wird.

Denn „Freiheit ohne Schranken birgt Zerstörung", hat Bundespräsident *Köhler* in seiner Berliner Rede formuliert. Aus der Erziehung unserer Kinder wissen wir zudem, dass sich Freiheit letztlich sogar nur aus ihren Schranken definiert. All das gilt auch mit Blick auf die anwaltliche Freiheit. Die gesetzlich und verfassungsrechtlich gestützte Unabhängigkeit schließt freiwillige ethische Schranken nicht aus, im Gegenteil. Je größer die Unabhängigkeit und Freiheit des Berufs, um so größer die Notwendigkeit, den Gebrauch dieser Unabhängigkeit und Freiheit ethisch-moralisch zu verantworten, vor sich und vor anderen, also vor der Gesellschaft, denn diese ist es letztlich, die die Unabhängigkeit und die Freiheit verliehen hat. Es gibt keine Rechtsnorm, die den Anwalt von der ethisch-moralischen Verantwortung vor seinem eigenen Gewissen und vor der Gesellschaft freistellen würde.

Im Gegenteil, § 43 BRAO ordnet ausdrücklich an, dass der Rechtsanwalt seinen Beruf gewissenhaft auszuüben hat. Gewissenhaftigkeit ist etwas anderes als die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, wie sie das Zivilrecht in § 276 BGB fordert. In § 43 BRAO ist die individuelle gewissensmäßige Verantwortung gesetzlich ausdrücklich angeordnet. Die korrespondierende ethisch-moralische Verantwortung gegenüber der Gesellschaft folgt aus den anwaltlichen Funktionen in der Gesellschaft – man kann schlechterdings nicht sich von der Gesellschaft die anwaltliche Unabhängigkeit, die Freiheit des Berufs und die Stellung als unabhängiges Organ der Rechtspflege einräumen lassen, ohne sich nach ethisch-moralischen Maßstäben gegenüber dieser Gesellschaft dafür verantworten zu müssen, wie man im Einzelfall die anvertrauten Funktionen ausgeübt hat, ob man gewissenhaft gehandelt hat oder nicht.

Ich stimme deshalb aus tiefster Überzeugung der damaligen Richterin beim Bundesverfassungsgericht *Renate Jaeger* zu, die 2003 in ihrem bedeutenden Vortrag zum Thema „Rechtsanwälte als Organe der Rechtspflege – Notwendig oder überflüssig? Bürde oder Schutz?" einerseits die Freiheit der anwaltlichen Berufsausübung als Organ der Rechtspflege betont, andererseits aber eine „gelebte Berufsethik" eingefordert hat.[14]

Wer all das als Anwalt nicht akzeptieren will, dem kann ich nur zurufen: Ein Anwalt ohne Ethos ist auf die Dauer ein Anwalt ohne Vertrauen, und das Vertrauen der Mandanten ist die wichtigste Grundlage der anwaltlichen Tätigkeit. Ohne Vertrauen kein Mandat!

V. Was gehört zum Ethos?

Was alles gehört nun zum anwaltlichen Ethos, ohne dass der Rechtsanwalt, wie dargelegt, auf Dauer das Vertrauen anderer verliert und damit die ihm zugewiesene

14 *Renate Jaeger* Rechtsanwälte als Organ der Rechtspflege – Notwendig oder Überflüssig? Bürde oder Schutz? NJW 2004, 1 (6 f.).

Funktion in der Gesellschaft nicht mehr erfüllen kann? Anders gefragt, was sind die konkreten Ausformungen von anwaltlichem Ethos? Versucht man eine Antwort auf diese Fragen, muss Ausgangspunkt sein, dass Anwaltsein kein Selbstzweck ist, es ist ausgerichtet auf andere. „Virtus est ad alterum" hieß es bei den alten Römern – Tugend, also ein Verhalten in Übereinstimmung mit den guten Sitten, mit dem Ethos, bezieht sich auf einen anderen, erweist sich aus der Sicht eines anderen.

Die Antwort auf diese Fragen fällt unterschiedlich aus, je nachdem, ob man das gesetzliche Berufsrecht oder besonders wichtige Teile davon in das anwaltliche Ethos einbezieht oder nicht. Im amerikanischen Recht meint der Begriff *Ethics* die Gesamtheit von Berufsrecht und Ethik. Ich habe mich in meinem Aufsatz zum „Konzept des anwaltlichen Berufsbilds" im letzten Jahr dafür entschieden, das Berufsrecht aus dem Anwaltsethos auszuklammern – für mich sind Bestandteile des anwaltlichen Berufsbildes, die sich aus dem Berufsrecht ergebenden Grundwerte Unabhängigkeit, Verschwiegenheit und Freiheit von Interessenkollisionen, ferner die Gewissenhaftigkeit, die Kompetenz und der Gemeinwohlbezug einerseits sowie das reine Anwaltsethos andererseits.[15] Dies ist meine persönliche Sicht. Man kann die Dinge auch anders sehen und alle diese erstgenannten Bestandteile oder einzelne, z. B. Gewissenhaftigkeit, Gemeinwohlbezug und Kompetenz in den Begriff des Anwaltsethos mit hinein nehmen. Dafür spricht vielleicht sogar die Überlegung, dass die Ausformung der Gewissenhaftigkeit, der Kompetenz und des Gemeinwohlbezugs durch das Berufsrecht Einzelfragen offen lässt, die nur durch Rückgriff auf das Anwaltsethos zu beantworten sind.

Wenn man allerdings Teile des anwaltlichen Berufsrechts in das Anwaltsethos einbezieht, so hat das eine wichtige Konsequenz. Maßstab für diese Bestandteile des Anwaltsethos ist dann in erster Linie das Berufsrecht und nicht das Berufsethos. Mit anderen Worten, es gibt dann im Bereich des Anwaltsethos zwei verschiedene Maßstäbe, einen berufsrechtlichen und einen ethischen. Die Dinge werden dadurch unübersichtlicher. Dies spricht dann doch mit einigem Gewicht dafür, Berufsrecht und Berufsethos nebeneinander zu stellen und in den wesentlichen Regelungen des Berufsrechts nicht Bestandteil des Anwaltsethos, sondern des anwaltlichen Berufsbildes zu sehen, wie ich es in meinem Aufsatz getan habe.

Hommerich hat letztes Jahr in seinem Aufsatz zur „Ethik des steuerberatenden Berufs als freier Beruf" folgende ethische Voraussetzungen für die Zuweisung personalen Vertrauens genannt: Der Mandant erwarte Kompetenz, Mandantenorientierung, Integrität und moralische Wahrhaftigkeit. Zur Integrität zählt er Unabhängigkeit, Verschwiegenheit, Konsistenz und Verlässlichkeit.[16] Man liegt sicher nicht falsch, wenn man aus diesen Mandantenerwartungen, soweit sie über das Berufsrecht hinausgehen, entsprechende Prinzipien des Anwaltsethos ableitet.

15 *Hellwig* Das Konzept des anwaltlichen Berufsbildes AnwBl. 2008, 644 ff.

16 *Hommerich* Ethik des Steuerberatenden Berufs als Freier Beruf DStR 2008, 1161 (1165).

1. Wahrhaftigkeit

Bleiben wir kurz bei der Wahrhaftigkeit. Der Rechtsanwalt hat die Pflicht zum wahrheitsgemäßen Vortrag. Er darf nicht wider besseres Wissen vortragen. „Was ich nicht weiß, macht mich nicht heiß" sagt jedoch ein altes Sprichwort. Das Prinzip der Wahrhaftigkeit verlangt, dass der Anwalt bei streitigen Sachverhalten zur bestmöglichen internen Aufklärung des Sachverhalts mit dem Mandanten verpflichtet ist – bestmöglich im Sinne von zutreffend (natürlich aus der Sicht des Mandanten) und vor allem vollständig. Dazu gehört, den Mandanten auf die Folgen eines unrichtigen oder unvollständigen Sachvortrags hinzuweisen. So wie ein Richter vor der Vernehmung den Zeugen belehrt, so hat der Anwalt bei der Aufarbeitung des Sachverhalts den Mandanten darauf hinzuweisen, dass er den Anwalt zutreffend und vollständig unterrichten muss. Wer ist als Anwalt im Prozess nicht schon damit überrascht worden, dass die Gegenseite ein entscheidendes Schriftstück präsentierte, das einem selbst unbekannt war, obwohl es dem Mandanten vorgelegen hatte? Peinlich für den Mandanten, besonders peinlich aber für den Anwalt! Hatte er den Mandanten ausreichend belehrt?

2. Fairness

Als weiteres ethisches Prinzip möchte ich die Fairness nennen. Friede ist das Ziel des Rechts, Kampf das Mittel dazu, hat *Rudolf von Jehring* gesagt. Kampf? Sehr wohl, der Anwalt kämpft für die Interessen seines Mandanten, aber er sollte es fair tun. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Gegenseite nicht anwaltlich vertreten ist. Und er sollte bedenken, dass ein Kampf nur um des Kampfes willen Frieden verhindert.

3. Mandanteninteressen vor Eigeninteressen

Ein weiteres ethisches Prinzip ist für mich der Grundsatz „Mandanteninteresse geht vor Eigeninteresse". Dies gilt nicht nur in wirtschaftlicher Hinsicht – einem Mandanten, der nicht über ein größeres Vermögen verfügt, rät man im Zweifel ab, einen nach sorgfältiger Analyse praktisch aussichtslosen Rechtsstreit zu führen, obwohl man daran gut verdienen würde. Der Satz „Mandanteninteresse geht vor Eigeninteresse" gilt auch mit Blick auf immaterielle Aspekte wie den eigenen Ruf und die eigene Reputation. Die Interessen des Mandanten in einer gerechten Sache zu vertreten, ist wichtiger als die Reputation in den Augen anderer. *Franz Salditt* hat kürzlich beim 25-jährigen Bestehen der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des DAV in einem tiefschürfenden Vortrag über „Die Moral der Strafverteidigung" auf einschlägige Beispiele von Anwälten im Dritten Reich und in der Geschichte unserer Bundesrepublik hingewiesen.

4. Die Haltung: So etwas tut man nicht

Ich komme zur nächsten Frage: Worin äußert sich anwaltliches Ethos? Bundespräsident *Köhler* hat in seiner bereits mehrfach erwähnten Berliner Rede gesagt, vielen sei

der Anstand – ein anderes Wort für Ethos und Moral – abhanden gekommen, „die Haltung: So etwas tut man nicht." In der Tat, diese wenigen Worte „So etwas tut man nicht" kennzeichnen eine wichtige, vielleicht die wichtigste Ausprägung von Ethos allgemein und anwaltlichem Ethos insbesondere. Alles nur deshalb zu tun, weil man es von Rechts wegen tun darf – das greift ethisch zu kurz.

Welches Verhalten nun aber das ethische Urteil „Das tut man nicht" verdient, das lässt sich nicht abstrakt, sondern nur für den konkreten Fall feststellen. Dazu einige Beispiele:

- In meinem ersten Berufsjahr als Rechtsanwalt beriet ich eine amerikanische Gesellschaft, die in Deutschland eine Tochtergesellschaft gründen wollte. Als Geschäftsführer hatte sie einen deutschen Ingenieur in Aussicht genommen, der bei ihr in den USA als Mitarbeiter tätig war und nach erfolgter Gründung einen deutschen Anstellungsvertrag erhalten sollte. Auf einer Dienstreise in Deutschland – er war auf der Suche nach Räumlichkeiten für die zu gründende Gesellschaft – wurde dieser Ingenieur bei einem Verkehrsunfall schwer verletzt. Die Ärzte prognostizierten einen Krankenhausaufenthalt von zwei Monaten und eine anschließende Rekonvaleszenz von noch einmal zwei bis vier Monaten. Das dauerte der amerikanischen Gesellschaft zu lange, sie wollte das amerikanische Beschäftigungsverhältnis kündigen und jemand anderen als Geschäftsführer suchen. Rechtlich wäre die Kündigung nach amerikanischem Recht in Ordnung gewesen. Moralisch habe ich mich richtig mies gefühlt. Ich sagte einem der Senioren meiner Kanzlei, ich wolle für einen solchen Mandanten nicht tätig sein und deshalb das Mandat niederlegen. Die Antwort war „Lieber Herr Hellwig, in solchen Fällen müssen Sie tun, was Sie für richtig halten. Im Übrigen, ich würde genauso handeln." Ich sagte daraufhin meiner Mandantin, wenn sie keine Kündigung ausspreche, werde sie mit Sicherheit einen überaus loyalen und dankbaren Geschäftsführer haben; wenn sie kündige, dann müsse sie sich nicht nur einen neuen Geschäftsführer suchen, sondern auch einen neuen Anwalt, denn für eine so unmoralisch handelnde Gesellschaft wolle ich nicht tätig sein. Die Sache ging hoch zum Board of Directors. Ergebnis: Die Gesellschaft verzichtete auf die Kündigung, der verunglückte Ingenieur konnte früher als erwartet nach 3 Monaten wieder arbeiten und führte danach mehr als 25 Jahre sehr erfolgreich die Geschäfte der Tochtergesellschaft, und ich hatte über Jahrzehnte eine dankbare Mandantin.
- Zweites Beispiel: An einer mittelständischen Kommanditgesellschaft sind zwei Brüder je zur Hälfte beteiligt. Der ältere kommt beim Skilaufen in einer Lawine ums Leben. Unmittelbar nach der Beisetzung lässt sich der jüngere Bruder von der Witwe einen kleinen Teil der jetzt ihr gehörigen Kommanditbeteiligung für einen gerade noch vertretbaren Kaufpreis übertragen, so dass er jetzt die Mehrheit hält. Sein Anwalt, mit der Witwe persönlich bekannt, hatte den privatschriftlichen Vertrag entworfen, er war bei der Unterzeichnung dabei. Die Witwe, noch immer halb unter Schock, war allein. Erst Wochen später war sie wieder einigermaßen gefasst. Auf Rat ihrer Bank kam sie zu mir. Als sie mir das alles erzählte, war ich empört darüber, wie sich der Anwalt des jüngeren Bruders verhalten hatte – rechtlich mochte es in Ordnung gewesen sein, moralisch fand ich es in hohem

Maße unanständig, und ich habe dies dem Anwalt bei der ersten sich bietenden Gelegenheit gesagt und hinzugefügt, er könne mich bei meiner Rechtsanwaltskammer anzeigen. Er hat es nicht getan.

- Ein weiteres Beispiel: Der Bundeswirtschaftsminister erklärte, *Roland Berger* sei für die Bundesregierung in Sachen Opel tätig, werde aber von General Motors/Opel bezahlt – in Wirklichkeit ist er wohl der Berater von General Motors/Opel, wobei zwischen Mutter und Tochter durchaus Interessengegensätze bestehen – und darüber hinaus ist *Roland Berger* Mitglied im Verwaltungsrat von Fiat. Für Unternehmensberater gibt es kein gesetzliches Interessenkollisionsverbot. Rechtlich ist das Verhalten von *Roland Berger* also in Ordnung, moralisch ist es in der Öffentlichkeit vielfach kritisiert worden. Ich meine, zu Recht – so etwas tut man nicht.

Anders als Unternehmensberater unterliegen Rechtsanwälte einem gesetzlichen Interessenkollisionsverbot. Dieses ist insbesondere im Vergleich mit anderen Ländern in Europa relativ eng. Es gilt nur, wenn es sich um kollidierende Anwaltsmandate handelt, welche ganz oder teilweise dieselbe Rechtssache betreffen. Die Kollision zwischen Anwaltsmandat und Aufsichtsratsmandat fällt nicht darunter, und auch nicht erfasst sind Interessenkonflikte aus unterschiedlichen Rechtssachen sowie noch nicht existierende, sondern nur drohende Interessenkonflikte bei identischen Rechtssachen. Das heißt, man kann als Rechtsanwalt in einer solchen Situation von Rechts wegen tätig sein. Die Frage ist aber, ob man es tun sollte. Das muss jeder Anwalt gegebenenfalls für sich selbst entscheiden.

5. Ethische Pflicht zum Handeln

Das ethische Urteil des eigenen Gewissens „Das tut man nicht" führt für den Anwalt gegebenenfalls dazu, dass er dieses Verhalten unterlässt. Schwieriger als diese ethischen Unterlassungspflichten sind die ethisch begründeten Handlungspflichten, insbesondere außerhalb eines konkreten Einzelmandats. Dieser Bereich ist bei uns in der bisherigen Diskussion wenig aufgearbeitet worden. Hierhin gehört beispielsweise das Thema Beratung von sozial Schwachen, die nicht in den Genuss von Beratungshilfe und Prozesskostenhilfe kommen, zu niedrigerem Honorar oder pro bono publico – ein Aspekt berufsethischer Gemeinwohlbindung, der im Ausland eine viel größere Rolle spielt als bei uns. Hierhin gehört auch das Eintreten für den Erhalt von Grund- und Freiheitsrechten der Bürger sowie das Engagement für Menschen, die wegen ihres Einsatzes für Menschenrechte verfolgt werden. In vielen anderen Ländern empfinden die Rechtsanwälte eine ethische Verpflichtung, sich in besonders krassen Fällen für die Bürger- und Menschenrechte auch von solchen Personen einzusetzen, die nicht ihr Mandant sind, und auch dann, wenn sie im Ausland wohnen. Sie erheben ihre Stimme sogar dann, wenn dies in den Augen der eigenen Politik nicht opportun ist. So kümmert sich die International Bar Association bereits seit langem um Rechtsanwälte, die wegen ihres Eintretens für ihre Mandanten verfolgt werden. Ein weiteres Beispiel ist Guantanamo: Dieses Wort kennzeichnet nicht nur einen Schandfleck der amerikanischen Politik, sondern auch den intensiven Kampf

von Anwälten, Juraprofessoren und -studenten, die sich auf pro bono publico-Basis für die Rechte der Guantanamo-Häftlinge eingesetzt haben. Auch bei uns gewinnt dieser Ethos-Aspekt zunehmend an Bedeutung. Der DAV setzt sich seit einigen Jahren für Menschen in anderen Ländern ein, die wegen ihres Eintretens für Menschen- und Bürgerrechte verfolgt werden. Und gelebtes Ethos haben diejenigen Anwälte praktiziert, die bereits vor Jahren, als es noch keinerlei Vergütungsregelung gab, Asylsuchende vertreten haben, denen am Frankfurter Flughafen die sofortige Abschiebung drohte.

VI. Sonderproblem: Anwaltsethos in der Strafverteidigung und anderen Mandaten gegenüber dem Staat

Bei dem, was ich bisher zur anwaltlichen Tätigkeit in Streitfällen gesagt habe, hatte ich vor allem solche Konstellationen im Auge, bei denen sich die Parteien sozusagen auf gleicher Augenhöhe begegnen. Schwieriger liegen die Dinge, wenn der Rechtsanwalt seinen Mandanten gegenüber dem Staat vertritt, also in Strafsachen, in Steuersachen, in Verwaltungssachen usw., also in Über-/Unterordnungskonstellationen. Unterliegt, konkret gefragt, auch der Strafverteidiger dem anwaltlichen Ethos?

Mit dieser Frage befasst sich *Salditt* in seinem bereits erwähnten Vortrag über „Die Moral der Strafverteidigung". Wie schon zuvor *Hassemer* missbilligt er den Beschluss des Großen Strafsenats vom 23. April 2007 zur sog. „unwahren Protokollrüge". Ich zitiere aus der Entscheidung des Großen Senats[17]: „Die veränderte Einstellung auf Seiten der Strafverteidiger hat verdeutlicht, dass sich die mit der Rechtsprechung verknüpfte Hoffnung nicht erfüllt hat, auf diese Weise – insbesondere durch den Appell an das Gewissen des die Revision begründenden Verteidigers – bewusst unwahre Verfahrensrügen zu verhindern". Nach meinem Dafürhalten sind diese Ausführungen völlig verfehlt. Sie verkennen, dass die Verfahrensrüge ein Recht des Mandanten, nicht des Anwalts ist. Sie verkennen den formalen Charakter des Strafprozesses. Der Gesetzgeber der StPO hat sich bewusst dafür entschieden, bei der Rüge eines Verfahrensfehlers ausschließlich auf das Verhandlungsprotokoll abzustellen. Ihm war die Rechtssicherheit des Protokolls wichtiger als seine Richtigkeit im Einzelfall. Wir kennen diesen Gegensatz in anderen Zusammenhängen – formale Rechtssicherheit versus materielle Richtigkeit, materielle Gerechtigkeit. Für die Revision existiert nur das als Verfahrensablauf, was aus dem Protokoll hervorgeht. Der Große Strafsenat setzt sich darüber hinweg. Er begründet dies mit der Behauptung, das anwaltliche Ethos habe sich geändert, der Appell an das Gewissen, bewusst unwahre Verfahrensrügen zu unterlassen, sei erfolglos. Mit anderen Worten, der Große Senat argumentiert mit der, wie er es sieht, Gewissenlosigkeit von Strafverteidigern. Das ist fürwahr starker Tobak! Ob eine Verfahrensrüge unwahr ist oder nicht, richtet sich nach der Entscheidung des Gesetzgebers allein nach dem Protokoll. Statt Strafverteidigern Gewissenlosigkeit vorzuhalten, sollte sich der Große Strafsenat vielleicht fragen, wie er es mit seiner Bindung

17 BGHSt 51, 298 (312 f.).

an das Gesetz hält. Wenn er mit der Entscheidung des Gesetzgebers nicht einverstanden ist, dann sollte er das als offene Kritik an den Gesetzgeber richten, statt die für falsch gehaltene gesetzgeberische Entscheidung über den Vorwurf des unethischen und gewissenlosen Verhaltens an die Adresse der Strafverteidiger zu korrigieren. Ich weiß, das waren eben deutliche Worte. Doch wie es in den Wald ruft, so schallt es heraus.

Der Weg, auf den sich der Große Strafsenat begeben hat, ist abschüssig. Wer heute als Strafverteidiger, wie der Senat formuliert hat, entgegen dem Gesetz „bewusst unwahre Verfahrensrügen" unterlassen muss, darf vielleicht morgen nicht mehr als Verteidiger tätig sein, wenn ihm der angeklagte Mandant offenbart, dass er die ihm vorgeworfene Tat tatsächlich begangen hat. Mit der Argumentation des Großen Strafsenats kann man den rechtsstaatlichen Anspruch des Straftäters und der Öffentlichkeit verkümmern lassen, dass die Täterschaft in dem dafür vorgesehenen Verfahren – und nur in diesem Verfahren – nachgewiesen wird.

Ich bin kein Strafrechtler, doch die Dimension dieser von Karlsruhe geführten Diskussion über das Ethos von Strafverteidigern finde ich erschreckend.

Dass das Anwaltsethos in dieser Weise instrumentalisiert wird, um den Strafverteidiger an die Leine zu nehmen und zu dem alten obrigkeitsstaatlichen Verständnis vom Anwalt als Organ der Rechtspflege zurückzukehren, der vom Bundesverfassungsgericht in seinen Entscheidungen von 1983 und 1996 über Bord geworfen worden ist[18] – das sollte und darf kein Anlass für die These sein, dass für den Strafverteidiger anwaltsethische Grundsätze nicht gelten. Geboten ist vielmehr, diese Grundsätze gegen Missbrauch zu verteidigen. Wer sich bei der Verteidigung seines Mandanten gegenüber dem staatlichen Strafanspruch auf Wertungsnormen des Gesetzgebers im Spannungsfeld zwischen Rechtssicherheit einerseits und Richtigkeit und Gerechtigkeit andererseits beruft, dem sollte nicht von Staats wegen Missbrauch, unethisches Verhalten und Gewissenlosigkeit vorgeworfen werden. Nicht die Strafverteidiger missbrauchen in unethischer Weise ein prozessuales Recht, der *BGH* missbraucht das Anwaltsethos.

So verstanden gibt es keinen Grund, beim Strafverteidiger eine Ausnahme vom Anwaltsethos zu machen. Erforderlich ist nur, das Anwaltsethos in dieser Über-/Unterordnungskonstellation richtig zu verstehen.

Dass im Verhältnis zwischen Strafverteidiger und Mandant anwaltsethische Grundsätze Geltung haben, ist, um dies abschließend festzustellen, kaum zu bestreiten. Beleg in dieser Konstellation sind die vielen Fälle, in denen Rechtsanwälte außerhalb des Bereichs der Pflichtverteidigung finanzschwache Mandanten zu besonders niedrigen Honoraren verteidigen, manchmal sogar für umsonst.

18 BVerfGE 63, 266 ff.; 93, 213 ff.

VII. Wie handeln bei einem Widerspruch zwischen Berufsrecht und Berufsethos?

Zu Beginn meiner Ausführungen habe ich kurz etwas zum systematischen Verhältnis zwischen anwaltlichem Berufsethos und anwaltlichem Berufsrecht gesagt. Unabhängig davon, ob und wie man die beiden in systematischer Hinsicht voneinander abgrenzt, kann sich ein Konflikt zwischen Ethos und Recht ergeben. Was hat dann Vorrang?

Nach der Model Rule 1.6 der American Bar Association (ABA) können die ethischen Verpflichtungen des Anwalts die berufsrechtliche Verschwiegenheitspflicht im Einzelfall durchbrechen, nämlich bei Gefahr für die körperliche Unversehrtheit oder gar das Leben von Menschen, bei der Gefahr von gravierenden Vermögensschäden Dritter und bei betrügerischen oder sonst kriminellen Handlungsabsichten des Mandanten. Der *BGH* hat im Urteil vom 8. November 2007 entschieden, dass die dem alten Mandanten geschuldete Verschwiegenheitspflicht gegenüber dem berechtigten Offenlegungsinteresse eines potentiellen neuen Mandanten im Einzelfall zurücktreten muss – ein vom Gericht im Wege der praktischen Konkordanz gefundenes Abwägungsergebnis.[19] Die vom Anwalt empfundene ethische Pflicht zur Offenlegung hat normativ eine geringere Geltungskraft als das auch rechtlich anerkannte Offenlegungsinteresse (Verschulden bei Vertragsschluss) des potentiellen neuen Mandanten. Es geht hier nicht um den Konflikt zweier Rechtspflichten, sondern um den Konflikt zwischen rechtlicher und ethischer Pflicht. Die §§ 138 und 139 StGB geben in bestimmten Fällen der ethischen Pflicht den Vorrang: Durch Nichtanzeige bestimmter geplanter Straftaten des Mandanten macht sich auch ein Rechtsanwalt strafbar.[20] Unterhalb dieser eng begrenzten strafrechtlichen Anzeigepflicht kann die berufsethisch motivierte Verletzung der berufsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht vom rechtfertigenden bzw. entschuldigenden Notstand nach §§ 34 und 35 StGB rechtlich gedeckt sein. Wirklich schwierig wird das Problem, wenn der Anwalt sich entscheiden muss, ob er seinem Gewissen auch dann folgt, wenn er dafür mit rechtlichen und wirtschaftlichen Sanktionen oder Schlimmerem rechnen muss. Das ist im Extremfall die Situation, in der im Dritten Reich Hans Litten stand, und mit ihm viele andere Strafverteidiger.

Die Rechtsanwaltskammer Frankfurt am Main hat Anfang 2007 auf einem Symposium „Ethik in der Justiz" die Frage gestellt „Brauchen die Organe der Rechtspflege gemeinsame ethische Grundlagen?" Mir wäre es lieber gewesen, wenn die Frage gelautet hätte, „Haben die Organe der Rechtspflege gemeinsame ethische Grundlagen?". Davon abgesehen: Staatsanwaltschaft und Gericht haben nicht die Aufgabe der parteiischen Interessenvertretung, wie sie dem Rechtsanwalt obliegt.[21] Der

19 *BGH* NJW 2008, 1307 ff.

20 Siehe dazu auch die anwaltlichen Meldepflichten zur Bekämpfung der Geldwäsche und des Terrorismus nach der 2. und 3. Geldwäscherichtlinie und dem Geldwäschebekämpfungsgesetz.

21 Insofern kann ich *Singer* nicht zustimmen, der als eine der wichtigsten ethischen Forderungen an den Anwalt („Kardinaltugenden") die Unparteilichkeit bezeichnet, vgl. *Singer* (Fn. 2), 393 (401).

Staatsanwalt hat nach dem Gesetz belastende wie entlastende Umstände zu ermitteln, der Richter hat unabhängig und unbefangen zu entscheiden. Die Funktionen dieser drei Organe der Rechtspflege sind also völlig verschieden. Folglich muss auch das Berufsethos sich in all den Punkten unterscheiden, die sich auf die funktionale Ausrichtung der jeweiligen Tätigkeit beziehen.

VIII. Brauchen wir ethische Richtlinien?

Ein weiteres Thema, das in der jüngsten Zeit intensiv diskutiert wird, betrifft die Frage, ob die ethischen Grundsätze der Anwaltstätigkeit in Leitlinien verabschiedet werden sollten. Henssler hat in Anlehnung an den Corporate Governance Kodex für börsennotierte Unternehmen einen Professional Governance Kodex für Rechtsanwälte vorgeschlagen.[22] Henssler denkt dabei weniger an ethische Prinzipien als vielmehr an berufliche Detailregeln etwa zu den Themen Vertretung widerstreitender Interessen, Erfolgshonorar, Werberecht, Fortbildung und Organisation der anwaltlichen Tätigkeit einschließlich Kanzleimanagement, externer Kommunikation, Honorarmanagement, etc. Auch nachdem er zwischenzeitlich seinen Vorschlag argumentativ ausgebaut hat,[23] bleibe ich bei meiner Ablehnung.[24]

Vorab zunächst eine Bemerkung zum Corporate Governance Kodex. Dieser wäre ein mehr als unglückliches Vorbild. Er verdankt seine Entstehung der Ankündigung der Bundesregierung nach dem Platzen der Technologieblase im Jahre 2001, die Regulierung von börsennotierten Gesellschaften durch Gesetz verschärfen zu wollen. Es gelang der Wirtschaft, diese Verschärfung der gesetzlichen Regelungen zu verhindern, indem sie der Bundesregierung zusagte, die anstehenden Themen selbst zu regeln. So kam es zum Corporate Governance Kodex als Verhütungsmittel gegen eine gesetzliche Regulierung – statt rechtsverbindlicher Regulierung unverbindliche Selbstregulierung. In der Folgezeit mussten Öffentlichkeit und Bundesregierung feststellen, dass die rechtlich unverbindlichen Regelungen des Kodex von vielen Gesellschaften nicht befolgt wurden. Inzwischen haben deshalb die Gerichte begonnen, in den Kodex-Bestimmungen haftungsrelevante Verhaltenspflichten zu sehen, und einzelne Themen wie z. B. Vorstandsvergütungen regelt der Gesetzgeber jetzt selbst. Die Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte des Corporate Governance Kodex spricht also nicht gerade für den Hensslerschen Vorschlag. Der Corporate Governance Kodex wurde als verbandsrechtliches *soft law* konzipiert, um gesetzgeberisches *hard law* zu vermeiden. Die ethische Dimension fehlte völlig.

Die von *Henssler* vorgeschlagenen Leitlinien betreffen teilweise Aspekte, die mit Berufsethos nichts oder praktisch nichts zu tun haben. Wenn man die Werbung oder die Organisation der anwaltlichen Tätigkeit ethisch „auflädt", dann stellt sich

22 *Henssler* (Fn. 2), 728.

23 *Henssler* Die internationale Entwicklung und die Situation der Anwaltschaft als freier Beruf AnwBl. 2009, 1 (7 f.).

24 Vgl. *Hellwig* (Fn. 15), 652.

zwangsläufig die Frage, ob damit nicht der Begriff des Ethos sinnentleert wird. Zuzugeben ist *Henssler*, dass sich bei der Vertretung widerstreitender Interessen in Sozietäten und bei Erfolgshonoraren – in beiden Fällen hat das *BVerfG* Freiräume eröffnet – ethische Fragen stellen können. Wie schon seine Parallele zum Corporate Governance Kodex zeigt, denkt *Henssler* hier aber an Detailregelungen, bei der Vertretung widerstreitender Interessen in einer Sozietät etwa zu der Frage, welche Abschottungsmaßnahmen zwischen den jeweils tätigen Anwälten erforderlich sind. Hier stellt sich für mich die Frage, ob die Detailregelungen der Hensslerschen Richtlinien, die über die Auflistung ethischer Grundsätze weit hinausgehen würden, überhaupt vereinbar sind mit dem Anwaltsethos als einer Frage des Anstands, des Gewissens des Einzelnen. Mit dieser Verortung des Anwaltsethos beim einzelnen Anwalt verträgt sich die Hensslersche Idee von detaillierten Leitlinien meines Erachtens nicht. Ich möchte mir für meine ethische Gewissensentscheidung keine derartigen Detailvorschriften machen lassen.

Nicht nur die Verortung des anwaltlichen Berufsethos im Gewissen des Einzelnen spricht gegen den Henssler-Vorschlag, sondern auch die Unabhängigkeit der „freien Avokatur", wie das *BVerfG* sie genannt hat.[25] Zur freien Anwaltstätigkeit gehört es, sich unter Beachtung der rechtsverbindlichen normativen Vorgaben nicht nur frei entscheiden zu dürfen, sondern auch zu müssen. Freiheit ist ohne Verantwortung nicht denkbar, wie *Karl Popper* gesagt hat. Im Sozietätswechselbeschluss des *BVerfG* von 2003 heißt es, es liege „in der gesetzlichen geleiteten verantwortlichen Einschätzung der betroffenen Rechtsanwälte, ob die Konfliktsituation eine Mandatsniederlegung gebietet".[26] Diese verantwortliche Einschätzung der normativen Lage können auch ethische Leitlinien dem einzelnen Anwalt nicht abnehmen.

Schließlich habe ich Sorge, dass mit den von *Henssler* vorgeschlagenen „Professional Governance Leitlinien" im Detaillierungsgrad des Corporate Governance Kodex der Geist der alten Standesrichtlinien wieder aus der Flasche kommen würde, mit denen wir in der Vergangenheit schlechte Erfahrungen gemacht haben. Der Weg, den Hensslerschen Ethik-Richtlinien normative Gesetzesgeltung zu geben, wäre wesentlich leichter als bei den anderen Standesrichtlinien: Man müsste nur die allgemeine Berufspflicht zur gewissenhaften Berufsausübung nach § 43 BRAO im Sinne dieser Richtlinien auslegen, schon hat man die rechtsverbindliche Geltung.[27]

Wir Juristen neigen dazu, alle Fragen des Lebens normativ regeln zu wollen. Wenn wir den Begriff Anwaltsethos ernst meinen, dann sollten wir akzeptieren, dass er eine andere Materie als das Recht betrifft. Auch wenn sich Recht und Ethik berühren und

25 BVerfGE 15, 226 (234); 34, 293 (302).

26 BVerfGE 108, 150 ff. 162.

27 Gegen den Vorschlag von Henssler auch *Kilger* Ethische Richtlinien für Anwälte? AnwBl. 2008, 824; *Kleine-Cosack* Zerplatzte Fortbildungsträume AnwBl. 2008, 768; *Singer* (Fn. 2), 399 ff. *Singer* (a. a. O., Fn. 80) versteht das Editorial von *Busse* AnwBl. 2008, Heft 11 als Zustimmung zu *Henssler*. *Busse* hat auf dem Anwaltstag in der Diskussion über mein Referat die ethische Bindung des Anwalts bejaht, die Hensslerschen Leitlinien aber abgelehnt. Er hält sie bereits im Ausgangspunkt für gar nicht machbar, weil zu den einzelnen Themen in der Anwaltschaft völlig unterschiedliche Auffassungen bestünden.

wenn das Recht und seine Anwendung nicht unethisch sein sollten, folgen beide – Recht und Ethik – unterschiedlichen Kategorien. Wir sollten das als Juristen akzeptieren und hinnehmen, dass unsere Neigung zur Verrechtlichung zur Ethik nicht passt.

Ich möchte, bevor ich in meinem Gedankengang fortfahre, hier kurz eine Bemerkung einschieben. Einige Kanzleien, zumal solche angelsächsischer Prägung, haben in der jüngsten Zeit Kanzleileitlinien zu den Themen Corporate Social Responsibility und pro bono publico-Aktivitäten formuliert. Für die Vergewisserung im Kreis der Kanzleiangehörigen, wie sich die Kanzlei bei diesen Themenfeldern allgemein aufstellen will, sind solche Richtlinien oder Grundsätze sicher hilfreich. Wenn es um die berufsethische Entscheidung des einzelnen Anwalts in einer konkreten Situation geht, kann es aber sehr wohl zu Gegensätzen kommen. Derartige Kanzlei-Leitlinien können das Gewissen des Einzelnen in der Kanzlei nicht ersetzen oder binden.

IX. Was bleibt zu tun?

Bei aller Kritik an den von ihm vorgeschlagenen ethischen Leitlinien für die Anwaltschaft ist jedoch dem Ausgangspunkt von Henssler zuzustimmen. Es ist dringend erforderlich, dem einzelnen Anwalt das Bewusstsein von Anwaltsethos zu vermitteln, das Bewusstsein, das er nicht nur rechtsnormativ, sondern auch ethisch verantworten muss, wie er sich in der Ausübung seines Berufes verhält.

Wir beklagen allgemein, dass bei vielen Menschen das Bewusstsein von ethischer Verantwortung für das eigene Handeln heute schwächer ausgeprägt ist als früher. Dies ist keine gute Ausgangslage für die Heranbildung des Bewusstseins von anwaltlichem Berufsethos. Die berufsethisch prägende Wirkung der älteren Kollegen in der Kanzlei lässt aus verschiedenen Gründen mehr und mehr nach – der Wettbewerbsdruck wird immer größer, das eigene ethische Bewusstsein der älteren Kollegen immer schwächer, weil sie heute immer jüngeren Generationen angehören, usw. Umso wichtiger ist es, dass anwaltliche Berufsethik und Berufsrecht Pflichtbestandteil der Juristenausbildung und, wie in anderen Ländern, der obligatorischen regelmäßigen anwaltlichen Fortbildung werden. Insofern sind, bildlich gesprochen, Berufsethik und Berufsrecht ein wenig wie zwei Seiten derselben Medaille. Es spricht Bände, dass die Berufsrechte der beiden anderen Organe der Rechtspflege – Richterrecht und Beamtenrecht – Teil der Juristenausbildung sind, das anwaltliche Berufsrecht hingegen praktisch nicht. Und um so wichtiger sind Veranstaltungen des Anwaltstages zu den Fragen des anwaltlichen Berufsethos. Es wäre ein Fehler, von solchen Veranstaltungen fertige Antworten oder gar Patentrezepte zu erwarten. Ethos bildet sich im Dialog, in der Kommunikation mit Anderen, heißt es schon bei *Plato*. Der Weg ist also das Ziel.

Lassen Sie mich als Schlussbemerkung an den Anfang zurückkehren. Die Finanzkrise hat gezeigt, dass die Öffentlichkeit heute bei dem Thema ethisches oder unethisches Verhalten von Angehörigen einzelner Berufe sehr sensibel ist. Bisher steht die Anwaltschaft zum Glück nicht im Fokus der Kritik. Wir sollten alles dafür tun, dass

es auch in Zukunft nicht dazu kommt, indem wir, beginnend mit der Juristenausbildung, das Bewusstsein in der Anwaltschaft stärken, dass anwaltliches Handeln nicht nur berufsrechtlich, sondern auch berufsethisch verantwortet werden muss. Was die Diskussion unter den Berufsangehörigen angeht, sind die Steuerberater weiter als wir. Die Bundeskammerversammlung der Steuerberater hat im Juni 2006 das „Leitbild des steuerberatenden Berufs" verabschiedet und im November 2007 eine Fachtagung zum Thema „Berufsethik der Steuerberater" veranstaltet.[28] Auch das sollte uns Ansporn sein.

28 Berufsrechtstagung des Deutschen wissenschaftlichen Instituts der Steuerberater e. V. 2007, „Berufsethik der Steuerberater" DWS-Schriftenreihe Nr. 16, 2008.

Dipl.-Verwaltungswirt (FH) Andreas Götz*

Die verfassungskonforme Auslegung – zugleich ein Beitrag zu ihrer Stellung im System der juristischen Methodenlehre

Abstract

An der „Schnittstelle von Verfassungswidrigerklärung, Ersatzgesetzgebung und Interpretation". So beschreibt der ehemalige Bundesverfassungsrichter *Udo Steiner* den Standort der verfassungskonformen Auslegung. Er fasst damit das Konfliktpotenzial, welches diesem Instrument vor dem Hintergrund des grundgesetzlichen Gewaltenteilungsprinzips immanent ist, in wenigen Worten zusammen. Der nachfolgende Beitrag greift dies auf und versucht, ausgehend vom Leitgedanken der Respektierung des gesetzgeberischen Regelungsermessens, die Struktur der verfassungskonformen Auslegung aufzuzeigen. Den Abschluss bildet ein Vorschlag für ihre Einordnung in das System der juristischen Methodenlehre, der sowohl ihrer Struktur gerecht wird als auch sicherstellt, dass die durch das Gewaltenteilungsprinzip vorgegebenen Grenzen beachtet werden.

* Der Verfasser studiert im 8. Semester Rechtswissenschaften an der Universität Regensburg. Dank geht an dieser Stelle an Prof. Dr. Dr. h. c. *Ekkehard Schumann* für wertvolle Hinweise und Durchsicht des Manuskripts.

I. Einleitung

1. Die Retter aus Karlsruhe?

Das *BVerfG* als Retter von Rechtssätzen[1] – so ist zu lesen, wenn es um die verfassungskonforme Auslegung geht. Dass dies erklärungsbedürftig ist, erschließt ein Blick in das Grundgesetz. Sucht man dort eine Zuständigkeitsregelung[2] für diese Rettungstätigkeit, so sucht man vergebens, während sowohl Nichtigkeits- als auch Gültigkeitserklärung vorgesehen sind.[3] Mit welcher Legitimation spricht das *BVerfG* also aus, dass „der Grundsatz gilt, da[ss] ein Gesetz nicht für nichtig zu erklären ist, wenn es im Einklang mit der Verfassung ausgelegt werden kann"[4]? Es setzte damit den Grundstein einer Rechtsprechungspraxis, in der es eine Regelung herbeiführt, die den Gesetzgeber vor der Nichtigkeit seines Gesetzes bewahrt[5] und sich verdichtete zu einem Gebot verfassungskonformer Auslegung.[6]

Bereits an dieser Stelle ist auf die Gefahren der verfassungskonformen Auslegung hinzuweisen. *Stern*[7] umschrieb sie mit einem „schmale[n] Grat", der „die Kompetenzen eines über die Verfassungsmäßigkeit von Normen entscheidenden Gerichts von denen des (...) Legislativorgans scheidet". Es geht um das dem Gesetzgeber vorbehaltene Regelungsermessen, welches auszuüben dem Gericht verboten ist.[8] Die wohlmeinende Absicht, ein Gesetz vor der Verfassungswidrigkeit zu bewahren, darf nicht die gesetzlichen Vorgaben ändern.[9] Damit gelangt man zu den Grenzen der verfassungskonformen Auslegung.[10]

---

1 *Schumann* Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozess 1983, S. 83; *ders.* Die materiellrechtsfreundliche Auslegung des Prozessgesetzes in FS für Larenz, 1983, S. 571 (575 f.).

2 Nach der Konzeption des Grundgesetzes ist das *BVerfG* nur in den einzeln aufgeführten Fällen zuständig (Enumerationsprinzip), s. z. B. BVerfGE 1, 396 (408 f.); *Klein* in Benda/ders. Verfassungsprozessrecht 2. Aufl. (2001), Rn. 344; *Knies* Auf dem Weg in den „verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat"? in FS für Stern, 1997, S. 1155 (1160).

3 Art. 93 I Nr. 2 sowie Art. 100 GG; deutlicher die Unterscheidung in § 76 I Nr. 1 und 2 BVerfGG; für Bayern ist in Art. 25 VII BayVfGHG verfassungskonforme Auslegung – jedenfalls andeutungsweise – geregelt.

4 BVerfGE 2, 266 (267 und 282) (unter ausdrücklicher Bezugnahme auf ein Urteil des *BayVerfGH* (DÖV 1952, 373 [ebd.]); s. dazu unten II 2.

5 Statt aller *Steiner* Zum Entscheidungsausspruch und seinen Folgen bei der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle in FS für Leisner, 1999, S. 569 (572 mit Fn. 17).

6 Vgl. BVerfGE 32, 373 (383); *Stern* StaatsR III/2 1994, S. 1147.

7 *Stern* Anmerkung zu BVerfGE 8, 28 NJW 1958, 1435 (ebd.).

8 Statt vieler *Zippelius* Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen in FG BVerfG II, 1976, S. 108 (117); *ders.* Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft 2. Aufl. (1996), S. 429.

9 Vgl. nur *Lüdemann* Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen JuS 2004, 27 (29).

10 S. unten III.

2. Die Präzisierung des Untersuchungsgegenstands

Angesprochen ist damit die Unterscheidung zwischen der (verfassungskonformen) **Auslegung** und der (verfassungskonformen) **Rechtsfortbildung** bzw. ob es eine solche überhaupt gibt.

Ausschlaggebend ist, ob man den möglichen Wortsinn als Auslegungsgrenze akzeptiert[11] oder nicht.[12] Nur im ersten Fall kann man die Auslegung von der Rechtsfortbildung abschichten.[13] Dabei handelt es sich keinesfalls nur um ein terminologisches Glasperlenspiel: Es entscheidet sich hier, ob und wie die verfassungskonforme Auslegung begrenzt wird.

Dass *Savigny* sogar in der Analogie noch „Auslegung" sah,[14] scheint gegen die Wortsinngrenze zu sprechen. So wird denn auch vorgebracht, sie sei kein zuverlässiges Kriterium.[15] Stattdessen will man die Grenze aus dem Gewaltenteilungsprinzip ableiten und bei den „fundamentale[n] Wertungen und Zwecksetzungen" des Gesetzgebers markieren.[16] Für die Wortsinngrenze spricht indes, dass der Wortlaut als Parameter sogar vom Grundgesetz selbst anerkannt wird (Art. 79 I S. 1 GG).[17] Zudem kann sie die Rechtsfindungsstadien systematisieren und so dem Gesetzesanwender zeigen, in welchem Verhältnis zum Gesetz er sich gerade befindet.[18] Wenn nachfolgend von der verfassungskonformen Auslegung die Rede ist, dann immer im Bewusstsein der Grenze des möglichen Wortsinns.[19]

---

11 So die h. M., z. B. BVerfGE 35, 263 (280); 54, 277 (299); 71, 108 (115); *Canaris* Die Feststellung von Lücken im Gesetz 2. Aufl. (1983), S. 23; *Larenz* Methodenlehre der Rechtswissenschaft 6. Aufl. (1991), S. 322 und 366; *Prümm* „Verfassungskonforme Auslegung" – BVerfGE 35, 263 JuS 1975, 299 (301 f. und 303); *Zippelius* Juristische Methodenlehre 10. Aufl. (2006), S. 47.

12 *Wank* Die Auslegung von Gesetzen 3. Aufl. (2005), S. 63 f., 114; in diesem Sinne wohl auch BVerfGE 14, 260 (262).

13 Dazu *Hassold* Strukturen der Gesetzesauslegung in FS für Larenz, 1983, S. 211 (220 f.).

14 Vgl. *Huber* Savignys Lehre von der Auslegung der Gesetze in heutiger Sicht JZ 2003, 1 (10) m. Nachw.

15 *Eckardt* Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung 1964, S. 28 und 34; ähnlich *Wank* (Fn. 12), S. 65.

16 *Eckardt* (Fn. 15), S. 34.

17 *Prümm* (Fn. 11), S. 299 (303).

18 *Prümm* (Fn. 11), S. 299 (303.); vgl. auch *Zippelius* (Fn. 8), 108 (116).

19 Ein Widerspruch zu *Savigny* ist dies nicht – für ihn war Analogie nicht das, was man heute als Analogie bezeichnet, sondern „extensive Auslegung" (vgl. *Huber* [Fn. 14], 1 [10 f.]); die Grenze zwischen Analogie und extensiver Auslegung ist freilich fließend, s. *Würdinger* Die Analogiefähigkeit von Normen AcP 206 (2006), 946 (950 in Fn. 23).

II. Der Begriff und die Legitimation der verfassungskonformen Auslegung

1. Der Begriff

Über den Begriff „verfassungskonforme Auslegung" besteht Konsens:[20] Von mehreren möglichen Normdeutungen, die teils zu verfassungswidrigem, teils zu verfassungsmäßigem Ergebnis führen, sind diejenigen vorzuziehen, die mit der Verfassung in Einklang stehen.[21] Verfassung meint hier den Inbegriff aller Normen, die als „Verfassung" in Geltung gesetzt wurden,[22] also nicht lediglich die Grundrechte.[23]

2. Die Legitimation

a) Die „Vermutung, dass ein Gesetz mit dem Grundgesetz vereinbar ist"

Das *BVerfG* führt aus, dass eine „**Vermutung**" dafür spräche, „da[ss] **ein Gesetz mit dem Grundgesetz vereinbar** ist" und „das in dieser Vermutung zum Ausdruck kommende Prinzip" eine verfassungskonforme Auslegung verlange.[24] Die Literatur formuliert ähnlich.[25] Verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine Norm sollen irrelevant sein, solange nicht die Unmöglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung nachgewiesen ist.[26]

Gegen diese Vermutung wird vorgebracht, sie sei durch die Einrichtung einer verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle entkräftet.[27] Dies überzeugt nicht. Man denke nur an das Strafrecht. Auch dort gilt trotz Strafgerichtsbarkeit unbestritten[28] die Unschuldsvermutung. Allein aus der Existenz einer Kontrollinstanz kann daher nicht auf materiell-rechtliche Folgen geschlossen werden.

---

20 Vgl. nur *Göldner* Verfassung, Rechtsfortbildung und Lücke in FS für Larenz, 1983, S. 199 (200); *Herzog* Neue Wege der Normenkontrolle? BayVBl 1959, 276 (ebd.); *Simon* Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung EuGRZ 1974, 85 (86); *Stern* Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgeber 1997, S. 33.

21 Statt aller z. B. BVerfGE 32, 373 (383 f.); *Bettermann* Die verfassungskonforme Auslegung, Grenzen und Gefahren 1986, S. 20; *Burmeister* Die Verfassungsorientierung der Gesetzesauslegung 1966, S. 3 f.; *Dreier* in ders. (Hrsg.) GG Band I 2. Aufl. (2004), Art. 1 III Rn. 84; *Kuhlen* Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen 2006, S. 1.

22 Also das „Verfassungsgesetz" i. S. *Carl Schmitts* (Verfassungslehre 9. Aufl. [2003] [Neusatz der ersten Aufl. von 1928]), s. *Bogs* Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen 1966, S. 15; *Haak* Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzesauslegung 1963, S. 100.

23 Dann spricht man auch von grundrechtskonformer Auslegung, vgl. *Schumann* Eigenständigkeit und Vielfalt der juristischen Hermeneutik in FS für Canaris II, 2007, S. 1367 (1387).

24 BVerfGE 2, 266 (282) (Hervorhebung hinzugefügt).

25 Z. B. *Bender* Inhalt und Grenzen des Gebots der verfassungskonformen Gesetzesauslegung MDR 1959, 441 (446 f.).

26 *Burmeister* (Fn. 21), S. 92.

27 *Lüdemann* (Fn. 9), 27 (29); *Voßkuhle* Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte AöR 125 (2000), 177 (182).

28 Vgl. *Lindner* Der Verfassungsrechtssatz von der Unschuldsvermutung AöR 133 (2008), 235 (ebd.).

Herleiten könnte man diese Vermutung aus der Überlegung, der Wille der Volksvertretung sei immer auf die Respektierung der Verfassung gerichtet und die Gesetzgebungsorgane übten eine interne Normenkontrolle aus.[29] Ein Blick in die Statistik des *BVerfG* für 2007 zeigt, dass dies nur vordergründig stichhaltig ist: Von 13 geprüften Normen waren lediglich fünf verfassungsgemäß.[30] Auch der hohe durchschnittliche „Gesetzesoutput"[31] von 2,1 Gesetzen pro Woche[32] deutet darauf hin, dass die interne Normenkontrolle eher ein frommer Wunsch ist. Der Vermutung fehlt daher eine tragfähige empirische Basis.[33]

b) Die Einheit der Rechtsordnung und die Stellung der Verfassung in der Normenpyramide

Andere[34] leiten das Gebot verfassungskonformer Auslegung aus dem Gedanken der **Einheit der Rechtsordnung** ab. Die einzelne Norm stehe in einem Zusammenhang nicht nur mit den Normen des gleichen Gesetzes, sondern mit der gesamten Rechtsordnung.[35] Die Rechtsvorschrift sei so auszulegen, dass sie ohne Widerspruch zur Verfassung bestehen könne. Verbunden wird dies mit einem Rekurs auf die **Stellung der Verfassung im Stufenbau der Rechtsordnung.** Aus ihrem Charakter als ranghöheres Recht folge, dass sie die rangniedrigeren Normen „überstrahlt",[36] sodass letztere nicht nur nicht entgegen, sondern in Übereinstimmung mit der Verfassung auszulegen seien.[37]

Einheit und Stufenbau der Rechtsordnung sind zwar notwendige, aber nicht hinreichende Argumente für ein Gebot verfassungskonformer Auslegung. Die Einheit der Rechtsordnung könnte ebenso gesichert werden durch ein bloßes Verbot der Auslegung im Widerspruch zur Verfassung.[38] Zudem könnte man ihr nicht nur durch eine verfassungskonforme Gesetzesauslegung, sondern auch durch eine gesetzeskonfor-

29 *Bogs* (Fn. 22), S. 21; *Haak* (Fn. 22), S. 190; zu dieser „Selbstkontrolle" *Pestalozza* Gesetzgebung im Rechtsstaat NJW 1981, 2081 (2085 f.).

30 Statistik des *BVerfG* für 2007, A VII, abrufbar unter http://www.bverfg.de/organisation/statistik_2007.html (zuletzt besucht: 14.08.2009).

31 S. *von Beyme* Der Gesetzgeber 1997, S. 335; vgl. auch *Pestalozza* (Fn. 29), 2081 (ebd. und 2082), der feststellt, dass der „Normen-Appetit einer unersättlichen Gesellschaft den Gesetzgeber zu immer erneuter, ununterbrochener Produktion herauszufordern [scheint]".

32 Zahl der verkündeten Gesetze pro Woche, s. *Reutter* Struktur und Dauer der Gesetzgebungsverfahren des Bundes ZParl 38 (2007), 299 (309) (in der 15. Wahlperiode des Deutschen Bundestags lag die durchschnittliche Zahl sogar bei 2,5 Gesetzen pro Woche).

33 So i. Erg. schon *Canaris* Die verfassungskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre in FS für Kramer, 2004, S. 141 (147); *Michel* Die verfassungskonforme Auslegung JuS 1961, 274 (ebd.); *Stern* (Fn. 6), S. 1149.

34 *Hesse* Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland 20. Aufl. (1999), Rn. 81; *Zippelius* (Fn. 8), S. 108 (109); *ders.* (Fn. 8), S. 425.

35 *Bogs* (Fn. 22), S. 22 f.; *Zippelius* (Fn. 8), S. 108 (109).

36 *Michel* (Fn. 33), 274 (276).

37 *Ebd.*, 274 (276); *Zippelius* (Fn. 11), S. 53.

38 *Michel* (Fn. 33), 274 (275).

me Verfassungsauslegung Rechnung tragen.[39] Auch der Stufenbau der Rechtsordnung genügt als Begründung nicht. Zwar ist richtig, dass er es verbietet, rangniedrigere Normen in Widerspruch zu ranghöheren zu setzen[40] – was man durch die verfassungskonforme Auslegung auch erfüllt. Jedoch könnte man dies auch dadurch erreichen, dass man die fragliche Norm als verfassungswidrig beanstandet.[41] Es bedarf weitergehender Begründung, um gerade die Vermeidung der Nichtigkeitserklärung zu legitimieren.

c) Die Normerhaltung

Eine solche Begründung könnte in dem **Gedanken der Normerhaltung** liegen: Verfassungswidrige Deutungsvarianten einer Norm sollen im Wege der Auslegung – anstelle von (Teil-)Kassation – beseitigt werden, um ein sonst entstehendes Rechtsvakuum zu vermeiden und den Gesetzgeber nicht ständig mit Gesetzeskorrekturen zu behelligen.[42]

Zur Erklärung dieses „konservierende[n] Prinzip[s]"[43] mit dem gebotenen Respekt vor dem Gesetzgeber führt *Canaris*[44] ein „Gedankenexperiment" durch und überlegt, wie es wäre, würde man eine Norm schon bei der bloßen Möglichkeit ihrer Auslegung mit verfassungswidrigem Inhalt als verfassungswidrig beanstanden. Er erkennt darin eine Parallele zu dem Grundsatz der kundenfeindlichsten Auslegung von AGB. Entscheidend ist für *Canaris*, dass es „geradezu **ungehörig** gegenüber dem Gesetzgeber" wäre, würde man diese Vorgehensweise auf seine Gesetze übertragen.[45] Denn während die AGB-Kontrolle zu den klassischen Aufgaben der Gerichte gehöre, sei die Kontrolle von Gesetzen ein „heikles Unterfangen", weil der Gesetzgeber mit ihnen ja seine „ureigenste Aufgabe" erfülle. Man müsse ihn deshalb vor Übergriffen der Rechtsprechung schützen.[46]

Vor dem Hintergrund, dass der Verwender mit dem Einsatz von AGB von seiner grundgesetzlich verbürgten Privatautonomie[47] Gebrauch macht und ausgehend hiervon jede judikative Prüfung von Verträgen – ob mit oder ohne AGB – ein Eingriff in diese Freiheitssphäre ist,[48] erscheint fraglich, ob zwischen der gerichtlichen Kontrolle von Gesetzen und der von AGB-Klauseln der normative Unterschied besteht, den

39 *Campiche* Die verfassungskonforme Auslegung 1978, S. 13; gesetzeskonforme Verfassungsauslegung wird als unzulässig angesehen, vgl. statt vieler *Stern* StaatsR I 2. Aufl. (1984), S. 137 m. w. N. in Fn. 196.

40 Vgl. *Campiche* (Fn. 39), S. 13; *Zippelius* (Fn. 11), S. 38 f.

41 *Canaris* (Fn. 33), S. 141 (148); *ders.* Gemeinsamkeiten zwischen verfassungs- und richtlinienkonformer Rechtsfindung in FS für Schmidt, 2006, S. 41 (43); *Voßkuhle* (Fn. 27), 177 (183).

42 *Canaris* (Fn. 41), 41 (43); *Voßkuhle* (Fn. 27), 177 (183); *Zippelius* (Fn. 8), S. 427 f.

43 *Schack* Die verfassungskonforme Auslegung JuS 1961, 269 (270).

44 *Canaris* (Fn. 33), 141 (149).

45 *Ebd.*, S. 141 (149) (Hervorhebung im Original).

46 *Ebd.*, S. 141 (149).

47 Vgl. *Starck* in von Mangoldt/Klein/ders. (Hrsg.) GG Band 1 5. Aufl. (2005), Art. 2 Rn. 145.

48 S. nur Staudinger/*Coester* BGB Neubearb. 2006, § 307 Rn. 2; *Murswiek* in Sachs (Hrsg.) GG 5. Aufl. (2009), Art. 2 Rn. 55 a.

Canaris ausmachen will.[49] Geböte es die Privatautonomie nicht geradezu, AGB-Klauseln „gesetzeskonform" auszulegen?[50]

Gleichwohl ist der Gedanke des Respekts vor dem Gesetzgeber – den auch das *BVerfG* fruchtbar macht[51] – zutreffend. Untermauern lässt er sich mit einem Übermaßverbot zwischen Judikative und Legislative,[52] abgeleitet aus dem Prinzip der Organtreue,[53] das der horizontalen Gewaltenteilung immanent ist und sich in einer Pflicht der Staatsgewalten zur „Selbstbeschränkung und loyaler Rücksichtnahme"[54] manifestiert.

Endlich fordert auch die Rechtssicherheit ein Streben nach Normerhaltung. Sie wäre beeinträchtigt, würden Rechtsvorschriften durchweg kassiert, sodass ein rechtsfreier Raum entstünde.[55] Der Bogen darf dabei aber nicht überspannt werden: Wird die verfassungskonforme Auslegung derart betrieben, dass der Norm ein Verständnis gegeben wird, das aus dem Text nicht mehr erkennbar ist, tangiert dies die Rechtssicherheit in gleicher Weise (u. U. noch stärker).[56]

III. Die Grenzen der verfassungskonformen Auslegung

Das *BVerfG* hat mehrfach festgestellt, dass das Gebot der verfassungskonformen Auslegung „[seine] Grenzen [dort findet], wo [es] zum Wortlaut der Norm und zum klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch treten würde".[57] Das Schrifttum stimmt dem einhellig zu.[58]

---

49 Außerdem ist ja die Normenkontrolle explizit Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit, vgl. nur *Knies* (Fn. 2), 1155 (1159).

50 Das Prinzip der kundenfeindlichsten Auslegung gründet jedenfalls nicht darin, dass der Verwender mit dem Einsatz von AGB seinen (wie auch immer gearteten) Bereich verlässt und man ihm deshalb weniger „Respekt" entgegenzubringen hat (zu seinem *telos* vgl. *Coester* [Fn. 48], § 307 Rn. 3 ff.; Palandt/*Grüneberg* BGB 69. Aufl. [2010], § 305 c Rn. 19 ff.; Vorb v § 307 Rn. 8).

51 Z. B. BVerfGE 86, 288 (320); 110, 226 (267).

52 S. *Zippelius* (Fn. 8), S. 108 (111); *ders.* (Fn. 8), S. 427; dieses führt auch *Canaris* (Fn. 33), 141 (152), an.

53 Statt vieler *Sommermann* in von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.) GG Band 2 5. Aufl. (2005), Art. 20 III Rn. 260.

54 *Sommermann* (Fn. 53), Art. 20 III Rn. 260.

55 *Imboden* Normkontrolle und Norminterpretation in FS für Huber, 1961, S. 133 (142); *Ipsen* Richterrecht und Verfassung 1975, S. 172; bei dieser Betrachtung darf allerdings nicht außer Acht gelassen werden, dass das *BVerfG* auch die Möglichkeit hat, die betreffende Norm „nur" für verfassungswidrig zu erklären und dem Gesetzgeber eine Korrekturfrist zu setzen, s. dazu *Schlaich/Korioth* Das Bundesverfassungsgericht 7. Aufl. (2007), Rn. 394 ff.

56 S. zu diesem Aspekt sogleich bei Fn. 88.

57 St. Rspr., z. B. BVerfGE 110, 226 (267); vgl. auch BVerfGE 8, 28 (33 f. und 41); 18, 97 (111); 34, 165 (200); 67, 382 (390); 71, 81 (105); 86, 288 (320); 90, 263 (275); 95, 64 (93); 112, 164 (183).

58 Statt vieler *Geis* Die „Eilversammlung" als Bewährungsprobe verfassungskonformer Auslegung – Verfassungsrechtsprechung im Dilemma zwischen Auslegung und Rechtsschöpfung NVwZ 1992, 1025 (1027); *Löwer* in Isensee/Kirchhof (Hrsg.) HbdStR III 3. Aufl. (2005), S. 1417; *Zippelius* (Fn. 8), S. 108 (115 ff.).

1. Der Wille des Gesetzgebers

Laut *BVerfG* „darf (...) verfassungskonforme Auslegung das gesetzgeberische Ziel [nicht] in einem wesentlichen Punkte verfehlen oder verfälschen".[59] Insoweit tastet man sich an den durch das Gewaltenteilungsprinzip (Art. 20 II S. 2 GG) zwischen Legislative und Judikative gezogenen Grenzen entlang.[60] Die Normsetzung gehört zu den Aufgaben des unmittelbar demokratisch legitimierten Gesetzgebers, dessen Normen das *BVerfG* nur nachprüfen kann.[61] Bei der verfassungskonformen Auslegung kommt es zum Schwur: Sie beschränkt sich nicht auf die Nachprüfung, sondern beeinflusst den Inhalt und Anwendungsbereich der Norm – im Extremfall wird nicht mehr geprüft, „was der Gesetzgeber geregelt **hat**, sondern was er **hätte** regeln können".[62] Dann ist man zu weit gegangen. *Steiner*[63] formuliert treffend, die Grenze sei dann überschritten, wenn der Gesetzgeber die von ihm getroffene Regelung **nach** der Interpretation inhaltlich nicht wieder erkenne.

Freilich ist diese Grenze keinesfalls scharf konturiert.[64] So verwundert nicht, wenn kritische Stimmen – sogar (ehemaliger) Verfassungsrichter[65] – die Judikatur des *BVerfG* als kühn gehandhabte Praxis[66] mit „allzu viel Konformitätsakrobatik"[67] geißeln.

Die Kritik gründet nicht zuletzt in zweifelhaften Entscheidungen des Gerichts. So formulierte es mehrfach, es genüge, wenn von dem Willen des Gesetzgebers „das Maximum dessen aufrecht erhalten bleibt, was nach der Verfassung aufrecht erhalten werden kann".[68] Gemeint ist der Fall, dass der Gesetzgeber weiter gehen wollte, als es ihm die Verfassung erlaubt und sein Wille auf das zulässige Maß gekappt wird. Der Gesetzgeber muss aber auch frei sein, zu entscheiden, ob er seinen so reduzierten Willen weiter als Regelung bestehen lassen möchte oder anstelle dessen eine andere Regelung treffen will.[69] Im Ergebnis deutet das *BVerfG* den gesetzgeberischen Willen um.[70]

---

59 BVerfGE 8, 28 (34); vgl. auch BVerfGE 54, 277 (299 f.) (dort nur „Verfehlen" erwähnt).

60 *Canaris* (Fn. 41), 41 (43); *Kuhlen* (Fn. 21), S. 11: „gravierendes Gewaltenteilungsproblem".

61 Vgl. statt aller *Simon* (Fn. 20), 85 (89).

62 *Simon* (Fn. 20), 85 (89) (Hervorhebung im Original); vgl. auch das Sondervotum von *Rupp-von Brünneck/ders.* zu BVerfGE 33, 52 ff. ab S. 78 (ebd.): „Verlagerung gesetzgeberischer Verantwortung auf das Gericht".

63 *Steiner* (Fn. 5), S. 569 (573); ähnlich *Hesse* (Fn. 34), Rn. 83: „wenn der Inhalt, den das Gericht dem Gesetz in verfassungskonformer Auslegung gibt, nicht mehr ein minus, sondern ein aliud gegenüber dem ursprünglichen Gesetzesinhalt enthält".

64 Vgl. *Hassold* (Fn. 13), 211 (220); *Löwer* (Fn. 58), S. 1418; *Stern* (Fn. 7), S. 1435 (ebd.).

65 Darauf macht *Klein* (Fn. 2), Rn. 1286 (in Fn. 167), aufmerksam.

66 *Klein* Gedanken zur Verfassungsgerichtsbarkeit in FS für Stern, 1997, S. 1135 (1137 ff.).

67 *Stern* Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgeber 1997, S. 33; ähnlich *ders.* StaatsR II 1980, S. 959; kritisch auch *Klein* (Fn. 2), Rn. 1285.

68 Z. B. BVerfGE 33, 52 (70) (vgl. auch *Rupp-von Brünneck/Simon* [Fn. 62], 78 [83]).

69 *Michel* (Fn. 33), S. 274 (279).

70 So schon *Larenz* (Fn. 11), S. 340.

2. Der Wortlaut der Norm

Wenn man die Auslegung als vom Wortlaut begrenzt ansieht,[71] erübrigt sich eine gesonderte Behandlung des Wortlauts als Grenze der verfassungskonformen **Auslegung**. Gleichwohl wird sie in Stellungnahmen herkömmlich angesprochen,[72] so auch hier.

Die Wortlautgrenze ist überschritten, wenn die verfassungskonforme Auslegung auf eine Korrektur des vom Gesetzgeber geschaffenen Normtexts hinausläuft.[73] *Stern*[74] formuliert, dass sich die Auslegung „in einem Akt der Konkretisation [sic!] einer geschaffenen Norm" erschöpfen müsse und nicht in die „Gewinnung einer erst zu schaffenden Norm" umschlagen dürfe. Es geht also auch hier um die vom Gewaltenteilungsprinzip vorgegebene Grenzziehung. Und wieder ist dem *BVerfG* mangelnde Stringenz seiner Judikatur zu attestieren.[75] Als Beispiel mag die (grundrechtskonforme[76]) Auslegung von § 14 I VersG im Zusammenhang mit Spontan-[77] und Eilversammlungen[78] dienen. Für erstere soll § 14 I VersG nicht gelten. Im Wortlaut wird dies an dem fehlenden „[V]eranstalten" bei Spontanversammlungen festgemacht und damit § 14 I VersG vor der (Teil-)Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen Art. 8 I GG bewahrt. Eilversammlungen sollen „bei **verfassungskonformer Interpretation** von § 14 I VersG (...) anzumelden [sein], sobald die Möglichkeit dazu besteht".[79] Der Wortlaut von § 14 I VersG gibt für diese Verkürzung der Anmeldefrist nichts her, § 14 I VersG hätte konsequenterweise (teilweise) für verfassungswidrig erklärt werden müssen. Die Grenze des möglichen Wortsinns steht einer verfassungskonformen Interpretation jedenfalls entgegen.[80] [81]

Ein weiteres Beispiel für die Missachtung seiner sich selbst gezogenen Grenzen liefert das *BVerfG* in seinem Beschluss über den Haftgrund der Tatschwere bei der Untersuchungshaft (§ 112 III StPO [§ 112 IV StPO a. F.]) sowie die Haftverschonung

---

71 S. oben I 2.

72 Z. B. BVerfGE 8, 28 (34 und 41); 9, 194 (200); 18, 97 (111); 35, 263 (280); statt vieler im Schrifttum *Geis* (Fn. 58), 1025 (1027); *Müller/Christensen* Juristische Methodik I 9. Aufl. (2004), Rn. 101; *Steiner* (Fn. 5), 569 (573).

73 *Geis* (Fn. 58), 1025 (1127); *Müller/Christensen* (Fn. 72), Rn. 101.

74 *Stern* (Fn. 7), 1435 (ebd.).

75 Vgl. *Steiner* (Fn. 5), 569 (573) (auch *Steiner* ist Bundesverfassungsrichter a. D. [vgl. im Text bei Fn. 65]).

76 Vgl. oben Fn. 23.

77 BVerfGE 69, 315 (350 ff.).

78 BVerfGE 85, 69 (75).

79 BVerfGE 85, 69 (75) (Hervorhebung hinzugefügt).

80 Vgl. schon *Geis* (Fn. 58), 1025 (1031) sowie das Sondervotum von *Seibert/Henschel* zu BVerfGE 85, 69 ff. ab S. 77 (ebd.).

81 Im Zuge des Gesetzes zur Änderung des GG vom 28.08.2006 (BGBl. I 2006, 2034) („Föderalismusreform") ist die Gesetzgebungskompetenz für das Versammlungsrecht den Ländern zugefallen. Der bayerische Gesetzgeber hat im BayVersG vom 22.07.2008 (GVBl. 2008, 421) in Art. 13 III, IV sowohl Eil- als auch Spontanversammlungen legaldefiniert und das Anzeigeerfordernis des Art. 13 I für sie eingeschränkt. Für Länder, in welchen das VersG des Bundes weiterhin gilt (Art. 125a I GG), bleibt die Frage aktuell.

nach § 116 StPO.[82] Nach § 112 III Halbs. 2 StPO ist bei dringendem Tatverdacht einer der aufgezählten Straftaten kein Haftgrund erforderlich. Die Richter sahen darin einen Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.[83] Obgleich der Wortlaut insoweit keinen Spielraum lässt, fordern sie daher für den Erlass eines Haftbefehls nach § 112 III StPO ebenfalls einen entsprechenden Haftgrund, der zwar nicht durch „bestimmte Tatsachen" belegt werden muss, wohl aber „nicht auszuschließen" sein darf.[84] Mit **Auslegung** hat dies nichts mehr zu tun.[85] Und als ob dies nicht genug wäre, bejaht das Gericht noch die Möglichkeit einer Vollzugsaussetzung nach § 116 StPO im Falle einer Verhaftung nach § 112 III StPO[86] – obwohl § 116 StPO diese Vorschrift nicht erwähnt. Diese Rechts(er)findung mag noch mit dem Willen des Gesetzgebers vereinbar sein;[87] mit dem Wortlaut ist sie es jedenfalls nicht. Dieses Beispiel zeigt anschaulich, dass sich der wohlgemeinte Gedanke der Rechtssicherheit auch in sein Gegenteil verkehren kann.[88] Ohne Kenntnis der Rechtsprechung des *BVerfG* können § 112 III und § 116 StPO nicht mehr angewendet werden.[89]

Nichts anderes gilt nach dem Urteil des *BVerfG* zur Geldwäsche durch Strafverteidiger[90] für § 261 StGB. Im ersten Leitsatz liest man, § 261 II Nr. 1 StGB sei mit dem Grundgesetz (genauer Art. 12 I GG) nur vereinbar, soweit Strafverteidiger nur mit Strafe bedroht werden, wenn sie im Zeitpunkt der Annahme des Honorars sichere Kenntnis von dessen Herkunft aus einer Katalogtat hatten.[91] Eine Strafbarkeit bedingt vorsätzlicher und leichtfertiger (§ 261 V StGB) Taten soll unverhältnismäßig in Art. 12 I GG eingreifen.[92] Zu dieser – nach seiner Ansicht – verfassungskonformen Auslegung des Geldwäschetatbestands gelangt das Gericht auf herkömmlichem Weg: Zunächst werden Gebot und Grenzen der verfassungskonformen Auslegung formuliert, bevor § 261 II Nr. 1 StGB daran gemessen wird.[93] Weder durch den Wortlaut des Gesetzes noch durch den entgegenstehenden Willen des

82 BVerfGE 19, 342 ff.

83 BVerfGE 19, 342 (350); ebenso *Meyer-Goßner* in ders. Strafprozessordnung 52. Aufl. (2009), § 112 Rn. 37: „Die Vorschrift enthält einen offensichtlichen Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz."

84 BVerfGE 19, 342 (350 f.).

85 So schon *Roxin/Schünemann* Strafverfahrensrecht 26. Aufl. (2009), § 30 Rn. 10: „In Wirklichkeit handelt es sich dabei weniger um eine Auslegung als um eine Umdeutung des Gesetzes."; a. A. *Krey* Zur Problematik richterlicher Rechtsfortbildung contra legem JZ 1978, 361 (367).

86 BVerfGE 19, 342 (352 f.) (ebenfalls aus Verhältnismäßigkeitsgründen); zust. *Meyer-Goßner* (Fn. 83), § 116 Rn. 18.

87 Dezidiert BVerfGE 19, 342 (353).

88 S. bereits o. bei Fn. 55.

89 So schon *Schlaich/Korioth* (Fn. 55), Rn. 450; auch die *Schönfelder*-Redaktion scheint diese Einschätzung zu teilen, vgl. Fn. zu § 116 StPO.

90 BVerfGE 110, 226 ff. (bestätigt in *BVerfG* NJW 2005, 1707 f.).

91 BVerfGE 110, 226 (ebd.); für eine einschränkende verfassungskonforme „Auslegung" des objektiven Tatbestands in einem solchen Fall *OLG Hamburg* NJW 2000, 673 ff. (krit. statt vieler *Burger/Peglau* Geldwäsche durch Entgegennahme „kontaminierten" Geldes als Verteidigerhonorar wistra 2000, 161 [ebd. und 162]).

92 BVerfGE 110, 226 (262 ff.).

93 BVerfGE 110, 226 (267 ff.).

Normgebers sehen sich die Richter gehindert, die Norm wie dargelegt zu interpretieren.[94] Kritik an diesem **Auslegungs**ergebnis kann an beiden Punkten ansetzen.[95] Was den Wortlaut betrifft, so verlangt die Norm Vorsatz. Obgleich das Gesetz an anderen Stellen ausdrücklich besondere Vorsatzerfordernisse aufstellt (z. B. § 258 StGB), sieht sich das *BVerfG* nicht gehindert, solche auch in § 261 II Nr. 1 StGB hineinzulesen.[96] Da § 15 StGB bewusst keine Definition des Vorsatzes enthält,[97] kann man dies (noch) als mit dem Wortlaut vereinbar ansehen. Überschritten ist die Wortlautgrenze jedenfalls, wenn das Gericht leichtfertiges Handeln nicht ausreichen lässt und damit § 261 V StGB schlicht für unanwendbar erklärt.[98] Auch den Willen des Gesetzgebers hat es nicht an seiner Seite: Dieser zielte bewusst auf eine weite Gesetzesfassung ab.[99] Das Problem der Tatbestandsweite ist im Gesetzgebungsverfahren erörtert worden.[100] Die Annahme, der Gesetzgeber hätte eine Einschränkung vorgesehen, wäre er sich der verfassungsrechtlichen Problematik bewusst gewesen,[101] trifft daher nicht zu.[102]

3. Stellungnahme: Plädoyer für striktere Beachtung der Gewaltenteilung und restriktiven Einsatz der verfassungskonformen Auslegung

Dass die verfassungskonforme Auslegung gerade wegen der Stellung an der „Schnittstelle von Verfassungswidrigerklärung, Ersatzgesetzgebung und Interpretation“[103] voller Brisanz ist, steht außer Zweifel. Dies belegen nicht zuletzt die zahlreichen Sondervoten[104] bei Entscheidungen, in welchen sie zur Anwendung kam. Dem *BVerfG* sollten diese Sondervoten eine Mahnung sein und dazu anhalten, die aufgezeigten Grenzen strikt zu beachten,[105] was sich wie folgt untermauern lässt:

---

94 BVerfGE 110, 226 (267).

95 Vgl. auch die Nachw. bei *Wohlers* Anmerkung zu BVerfGE 110, 226 JZ 2004, 678 (679) (dort in Fn. 10 f.).

96 BVerfGE 110, 226 (267).

97 S. nur *Kühl* Strafrecht Allgemeiner Teil 6. Aufl. (2008), § 5 Rn. 6; auf diesen Aspekt beruft sich das *BVerfG* ausdrücklich (BVerfGE 110, 226 [267]).

98 Vgl. BVerfGE 110, 226 (267); auch hier ist § 261 StGB im *Schönfelder* daher mit einer Fußnote versehen, die den ersten Leitsatz der Entscheidung enthält (s. schon o. Fn. 89).

99 Der Wille des Gesetzgebers wird dargelegt in BGHSt. 47, 68 (72 f.) und *OLG Hamburg* NJW 2000, 673 (674 f.); sehr krit. im Hinblick auf den entgegenstehenden gesetzgeberischen Willen z. B. *Fischer* Strafgesetzbuch 57. Aufl. (2010), § 261 Rn. 36.

100 Vgl. BT-Drs. 11/7663, S. 26 f., und 12/989, 27.

101 BVerfGE 110, 226 (268).

102 *Fischer* (Fn. 99), § 261 Rn. 36.

103 *Steiner* (Fn. 5), 569 (572).

104 Z. B. *Mahrenholz* Sondervotum zu BVerfGE 86, 288 ff. ab S. 340; *Rupp-von Brünneck/Simon* (Fn. 62), 78 ff.; *Seibert/Henschel* (Fn. 80), 77 ff.

105 In diesem Sinne schon *Stern* (Fn. 39), S. 137; vgl. auch *Hesse* Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit in FS für Huber, 1981, S. 261 (263), der an den sog. „judicial self-restraint“ appeliert (zu diesem *Schenke* Der Umfang der bundesverfassungsgerichtlichen Kontrolle NJW 1979, 1321 [1324 ff.]).

Das *BVerfG* ist als Verfassungsorgan[106] an der Gesamtwillensbildung des Staates beteiligt.[107] Während es über die Kompetenzen der anderen Verfassungsorgane entscheiden kann,[108] bestimmt es seine eigene Rolle innerhalb dieses Zusammenwirkens selbst.[109] Weder in der deutschen Verfassungsgeschichte noch im Ausland gibt es ein Gericht mit gleicher Machtfülle.[110] Dem entspricht die Notwendigkeit einer Selbstbeschränkung.[111]

Die verfassungskonforme Auslegung hat eine „pädagogische Schwäche".[112] Solange sie großzügig eingesetzt wird, muss der Gesetzgeber nicht lernen, den verfassungsrechtlichen Vorgaben zu entsprechen, da er mit einer Rettung durch das *BVerfG* rechnen darf. Zwar wird er sich auch bei einer Nichtigkeitserklärung entlastet fühlen. Wenn er nämlich weiß, dass das Gericht im Falle eines Falles alles richtet,[113] wird er sich stärker darauf verlassen, dass seine Fehltritte korrigiert werden. Gleichwohl ist die pädagogische Schwäche bei der verfassungskonformen Auslegung ungleich größer. Eine (gewagte) verfassungskonforme Auslegung wird vom Gesetzgeber weniger als Niederlage empfunden als eine Nichtigkeitserklärung.[114]

Dies lässt sich gegen die angemahnte Restriktion nicht anführen. Indes bringen die Befürworter einer großzügigen verfassungskonformen Auslegung vor, das *BVerfG* gerate bei Nichtigkeitserklärungen viel eher in den Verdacht, Politik zu betreiben, als bei „gewagter verfassungskonformer Auslegung".[115] Die konsequente Beachtung des gesetzgeberischen Regelungsermessens erwecke paradoxerweise den „Eindruck des Hineinregierens" durch das *BVerfG*. Dieser Ansicht lässt sich entgegnen, dass sie ausschließlich (rechts-)politisch argumentiert. Dies kann nicht die von der Verfassung (Art. 20 II S. 2 GG) unveränderlich (Art. 79 III GG) gezogenen Grenzen aushebeln.

Endlich greift auch der Einwand zu kurz, der Gesetzgeber könne sein Übergewicht der lex posterior nutzen und für die Zukunft seinem Willen wieder Geltung verschaffen.[116] Dies verkennt den Aufwand und die Schwierigkeiten eines jeden Gesetzgebungsverfahrens.[117]

---

106 Statt aller *Schumann* (Fn. 1), S. 49 f.

107 *Maurer* Staatsrecht I 5. Aufl. (2007), § 12 Rn. 23; *Wintrich* Aufgaben, Wesen, Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit in FS für Nawiasky, 1956, 191 (201); das *BVerfG* muss freilich warten, bis es angerufen wird, vgl. *Knies* (Fn. 2), 1155 (1160 f.); *Pestalozza* Verfassungsprozessrecht 3. Aufl. (1991), § 1 Rn. 2.

108 I. d. R. im Verfahren nach Art. 93 I Nr. 1 GG, § 13 Nr. 5, §§ 63 ff. BVerfGG.

109 *Hesse* (Fn. 105), 261 (263).

110 *Rupp-von Brünneck* Verfassungsgerichtsbarkeit und gesetzgebende Gewalt AöR 102 (1977), 1 (ebd.); *Stern* (Fn. 20), S. 11, zieht (vorsichtig) eine Parallele zum *US Supreme Court*.

111 *Hesse* (Fn. 105), 261 (263).

112 *Pestalozza* (Fn. 107), § 20 Rn. 9 (in Fn. 17); *Voßkuhle* (Fn. 27), 177 (189 f.).

113 Vgl. *Knies* (Fn. 2), 1155 (1162).

114 *Seetzen* Bindungswirkung und Grenzen der verfassungskonformen Gesetzesauslegung NJW 1976, 1997 (2000).

115 *Ebd.*, 1997 (2000).

116 So aber *Klein* (Fn. 66), 1135 (1138); *Löwer* (Fn. 58), S. 1418.

117 *Voßkuhle* (Fn. 27), 177 (187); anschaulich *Ipsen* (Fn. 55), S. 172.

IV. Die Stellung der verfassungskonformen Auslegung im System der Methodenlehre

1. Der Überblick über den Meinungsstand

Ihr Verhältnis zu den herkömmlichen Auslegungsmitteln bezeichnet *Canaris* als das „methodologisch und praktisch wichtigste Sachproblem" der verfassungskonformen Auslegung.[118] Es scheint sich auch um eines der streitigsten zu handeln. So liest man, sie stehe nicht auf einer Stufe mit den klassischen Auslegungskriterien, sondern es handle sich um eine besondere Erscheinungsform systematischer und objektiv-teleologischer Auslegung, die Vorrang genieße.[119] Andere sehen die verfassungskonforme Auslegung als Unterfall der systematischen Auslegung,[120] wiederum andere als „erweiterte, (...) umfassende systematische Auslegung".[121] Zum Teil wird explizit gesagt, sie gehe über die systematische Auslegung hinaus.[122] *Larenz* reiht sie auf einer Ebene mit den übrigen Kriterien der Auslegung ein und betont, Verfassungskonformität sei ein Auslegungskriterium.[123] *Göldner*[124] sieht sie als „Regelprinzip jeder Interpretation". Andernorts wird gerade ihre Eigenständigkeit betont und sie herausgehoben aus der „verfassungsorientierte[n] Auslegung".[125] Schließlich lehnt man sie als Rechtfindungsmethode gänzlich ab und ordnet sie als Teilnichtigkeitserklärung ein.[126]

2. Eine interpretatorische Vorrangregel zugunsten der verfassungskonformen Auslegung?

Dass *Canaris* sie jüngst in drei Stellungnahmen[127] vertiefte, gibt Anlass, sich zunächst genauer mit der Frage nach einer interpretatorischen Vorrangregel zugunsten der verfassungskonformen Auslegung zu befassen.

---

118 *Canaris* (Fn. 41), 41 (45).

119 *Bogs* (Fn. 22), S. 25; *Hassold* (Fn. 13), 211 (234); zu dem Vorrang s. *Canaris* (Fn. 33), 141 (154).

120 *Gern* Die Rangfolge der Auslegungsmethoden von Rechtsnormen VerwArch 80 (1989), 415 (418); *Rüthers* Rechtstheorie 4. Aufl. (2008), Rn. 763.

121 *Haak* (Fn. 22), S. 234.

122 *Müller/Christensen* (Fn. 72), Rn. 100; *Campiche* (Fn. 39), S. 73, zählt sie zu den „anderen Hilfsmitteln" der Auslegung.

123 *Larenz* (Fn. 11), Inhaltsverzeichnis (S. XIII [Kap. 4, 2 a–g]) und S. 339 (ohne Aussage über eine Vorrangstellung); ähnlich *Prümm* (Fn. 11), 299 (302).

124 *Göldner* (Fn. 20), S. 67.

125 *Lüdemann* (Fn. 9), 27 (28); *Stern* (Fn. 39), S. 136; *Voßkuhle* (Fn. 27), 177 (180); *Wank* Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung durch die Fachgerichte JuS 1980, 545 (547 f.); für *Simon* (Fn. 20), 85 (86), ist diese Unterscheidung „heuristischer Natur".

126 *Bettermann* (Fn. 21), S. 22, 26 und 35; ähnlich sein Schüler *Skouris* Teilnichtigkeit von Gesetzen 1973, S. 105 f.

127 *Canaris* Das Rangverhältnis der „klassischen" Auslegungskriterien, demonstriert an Standardproblemen aus dem Zivilrecht in FS für Medicus, 1999, S. 25 (52 und 58 ff.); *ders.* (Fn. 33), 141 (142 ff.) sowie *ders.* (Fn. 41), 41 (45 ff.); vgl. auch *Schumann* (Fn. 23), 1367 (1386 f.).

a) Die interpretatorische Vorrangregel und die verfassungskonforme Auslegung

Ausgangspunkt ist die hier zu unterstellende Prämisse, dass die einzelnen Auslegungskriterien nicht in einem strikten Rangverhältnis zueinander stehen, sondern bloße Argumente sind, die je nach Fallgestaltung bei der Ergebnisfindung unterschiedlich gewichtet werden.[128] Ein strikter interpretatorischer Vorrang lässt sich verdeutlichen, indem man ihn zu seinem Gegenteil, den Gewichtungsvorrang, in Bezug setzt.

Bei dem **Gewichtungsvorrang** ist die Situation wie folgt: Alle Auslegungskriterien stehen sich zunächst gleichrangig gegenüber. Man sammelt grammatische, historische, systematische und teleologische Argumente, gewichtet sie und wägt sie (im Konfliktfall) gegeneinander ab, um dann schließlich das gewichtigste oder die gewichtigsten Argumente entscheiden zu lassen.[129] Für die verfassungskonforme Auslegung bedeutete dies, dass man sie als eines von mehreren Kriterien betrachtete und ihr im Rahmen der Abwägung den Vorzug gäbe.[130]

Anders ist die Situation bei dem **Interpretationsvorrang**. Hier findet eine Abwägung gar nicht statt, einem Auslegungskriterium kommt absoluter Vorrang zu.[131] Die übrigen Kriterien erfahren einen Funktionswandel: Sie haben keinen Einfluss mehr auf die Ergebnisgewinnung, sondern nur noch auf die Frage, ob sich das mit der Vorrangregel ermittelte Ergebnis noch in den Grenzen der Auslegung bewegt.[132] Für die verfassungskonforme Auslegung hieße dies, es würde nur geprüft, ob die (verfassungskonforme) Lösung noch **Auslegungs**ergebnis ist.[133] Dazu dienen die übrigen Auslegungsmittel, die nur (negativ) den Anwendungsbereich der Vorrangregel begrenzen.[134] Während also bei der Abwägungslösung auch ein gewichtiges Argument durch mehrere schwächere Argumente übertrumpft werden könnte, ist dies bei der Vorranglösung ausgeschlossen: Diese gilt oder sie gilt nicht.[135]

Eine interpretatorische Vorrangregel in diesem Sinne fordert *Canaris* für die verfassungskonforme Auslegung.[136] Sie sei eine „besondere Erscheinungsform" systematischer und objektiv-teleologischer Auslegung und mit den anderen Auslegungskriterien nicht abzuwägen.[137]

---

128 Vgl. *Canaris* (Fn. 127), 25 (33 ff. und 58 f.); *ders.* (Fn. 41), 41 (45 f.); *Larenz* (Fn. 11), S. 343 ff.; *Gern* (Fn. 120), 415 (422 ff.); je m. Nachw.

129 Vgl. *Canaris* (Fn. 33), 141 (143 f.).

130 So z. B. *Müller/Christensen* (Fn. 72), Rn. 100 (ohne methodologische Einordnung).

131 Vgl. *Canaris* (Fn. 127), 25 (59); *ders.* (Fn. 41), 41 (46).

132 *Canaris* (Fn. 41), 41 (46).

133 Vgl. *Canaris* (Fn. 41), 41 (48).

134 Vgl. *Canaris* (Fn. 33), 141 (145 f.); *ders.* (Fn. 41), 41, (46).

135 Vgl. *Canaris* (Fn. 127), 25 (59); *ders.* (Fn. 33), 141 (145).

136 *Canaris* (Fn. 33), 141 (146 ff.); *ders.* (Fn. 41), 41 (47 ff., insb. 49).

137 *Canaris* (Fn. 33), 141 (154).

b) Die Entbehrlichkeit einer strikten interpretatorischen Vorrangregel

Das von *Canaris* erwünschte Ergebnis, dass sich die verfassungskonforme Auslegung **immer** durchsetzt, ist auch auf anderem Wege zu erreichen, eine strikte interpretatorische Vorrangregel daher entbehrlich.

aa) Die Erforderlichkeit eines Vorrangs

Wenn er ausführt, den verfassungsrechtlichen Wertungen müsse bei der Auslegung „in irgendeiner Weise" Vorrang zukommen,[138] ist *Canaris* beizupflichten. Dies lässt sich untermauern, indem man gedanklich von einem Nicht-Vorrang ausgeht, d. h. die verfassungskonforme Auslegung stünde gleichstufig neben den anderen Kriterien: Der Interpret ermittelte also mehrere Deutungen mit zum einen verfassungsmäßigem, zum anderen verfassungswidrigem Inhalt. Ein Auslegungskriterium wäre dabei besonders stark. Ausgerechnet dieses führte zu der verfassungswidrigen Variante. Der Rechtsanwender müsste entscheiden: Entweder er wählte die verfassungskonforme Variante oder nicht. Bei Gleichstufigkeit der verfassungskonformen Auslegung müsste er sich für die (schwerer wiegende) verfassungswidrige Deutungsvariante entscheiden. Dass dies nicht sein kann, liegt auf der Hand: Während die üblichen Auslegungskriterien nämlich „nur" der Ermittlung des Sinnes des Gesetzestextes dienen,[139] verfolgt die verfassungskonforme Auslegung andere, qualitativ höherrangige Ziele, nämlich die Normerhaltung und damit die Vermeidung eines Rechtsvakuums.

Damit ist allerdings noch nicht gesagt, wie ein Vorrang ausgestaltet sein sollte. Zu fragen ist, ob sich das Ergebnis, dass sich die verfassungskonforme Auslegung immer gegenüber den anderen Kriterien durchsetzt, methodisch auch auf anderem Wege erreichen lässt als durch einen strikten Interpretationsvorrang. Als Alternative bleibt ein Gewichtungsvorrang im Rahmen der herkömmlichen Abwägung. Ein solcher wird der verfassungskonformen Auslegung auch zugeschrieben:[140] Es werden zunächst mit Hilfe der Auslegungsmittel verschiedene Deutungsvarianten ermittelt und anschließend der verfassungskonformen der Vorzug gewährt. Im Ergebnis – nicht aber im Vorgehen (!) – stimmt dies weitgehend überein mit *Canaris*.

Gleichwohl wendet dieser sich dagegen. Verfassungsrechtliche Gesichtspunkte seien auf höchster Ebene der Normenhierarchie angesiedelt, sie müssten bei der Entscheidungsfindung einen höherwertigen Rang einnehmen.[141] Zudem seien die Ziele der verfassungskonformen Auslegung mit dem strikten Vorrang effizienter zu verwirklichen als mit einer Abwägungslösung.[142] Schließlich sieht er sein Konzept durch die Rechtsprechung des *BVerfG* untermauert.[143]

---

138 S. *Canaris* (Fn. 41), 41 (47); a. A. *Skouris* (Fn. 126), S. 105 f., der es als widersprüchlich und systemfremd ansieht, nach der verfassungskonformen – statt der richtigen – Deutung zu suchen; ähnlich *Bettermann* (Fn. 21), S. 22.

139 S. statt aller *Wank* (Fn. 12), S. 41.

140 Vgl. statt vieler *Müller/Christensen* (Fn. 72), Rn. 100; *Rüthers* (Fn. 120), Rn. 763.

141 Vgl. *Canaris* (Fn. 41), 41 (48): „nicht lediglich ein größeres Gewicht, sondern auch ein qualitativ höherwertiger Rang, wie es in dem Satz von der lex superior zum Ausdruck kommt".

142 *Ebd.*, 41 (48).

143 *Ebd.*, 41 (48) (mit Verweis auf Entscheidungen des *BVerfG*).

bb) Die Kritik des strikten Interpretationsvorrangs und der Alternativvorschlag

Rechtstheoretischer – wenn auch umstrittener[144] – Ausgangspunkt ist die Trennung von Regeln und Prinzipien.[145] Beide unterscheiden sich logisch: Für eine Regel gilt das Alles-oder-Nichts-Prinzip; sie gilt oder gilt nicht.[146] Prinzipien dagegen legen die Entscheidung nicht zwingend fest, sondern enthalten nur Gründe, die eine Entscheidung nahe legen.[147] Fälle, in denen ein Prinzip zurückgedrängt wird, heißen „Gegenbeispiele".[148] Auch Regeln können Ausnahmen haben.[149] Im Unterschied zu Gegenbeispielen sind diese aber (theoretisch) abschließend formulierbar[150] und derjenige, der Ausnahmen statuieren will, trägt die Argumentationslast – er muss darlegen, dass seine Lösung so viel besser ist, dass sie ein „Abweichen von etwas autoritativ Festgesetztem rechtfertigt".[151] Den strikten Vorrang der verfassungskonformen Auslegung ordnet *Canaris* als Regel im beschriebenen Sinne ein.[152] Diese soll im Gegensatz zu Prinzipien den Charakter einer Rechtsnorm haben.[153]

Dieses Ergebnis lässt sich auch erreichen durch einen Gewichtungsvorrang bei der Abwägung, also der Einordnung des Vorrangs der verfassungskonformen Auslegung als bloßes Prinzip statt als Regel.

Was zunächst die (angeblich mangelnde) Rechtsnormqualität von Prinzipien betrifft, geht *Canaris'* Annahme fehl: Auch Prinzipien können zum Rechtssystem gehören, müssen somit wie Regeln von dem Rechtsanwender berücksichtigt werden und dieser handelte falsch, wendete er das Prinzip nicht an.[154] Ein Prinzip gehört immer dann zum Rechtssystem, wenn es „mindestens einen Fall gibt, der zu Recht anders entschieden werden könnte, wenn das Prinzip nicht zu beachten wäre".[155] Es wurde dargelegt,[156] dass das stärkere Auslegungskriterium den Ausschlag gäbe, wenn kein Vorrang zugunsten der verfassungskonformen Auslegung gälte. Es könnte (und müsste) also anders entschieden werden, wäre das **Prinzip** des Vorrangs verfassungskonformer Auslegung nicht zu beachten – dieses gehört damit zur Rechtsordnung

144 Dazu aus jüngerer Zeit *Klement* Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt JZ 2009, 756 ff.; Replik: *Sieckmann* JZ 2009, 557 ff.; Duplik: *Klement* JZ 2009, 460 ff.; je m. Nachw.

145 Vgl. dazu *Alexy* Rechtsregeln und Rechtsprinzipien ARSP Beiheft Nr. 25 (1985), 13 ff.; *Dworkin* Bürgerrechte ernstgenommen 1984, S. 56 und 58 ff.

146 *Dworkin* (Fn. 145), S. 58.

147 *Alexy* (Fn. 145), 13 (15 f.); *Dworkin* (Fn. 145), S. 59 f.

148 *Alexy* (Fn. 145), 13 (16); *Dworkin* (Fn. 145), S. 60.

149 *Alexy* (Fn. 145), 13 (15).

150 *Dworkin* (Fn. 145), S. 59; nach *Alexy* (Fn. 145), 13 (16), steht und fällt das „Alles-oder-Nichts-Prinzip" der Regel mit der Aufzählbarkeit ihrer Ausnahmen.

151 *Alexy* (Fn. 145), 13 (20).

152 Vgl. *Canaris* (Fn. 127), 25 (59); *ders.* (Fn. 41), 41 (47 f.).

153 So ausdrücklich *Canaris* (Fn. 127), 25 (60).

154 Vgl. *Dworkin* (Fn. 145), S. 65 und 67 (*Canaris* stützt sich bei der Annahme der Rechtsnormqualität der Vorrangregel auf *Gern* [Fn. 120], 415 [430 ff.], der aber für die gesamte juristische Methode Rechtsnormqualität annimmt – damit ließe sich auch gegen *Canaris* argumentieren).

155 *Alexy* (Fn. 145), 13 (21 f.).

156 S. soeben aa.

und ist wie eine Regel zu beachten. Wenn man noch berücksichtigt, dass auch bei Prinzipien Vorrangverhältnisse möglich sind,[157] zeigt dies, dass eine strikte interpretatorische Vorrangregel zugunsten der verfassungskonformen Auslegung entbehrlich ist.

Man wird nach dem Vorteil – und damit der praktischen Relevanz – einer Einordnung als Prinzip statt als Regel fragen, kommen doch beide zum gleichen Ergebnis. Die Antwort lautet, dass mit einer Einordnung als Prinzip die Grenzen der verfassungskonformen Auslegung sicherer beachtet werden. *Canaris* schreibt den herkömmlichen Auslegungskriterien lediglich die (negative) Funktion der Ergebniskontrolle zu.[158] Die Regel bestimmt das Ergebnis, welches erst auf zweiter Stufe anhand der Auslegungskriterien kontrolliert wird. Die Einordnung des Vorrangs verfassungskonformer Auslegung als Prinzip führt demgegenüber dazu, dass dieses mit den übrigen Auslegungskriterien auf gleicher Stufe steht – auch wenn es letztlich den Vorzug erhält. Der Rechtsanwender schenkt den übrigen Kriterien ebenso viel Aufmerksamkeit wie der verfassungskonformen Auslegung. Dies stellt sicher, dass ihre Grenzen strikt gewahrt bleiben. Stünde dieser Schritt erst auf zweiter Stufe, liefe man Gefahr, nach der Aktivierung der Regel der Ergebniskontrolle zu wenig Beachtung zu schenken. Dass diese Gefahr keinesfalls nur theoretisch besteht, zeigen gerade *Canaris'* Ausführungen zur Begründung der Vorrangregel. Diese sieht er durch die Rechtsprechung des *BVerfG* bestätigt.[159] Gerade die von ihm angeführten Rechtsprechungsbeispiele sind aber solche, die bei der Behandlung der Grenzen der verfassungskonformen Auslegung als **Negativ**beispiele anzuführen gewesen wären. Bei diesen Entscheidungen hat das *BVerfG* diese Grenzen zweifellos überschritten.[160] Wenn *Canaris* darin seine Regel untermauert sieht, zeigt dies nur zu deutlich, dass den Grenzen verfassungskonformer Auslegung bei einer strikten Vorrangregel zu wenig Aufmerksamkeit entgegengebracht wird. Diese ist damit nicht nur entbehrlich, sondern wird auch der schon erwähnten brisanten Stellung an der „Schnittstelle von Verfassungswidrigerklärung, Ersatzgesetzgebung und Interpretation"[161] nicht gerecht.

3. Die Verfassungskonformität als Auslegungskriterium

a) Keine Einordnung als objektiv-teleologische Auslegung

Vielfach wird die verfassungskonforme Auslegung der objektiv-teleologischen Auslegung zugeschrieben.[162] Die objektiv-teleologische Auslegung ist von der subjektiv-

157 Vgl. dazu *Alexy* (Fn. 145), 13 (22 f. und ausführlich 25 ff.).

158 *Canaris* (Fn. 41), 41 (46 und 48); vgl. auch *Schumann* (Fn. 23), 1367 (1386): „die sonst üblichen Interpretationsregeln treten insoweit in den Hintergrund".

159 S. *Canaris* (Fn. 41), 41 (48 f.) m. Nachw. aus der Rspr.

160 Dies erkennt auch *Canaris* (Fn. 41), 41 (48), wenn er ausführt, dass in den von ihm zitierten Entscheidungen „verfassungskonforme Auslegung (...) dort noch bejaht wird, wo man sie verneinen müsste" – dass dies indes gerade gegen die von ihm postulierte strikte interpretatorische Vorrangregel spricht, übersieht er.

161 *Steiner* (Fn. 5), 569 (572).

162 Z. B. *Bogs* (Fn. 22), S. 25; *Hassold* (Fn. 13), 211 (228 und 234); vgl. schon oben 1.

teleologischen zu unterscheiden. Während letztere sich an der Regelungsabsicht des Gesetzgebers orientiert,[163] sucht die objektiv-teleologische Auslegung nach den „objektive[n] Zwecke[n] des Rechts".[164] Die für die Auslegung maßgeblichen Normzwecke werden aus der die Norm umgebenden Rechtsordnung und den anerkannten gesellschaftlichen Wertvorstellungen bestimmt.[165] Man hat verschiedene objektiv-teleologische Kriterien entwickelt.[166] Eines von ihnen sollen die „Grundsätze der verfassungskonformen Auslegung" sein,[167] begründet damit, dass die Auslegung hier an den Werten der Verfassung ausgerichtet sei[168] und die „im Verfassungsgesetz verankerten ethischen oder pragmatischen Ordnungsprinzipien" verwirkliche.[169]

Dies überzeugt nicht. Zunächst lassen sich grundsätzliche Bedenken gegen die objektiv-teleologische Auslegung anmelden. Was den Zweck des Gesetzes betrifft, so muss man fragen, ob es einen solchen überhaupt geben kann.[170] Der Gesetzgeber kann mit seinen Normen bestimmte Zwecke verfolgen. Aber kann dies auch ein Gesetz? Kann ein Gesetz bezwecken, erhalten zu bleiben? Richtigerweise muss man die Frage mit „Nein" beantworten: Die Arbeit mit dem Zweck des Gesetzes ist nichts anderes, als eine Zwecksetzung des Interpreten.[171] Dann aber hat die objektiv-teleologische Auslegung keinen hermeneutischen Wert.[172]

Zudem ist die teleologische Methode äußerst unzuverlässig, denn sie legt Gegengründe gegen die gefundene Lösung nicht offen und entbindet von der „Mühe des Vergleichens und Abwägens".[173] Damit ist die Brücke zu der verfassungskonformen Auslegung geschlagen. Es wurde dargelegt, wie schmal bei ihr der Grat zwischen Judikative und Legislative verläuft und wie wenig präzise ihre Grenzen markiert sind. Segelte man dabei unter der Flagge teleologischer Auslegung, würde man gleichsam den Unsicherheiten Tür und Tor öffnen, da es dieser an „Reflexion und Offenlegung" fehlt und sie Zweifel erspart, die bei ehrlicherem Vorgehen zurückblieben.[174] Gerade diese Zweifel sind aber bei der verfassungskonformen Auslegung in vielen Fällen angebracht.

---

163 Vgl. statt aller *Deckert* Die Methodik der Gesetzesauslegung JA 1994, 412 (415); *Rüthers* (Fn. 120), Rn. 796 ff.

164 *Larenz* (Fn. 11), S. 333 ff.

165 *Hassold* (Fn. 13), 211 (228).

166 Aufzählung bei *Deckert* (Fn. 163), 412 (415); *Hassold* (Fn. 13), 211 (228); *Larenz* (Fn. 11), S. 333.

167 S. *Hassold* (Fn. 13), 211 (228).

168 *Ebd.*, 211 (234).

169 *Bogs* (Fn. 27), S. 26.

170 Vgl. *Koch/Rüßmann* Juristische Begründungslehre 1982, S. 169 f.

171 Vgl. *ebd.* S. 170 sowie *Rüthers* (Fn. 120), Rn. 797, 807 f.; a. A. *Grigoleit* Das historische Argument in der geltendrechtlichen Privatrechtsdogmatik ZNR 30 (2008), 259 (264).

172 A. A. *Zöllner* Recht und Politik in FS Juristenfakultät Tübingen, 1977, S. 131 (143: „Teleologische Auslegung ist der Motor der differenzierenden dogmatischen Lösung [...].") (*Zöllner* gibt aber zu, dass die „Subjektivität des Rechtsanwenders" im Bereich der teleologischen Auslegung den einfachsten Zugang hat).

173 *Herzberg* Kritik der teleologischen Gesetzesauslegung NJW 1990, 2525 (2527).

174 *Ebd.*, 2525 (2527).

Man wird einwenden, es gehe doch nur um die Terminologie, letztlich erziele man doch das richtige Ergebnis. Einer solchen Sichtweise stehen die schon bei der Verankerung der Wortlautgrenze angeführten Argumente entgegen: Wie der Gesetzesanwender wissen muss, auf welcher Rechtsfindungsstufe er sich befindet,[175] muss er auch wissen, welches Auslegungskriterium er anwendet. Nur so kann er den Tücken der einzelnen Kriterien sachgerecht begegnen. Erst recht muss dies gelten, soll die Methode der Rechtsfindung willkürfrei sein oder man gar ein „Recht der Methode" postuliert.[176]

b) Keine Einordnung als systematische Auslegung

Andere[177] wollen die verfassungskonforme Auslegung als systematische Auslegung einordnen. Diese geht davon aus, die gesamte Rechtsordnung bilde eine Einheit (System) und die Bedeutung eines Worts oder Texts könne nicht isoliert, sondern immer nur im systematischen Rahmen bestimmt werden.[178] Auch die Verfassung als die Einzelnormen konstituierendes Basisnormsystem gehöre zu dieser Einheit.[179] Indem die verfassungskonforme Auslegung dazu diene, eine Norm darin einzupassen, sei sie systematische Auslegung.[180]

Diese Einordnung übersieht, dass Verfassungsnormen bei der verfassungskonformen Auslegung nicht nur als Sachnormen fungieren (Auslegungsfunktion[181]), sondern vielmehr auch als Kontrollnormen, da die einfachgesetzliche Norm auch an der Verfassung geprüft wird.[182] Diese Funktion ist aber nicht der Auslegung zuzuschreiben.[183]

Des Weiteren übergeht eine Einordnung als systematische Auslegung eine wesentliche Eigenheit der verfassungskonformen Auslegung. Geht man davon aus, der systematischen Auslegung liege der Gedanke der Einheit der Rechtsordnung zugrunde,[184] ist dies – wenn überhaupt[185] – für die verfassungskonforme Auslegung nur ein Teilaspekt. Bei ihr geht es in erster Linie um den Respekt vor dem Gesetzgeber und die Normerhaltung, Vermeidung von Nachbesserungsarbeiten des Gesetzgebers und Gewährleistung von Rechtssicherheit. Während die systematische Auslegung als solche lediglich ein Hilfsmittel für die Ermittlung des Gesetzessinns ist, verfolgt die verfassungskonforme Auslegung also weitergehende Ziele. Vor allem ihr Zukunfts-

175 Vgl. *Prümm* (Fn. 11), S. 299 (303.); vgl. auch *Zippelius* (Fn. 8), 108 (116); missverständlich *Herzberg* Die ratio legis als Schlüssel zum Gesetzesverständnis? – Eine Skizze und Kritik der überkommenen Auslegungsmethodik JuS 2005, 1 (einerseits 7, andererseits 8).

176 So z. B. *Gern* (Fn. 120), 415 (430 ff.).

177 Z. B. *Gern* (Fn. 120), 415 (418); *Rüthers* (Fn. 120), Rn. 763.

178 *Gern* (Fn. 120), 415 (418); *Rüthers* (Fn. 120), Rn. 744.

179 *Gern* (Fn. 120), 415 (418).

180 Stellvertretend *Bogs* (Fn. 22), S. 25.

181 *Prümm* Verfassungs und Methodik 1976, S. 97.

182 Vgl. *Ipsen* (Fn. 55), S. 170; *Skouris* (Fn. 126), S. 96.

183 *Campiche* (Fn. 39), S. 73; *Ipsen* (Fn. 55), S. 160; a. A. *Prümm* (Fn. 181), S. 97, für den beide Funktionen zu jeder Auslegungsmethode gehören.

184 So ausdrücklich *Raisch* Vom Nutzen der überkommenen Auslegungskanones für die praktische Rechtsanwendung 1988, S. 35.

185 S. oben II 2 b.

bezug ist ungleich größer. Zwar dient auch die systematische Auslegung – wie jede Auslegung – dem (zukünftigen) Auslegungsergebnis,[186] doch sind die klassischen Auslegungsmethoden von einem vergangenheitsbezogenen Rechtsanwendungsverständnis geprägt[187] und haben unmittelbar Bedeutung nur für den entschiedenen Einzelfall.[188] Dagegen ist die Zukunftsausrichtung der verfassungskonformen Auslegung bei weitem bedeutender – man bedenke, dass es um die Existenz einer Rechtsnorm geht und eine Entscheidung des *BVerfG* hier Bindungswirkung oder sogar Gesetzeskraft hat.[189]

c) Die Einordnung als „Folgenberücksichtigung"

Ordnete man die verfassungskonforme Auslegung als „Regelprinzip jeder Interpretation"[190] oder gar als „Prinzip sui generis" ein, machte man es sich zu einfach. Denn eine Beschreibung mit derartigen Leerformeln (besser: „leeren Formeln") entbindet nicht davon, sie mit Inhalt auszufüllen.

Daher könnte man sie der „Folgenberücksichtigung"[191] zuschreiben. Diese Kategorie erscheint – trotz der Kontroversen in der Literatur[192] – von ihrem Grundgedanken her am besten geeignet, dem beschriebenen Zukunftsbezug gerecht zu werden. Auch hier sind zuvörderst die Grundzüge der folgenorientierten Auslegung aufzuzeigen, bevor die Einordnung begründet wird.

Ausgangspunkt ist die Erkenntnis, dass die klassischen Auslegungskriterien nicht abschließend sind.[193] Unter der folgenorientierten Auslegung versteht man sodann eine Auslegungsform, die bei der Gesetzesauslegung die gesellschaftlichen Folgen eines Auslegungsergebnisses berücksichtigt und es gegebenenfalls an ihnen ausrichtet.[194] Es sind Rechts- von Realfolgen zu unterscheiden.[195] Erstere sind Folgen, die durch

186 Zu diesem Zukunftsbezug *Schumann* (Fn. 23), 1169 (1173).

187 Vgl. *Oymann* Arbeitsmarktbezogene Auslegung des Kündigungsschutzgesetzes 2004, S. 56.

188 Vgl. *Larenz* (Fn. 11), S. 429.

189 § 31 II BVerfGG, vgl. *Bogs* Die Bindung des Fallrichters an eine verfassungskonforme Gesetzesauslegung des Normenkontrollrichters DVBl 1965, 633 ff.; zu der Bindungswirkung i. R. d. § 31 I BVerfGG s. *Sachs* Bindungswirkungen bei verfassungskonformer Gesetzesauslegung durch das Bundesverfassungsgericht NJW 1979, 344 ff.; s. auch BVerfGE 40, 88 (ebd.); der Gesetzgeber kann allerdings inhaltsgleiche/-ähnliche Neuregelungen ohne Weiteres erlassen (BVerfGE 77, 84 [103]).

190 So *Göldner* (Fn. 20), S. 67.

191 Synonyme: „Folgenorientierung", „Folgenerwägungen" und „folgenorientierte Auslegung"; vgl. *Sambuc* Folgenerwägungen im Richterrecht 1977; *Teubner* Folgenorientierung in ders. (Hrsg.) Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe 1995, S. 9 ff.

192 Überblick bei *Deckert* Folgenorientierung in der Rechtsanwendung 1995, S. 10 f.; *Hensche* Probleme einer folgenorientierten Rechtsanwendung Rechtstheorie 29 (1998), 103 (108 f.).

193 Vgl. *Looschelders/Roth* Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung 1996, S. 183.

194 Vgl. statt vieler *Hensche* (Fn. 192), 103 (108 f.).

195 S. *Lübbe-Wolff* Rechtsfolgen und Realfolgen 1981, S. 25; *Luhmann* Rechtssystem und Rechtsdogmatik 1974, S. 40 f.; zu der Terminologie im Detail s. *Deckert* (Fn. 192), S. 106 ff.; *Hassemer* Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze in FS für Coing I, 1982, S. 493 (510 ff.).

Rechtssätze an das Vorliegen bestimmter Vorraussetzungen geknüpft sind, letztere die tatsächlichen Folgen der Geltung und Anwendung von Rechtssätzen. Rechtsfolgen sollen als gesetzlich vorgegeben nicht zum Folgenbegriff im Sinne der Folgenorientierung gehören,[196] ebenso wenig die logischen Folgen einer Rechtsfolgenanordnung.[197] Allein die Konsequenzen des Ausspruchs der Rechtsfolge im sozialen Raum sollen relevant sein.[198]

Ehe die verfassungskonforme Auslegung vor diesem Hintergrund betrachtet wird, sollen die Einwände *Niklas Luhmanns* – Hauptkritiker einer folgenorientierten Rechtsanwendung – skizziert werden. Sein Einwand klingt banal: „[E]ine gründliche Abwägung der Folgen seiner Entscheidung [gehört] nicht zum Programm des Juristen."[199] Seine Aufgabe sei es, herauszufinden, ob die „Wenn"-Bedingungen erfüllt sind, damit sie das „Dann" auslösen.[200] Müsste er die Entscheidungsfolgen berücksichtigen, müsste er ganz andere Informationen aufnehmen und verarbeiten.[201] Außerdem sei der Jurist durch seine Rolle und Erkenntnismittel zu einer Folgenabschätzung gar nicht in der Lage.[202]

Nun soll versucht werden, die Folgenorientierung für die verfassungskonforme Auslegung fruchtbar zu machen. Vom Schrifttum wurde dies bislang ausgeblendet, obwohl es angesichts der in die Zukunft weisenden Struktur der verfassungskonformen Auslegung nicht fern liegt. Es liegt sogar nahe, führt man sich vor Augen, dass die verfassungskonforme Auslegung, wie erwähnt, bisweilen der objektiv-teleologischen Auslegung zugerechnet und andererseits gefordert wird, letztere durch die Folgenorientierung zu ersetzen.[203] Jedenfalls rechtfertigen es die Grundgedanken der folgenorientierten Auslegung, ihr die verfassungskonforme Auslegung anzugliedern. Dazu muss zurückgeblendet werden zu der Situation, in der die verfassungskonforme Auslegung zum Tragen kommt. Ausgangspunkt ist die Norm, die in einer Deutungsvariante verfassungswidrig ist, gleichzeitig aber eine Deutungsvariante zulässt, die sie als verfassungsgemäß erscheinen lässt. Der Interpret muss sich entscheiden: Er wählt die verfassungswidrige Variante und löst die (Teil-)Nichtigkeit der Norm aus, die Norm existiert nicht mehr, oder er legt verfassungskonform aus, die Norm wird nicht kassiert und bleibt existent. Legt man den Betrachtungsschwerpunkt auf die Folgen, ergibt sich entweder die Auslösung eines Normvakuums und dadurch Rechtsunsicherheit und Belästigung des Gesetzgebers mit vermeidbaren Nachbesserungsarbeiten oder aber die Normerhaltung, Rechtssicherheit und Schonung des Ge-

196 Vgl. *Hassemer* (Fn. 195), 493 (511 f.).
197 Vgl. *ebd.*, 493 (511 f.).
198 *Deckert* (Fn. 192), 480 (481); *Sambuc* (Fn. 191), S. 101 ff., der dabei zwischen Individual- und Sozialfolgen differenziert.
199 *Luhmann* Funktionale Methode und juristische Entscheidung AöR 94 (1969), 1 (3).
200 *Ebd.*, 1 (3).
201 *Ebd.*, 1 (4).
202 Vgl. *Luhmann* Systemtheoretische Beiträge zur Rechtstheorie JbRSozRTh 2 (1972), 255 (266 in Fn. 39); ähnlich *ders.* (Fn. 195), S. 10; vgl. dazu auch *Hensche* (Fn. 192), 103 (109 f.).
203 Dafür z. B. *Koch/Rüßmann* (Fn. 170), S. 231 f.; ähnlich *Hassemer* (Fn. 195), 493 (496); *Ecker* Gesetzesauslegung vom Ergebnis her JZ 1967, 265 (271).

setzgebers. Es geht der verfassungskonformen Auslegung also nicht primär um eine Ergebnisfindung im „Jetzt". Dies rechtfertigt, sie als Spielart der Folgenorientierung einzuordnen.

Stützen lässt sich dies paradoxerweise mit *Luhmanns* systemtheoretischer Konzeption des Rechts: Der Mensch lebt in einer komplexen Welt, die ihm eine Fülle von Möglichkeiten des Handelns bietet, der nur ein sehr begrenztes Potential für bewusste Wahrnehmung und Informationsverarbeitung gegenübersteht.[204] Soziale Systeme reduzieren diese Komplexität: Sie „stabilisieren (...) Erwartungen, nach denen man sich richtet".[205] Zur Steuerung sozialer Interaktion sei erforderlich, dass „jeder **erwarten** kann, was der andere von ihm **erwartet**".[206] *Luhmann* trennt kognitive von normativen Erwartungen – nur letztere lässt man nicht fallen, wenn jemand zuwiderhandelt („kontrafaktisch stabilisiert").[207] Sie sollen (in generalisierter Form) „Recht" sein,[208] wobei das Durchhalten dieser Erwartungen wichtiger sein soll als das Durchsetzen.[209] Recht erfüllt damit eine notwendige Funktion in jeder Gesellschaft und muss daher immer vorhanden sein.[210] Ohne Recht könnten Menschen sich nicht aneinander orientieren.[211] Letzteres leitet über auf die verfassungskonforme Auslegung. Sie dient der Normerhaltung, also dem – mit *Luhmann* – so wichtigen Durchhalten der Verhaltenserwartungen, und erhält damit die Struktur des sozialen Systems.[212] Die Folgen (nicht-)verfassungskonformer Auslegung sind also (auch) Realfolgen – der Anwendungsbereich der folgenorientierten Auslegung ist eröffnet. Legitimiert man – wie hier – die verfassungskonforme Auslegung mit dem Gedanken der Normerhaltung, kann man sie daher als Spielart einer folgenorientierten Auslegung ansehen.

V. Die Ergebnisse

1. Die verfassungskonforme Auslegung bewahrt den Gesetzgeber vor der Nichtigkeit seiner Norm dadurch, dass von mehreren möglichen Normdeutungen mit teils verfassungswidrigem, teils verfassungsmäßigem Inhalt, diejenigen vorzuziehen sind, die mit dem Grundgesetz in Einklang stehen.
2. Legitimiert werden kann dies allein durch den Gedanken der Normerhaltung.

---

204 *Luhmann* Rechtssoziologie 2. Aufl. (1983), S. 31.
205 *Ebd.*, S. 38.
206 *Ebd.*, S. 33 („Erwartungen von Erwartungen") (Hervorhebung im Original).
207 *Ebd.*, S. 42 f.
208 *Ebd.*, S. 99.
209 So ausdrücklich *Luhmann* (*ebd.*, S. 61).
210 *Ebd.*, S. 105 und 134; Überblick über die gesellschaftlichen Funktionen des Rechts bei *Rehbinder* Rechtssoziologie 7. Aufl. (2009), Rn. 96 ff.
211 *Luhmann* (Fn. 204), S. 134.
212 Dies gilt auch nach der Neuausrichtung *Luhmanns* (vgl. *ders.* Soziale Systeme 2. Aufl [1985], S. 15), die ja an der postulierten Stabilisierungsfunktion des Rechts nichts änderte, vgl. *ders.* Das Recht der Gesellschaft 1993, S. 124 ff. (insb. 126).

3. Ihre Grenzen werden durch den Wortlaut der Norm sowie dadurch gebildet, dass das gesetzgeberische Ziel nicht verfehlt oder verfälscht werden darf. Das *BVerfG* kennt diese Grenzen, hält sie jedoch nicht stringent ein.
4. Eine strikte Interpretationsvorrangregel zugunsten der verfassungskonformen Auslegung ist entbehrlich. Demgegenüber kann ein „Prinzip des Vorrangs verfassungskonformer Auslegung" besser sicherstellen, dass ihre Grenzen eingehalten werden.
5. Allein eine Einordnung als Spielart folgenorientierter Auslegung wird der in die Zukunft gerichteten, normerhaltenden Struktur der verfassungskonformen Auslegung gerecht.

Blitzschnell nachschlagen

- handliche Sammlung
- Schwerpunktbereich „Europäisches und Internationales Strafrecht"
- alle prüfungsrelevanten Vorschriften in einem Band

Prof. Dr. Robert Esser (Hrsg.)

Europäisches und Internationales Strafrecht

Vorschriftensammlung

2009. € 26,-

Alle Titel aus der Reihe und mehr Infos unter: **www.cfmueller-campus.de/textbuecher**

C.F. Müller Jura auf den gebracht

Jonas Steinle, LL.M.*

The preclusion of minority shareholders – a legal comparison of the protection of minority shareholders under the laws of Germany, the United Kingdom and the United States

Abstract

Der Beitrag untersucht die unterschiedlichen Regelungen zum Ausschluss von Minderheitsaktionären nach dem Recht von Deutschland, Großbritannien und den Vereinigten Staaten von Amerika. Im Fokus der Untersuchungen steht dabei einerseits die Praktikabilität und Effizienz des Mechanismus für den Ausschluss von Minderheitsaktionären gegen eine Abfindung in Geld als Gegenwert für ihre Aktien, den sogenannten „Squeeze-out", in den untersuchten Rechtsordnungen. Andrerseits untersucht der Beitrag das Schutzniveau, das für die Minderheitsaktionäre bei einem solchen Vorgehen gewährleistet wird. Dabei zeigt sich, dass der europäische Gesetzgeber mit einer auf der englischen Konzeption des Squeeze-out beruhenden Richtlinie (2004/25/EG) den europäischen Rechtsordnungen ein modernes und effizientes Regelungsregime verpasst hat. Dieses erweist sich insbesondere gegenüber dem Recht der USA als vorzugswürdig.

* Der Autor ist Student der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und Absolvent des Master-Programms 2008/ 2009 der Law School der University of Aberdeen.

I. Introduction

In a squeeze-out situation there are usually two groups of shareholders which have opposing interests. On the one hand, a majority shareholder may like to exclude the other shareholders and there might be good reasons to let him proceed and to permit such an exclusion. On the other hand, the minority shareholder usually wants to keep his shares in the company as a part of his ownership position.[1] This conflict of interests has to be solved in order to achieve a balance between the opposing interests of both parties. The way in which the legislators and the courts try to achieve such a balance differs however significantly throughout the world's jurisdictions. This is to say that not only the degree of how detailed this issue is regulated differs, but also the concepts of how the preclusion of minority shareholders can be achieved. Accordingly the three important jurisdictions of the United States, the United Kingdom and Germany are to be examined as they each offer a particular model to deal with the issue of the preclusion of minority shareholders and with regard to the protection of minority shareholders in the squeeze-out process. As a last step, the three sets of rules are to be compared and evaluated in order to identify the benefits and disadvantages each of them has to offer.

II. The significance of rules for the preclusion of minority shareholders

As a basic principle, protection of minority shareholders in a jurisdiction is an important indicator for the shape of the entire economic system and has significant influence on the propensity to invest as well as on the role of the shareholding in the respective economy.[2]

The preclusion of minority shareholders may be in some cases regarded as the counterpart to the issuance of new shares when a company wants to delist from the stock market, a process which is known as ‚going private'. Such an action may be considered by a company if the disadvantages of listing at the stock market outweigh the

1 Squeeze-out rules also raise questions of constitutional law and whether the preclusion of minority shareholders is compatible with the respective ownership right. These questions are not dealt with in the following article. However it is important to bear in mind that constitutional law may limit the legislator to a certain extent in making rules on the squeeze-out procedure. For an overview on the evaluation of the squeeze-out rules with regard to constitutional law see Silke Schöpper, *Ausschluss von Minderheitsaktionären in Deutschland und den USA* (Duncker & Humblot, Berlin 2007) for the German rules on p. 48 *et seqq.* and the United States rules on p. 160 *et seqq.*

2 *John Coffee*, ‚Privatization and Corporate Governance: The Lessons from Securities Market Failure' [1999] Iowa Journal of Corporation Law, 1, 2; *Bernard Black*, ‚The legal and institutional preconditions for strong securities markets, [2001] University of California Law Review, 781; *Holger Fleischer*, ‚Das neue Recht des Squeeze out' [2002] Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR), 757, 763; Schöpper, *supra* n 1, p. 47.

advantages associated therewith.[3] However ‚going private' is not the only reason why a majority shareholder may wish to preclude minorities holding shares in the same company.

The possibility by law to permit a majority shareholder, which fulfills the preconditions of the squeeze-out rules to exclude the other shareholders, can be understood as a weighting of the legislator in favour of the entrepreneurial initiative and against the ownership position of individuals.[4] The disposal of minority shareholders makes it significantly easier for a majority shareholder to put into effect his corporate conception. The decision making process is accelerated and the threat of potential actions of voidance, which are sometimes even conducted professionally to blackmail the corporation with the blocking of decisions, no longer has to be feared by the majority shareholder.[5] Also the costs to run the business decrease as the formal requirements for companies with only one shareholder decrease significantly.[6]

III. The squeeze-out of minority shareholders under the laws of the United States

Under the laws of the United States[7] there are no particular rules which control the preclusion of minority shareholders. From a number of different transacti-

3 The discontinuation of the need for external capital, planned investments which cause dislike on the side of the shareholders, the prevention of hostile takeovers or the delisting of a company that has been taken over may serve as examples for reasons why a company may wish to delist from the stock market; *Volker Land/ Kai Hasselbach*, „"Going Private" und „Squezze-out" nach deutschem Aktien-, Börsen- und Übernahmerecht' [2000] Der Betrieb (DB), 557.

4 Hüffer, *Aktiengesetz* (C. H. Beck, 8th Edition, Munich 2008), § 327a, Rn. [para] 1 *AktG*.

5 *Matthias Horbach/ Stefan Koch*, ‚How to manage squeeze-outs in Germany' [2005] International Financial Law Review, 34, 34; *Klaus Rüdiger Veit*, ‚Die Prüfung des Squeeze-outs' [2005] Der Betrieb (DB), 1697, 1697.

6 Under German law the requirements in sect. 121–128 of the German Public Companies Act (*Aktiengesetz)* which provide several formal requirements for the conduct of the general meeting according to sect. 121 para. 6 of the German Public Companies Act (*Aktiengesetz)* become obsolete; Schöpper, *supra* n 1, p. 19; Hüffer, *supra* n 4, § 327a, Rn. [para] 1 *AktG*; *Dirk Eisolt*, ‚Die Squeeze-out Prüfung nach § 327c Abs. 2 AktG' [2002] Deutsches Steuerrecht (DStR), 1145, 1145; See for the situation in the US, *Peter V. Letsou/Steven M. Haas*, ‚The Dilemma That Should Never Have Been: Minority Freeze Outs in Delaware' [2005] Bussines Lawyer, 25, 30.

7 The Constitution of the United States grants the states and the federal government separate legislative powers. The laws concerning companies overlap with both competences. Pursuant to the Commerce Clause in Article I, sect. 8, clause 3 of the Constitution of the United States, the federal government has authority to regulate the commerce between the states and hence to control the stock market and the trade with shares. However, the states have the competence to regulate the legal relationships of corporations which are incorporated within the respective state, as the X. Amendment reserves to the states any constitutional powers which are neither expressively transferred to the federal government nor prohibited from being exercised by the states; Mario Weiss, *Der Ausschluss von Minderheitsaktionären, Eine*

ons[8] a preclusion of minority shareholders is achieved mostly by conducting various merger transactions.[9] The following analysis compares these merger transactions feasible under the laws of the United States.

1. Different merger transactions to preclude minority shareholders

a) Statutory merger

The simplest form of such a merger is the ‚statutory merger'. Here, either one company merges into another company or the two merging companies merge into a new third company.[10] The new company assumes the rights and liabilities of the terminated companies[11] and, accordingly, has to compensate the shareholders for the loss of their shares in the terminated company. Traditionally, these shareholders were compensated by offering them shares in the new post-merger corporation. Yet, under the laws of most of the states and under the Model Business Corporation Act 2002 (MBCA) it is currently possible to compensate them in cash.[12] This is how the basic mechanism of the preclusion of minority shareholders works under the laws of the United States. In a statutory merger the two boards of directors negotiate a merger agreement which has then to be approved by the shareholders' meeting of the company which is to be acquired and of the acquiring company.[13] The MBCA therefore requires a simple majority.[14]

---

rechtsvergleichende Untersuchung nach US-amerikanischem und deutschem Recht (Dissertation, Universität Konstanz, 2003), p. 15 *et seq.* In the following it is therefore referred either to the Revised Model Business Corporation Act of 2002 as a model set of rules used by 38 states (2002) in the US or to the state law of Delaware, New York and California as the most prominent states with regard to corporate law.

8 Other techniques to preclude minority shareholders are the dissolution, the sale of assets and the stock split by which minority shareholders can be squeezed out. These solutions have however the disadvantage, that the conditions under which they can be used for the sole purpose to preclude minority shareholders are not entirely clear. This is why they have become less popular in the past and have been largely replaced by merger constellations; Weiss, *supra* n 7, p. 19 *et seqq.*

9 Philipp Baums, *Ausschluss von Minderheitsaktionären* (Lang, Frankfurt am Main 2001), p. 175; Schöpper, *supra* n 1, p. 151.

10 § 11.02(a) of the MBCA; Del. GCL § 251(a).

11 § 11.06 of the MBCA; Del. GCL § 251(c).

12 § 11.02(c)(3) of the MBCA; Del. GCL § 251(b); § 902(a)(3) of the New York Code; § 1101(d) of the California Code; *Elliott Weiss*, ‚The law of take out mergers: a historical perspective' [1981] New York University Law Review, 624; Weiss, *supra* n 7, p. 31 *et seqq.;* This is significant because contrary to German law, the shareholders of the extinct company must be compensated with shares of the post-merger company to guarantee the continuity of their membership, sect. 2 of the Transformation Act (*Umwandlungsgesetz)*; Arndt Stengel, *Umwandlungsgesetz mit Spruchverfahrensgesetz* (C. H. Beck, 2nd Edition, München 2007), § 2, Rn. [para] 40 *et seqq.*

13 § 11.04(b) of the MBCA; Del. GCL § 251(c).

14 § 11.04(e) of the MBCA.

b) Triangular merger

The statutory merger automatically brings along a change of the legal status of the companies which are involved.[15] If this consequence is not desired, the laws of the United States allow for another form of merger in which the two companies remain separate. This is known as a triangular merger and involves three companies rather than two.[16] The buyer company sets up a subsidiary company whose only purpose is to serve as a shell company for the subsequent merger. This company is entirely owned by its mother, the buyer company, which equips it with assets. The subsidiary company then merges[17] with the target company whereby all the minority shareholders of the target company are compensated with either shares in the buyer company or with the assets of the subsidiary company.[18] After the merger the buyer company still holds all the shares in the subsidiary company. However, this subsidiary company is in fact the target company. The subsidiary company was only a shell to absorb the target company. The crucial difference here is that there are no more minority shareholders in the target company because they have been compensated in the merger either with cash or shares of the buyer company.

Similar to the statutory merger, the boards of directors in a triangular merger must approve a merger agreement. The fact that the board of the buyer company does not decide on this is unproblematic as the subsidiary company is fully controlled by the buyer company. The only hurdle to clear is a majority approval of the shareholders of the target company.[19]

c) Short-form merger

This is where the third merger type comes in. A short-form merger is principally a statutory merger where the only difference is that the buyer company already holds 90 % of the shares in the target company. If this is the case an exception is granted on the basic principle that the shareholders of the target company have to approve the merger.[20] Such an approval is dispensable in a short-form merger as this requirement would be a mere formality since the majority shareholder has 90 % of the votes in the

15 As has been stated above the acquiring company assumes not only all rights but also all liabilities of the company which is to be acquired. The triangular merger offers however the advantage to gain full control over another company without having to assume all liabilities of this company; *T.D.P.*, ‚Three-party mergers: the fourth form of corporate acquisition' [1971] Virginia Law Review, 1242, 1244.

16 *T.D.P.*, *supra* n 15, 1242; 1244; Schöpper, *supra* n 1, p. 157.

17 There are two forms of a triangular merger: In a ‚forward triangular merger' the target company merges into the subsidiary company, which is the „surviving" company after the merger. In the ‚reverse triangular merger' both companies merge as well with the only difference that here the target company is the „surviving" company. The result of both forms of merger is the same. However, a ‚reverse triangular merger' may be preferred in cases where the target company shall be carried on under the same name; Weiss, *supra* n 7, p. 30.

18 Weiss, *supra* n 7, p. 29.

19 Weiss, *supra* n 7, p. 29 *et seq.*

20 Baums, *supra* n 9, p. 177.

shareholders meeting.[21] This rule has been included in the past few years under the law of Delaware in an ‚all or nothing strategy' which includes two steps: As a first step, the buyer company makes a tender offer on the condition that it will acquire at least 90 % of the shares.[22] If this condition has been met, the majority shareholder can preclude the minority shareholders by conducting a ‚short form merger' as a second step. The significance of this course of action is that in the case in which the tender offer has been successful, neither the board, nor the shareholders of the target company must approve the transaction.[23] However, if the first condition has not been met and the threshold of 90 % has not been reached, the majority shareholder simply abandons the squeeze-out transaction.

2. The protection of minority shareholders in the squeeze-out mergers

It has been demonstrated that the preclusion of minority shareholders may be conducted unproblematically and that a squeeze-out under certain circumstances is feasible as soon as the majority shareholder holds a simple majority in the shareholders' meeting. Accordingly, this raises the question of how minority shareholders are protected in this process. Their protection takes place on different levels.

a) Approval by the board of directors

As previously stated, a merger transaction must be approved by both boards of directors. In their decision, the directors are bound by their fiduciary duties which include a primary protection for the minority shareholders. The directors of a corporation have the duty of care, which means that they must act for the good of the corporation.[24] The counterpart of the duty of care is the business judgment rule, which is a rebuttable presumption that the directors have acted within their duties.[25] Additionally, the laws of the United States impose a significant duty on the directors in a squeeze-out process to inform the shareholders adequately about the facts that are relevant for their decision.[26]

b) Approval by the shareholders

After the boards of directors have approved the merger transaction, the shareholders of the two corporations have to approve the merger as a basic principle.[27] It is, however, strongly questionable whether a protection of minority shareholders can effectively take place on this level as such an approval by the shareholders usually requires

21 Del. GCL § 253; MBCA § 11.05.
22 *Letsou/Haas*, *supra* n 6, 25, 26.
23 *Letsou/Haas*, *supra* n 6, 25, 26.
24 *Melvin Eisenberg*, ‚The duty of care of corporate directors and officers' [1990] University of Pittsburgh Law Review, 945; Schöpper, *supra* n 1, p. 164.
25 Schöpper, *supra* n 1, p. 166.
26 Security Exchange Act (SEC) Rule 10b-5.
27 MBCA § 11.04(b); Del. GCL § 251(c).

a bare majority.[28] Furthermore, as has been pointed out above, the approval of the shareholders of the target company may even be dispensable in case of a short-form merger.

c) Appraisal right of the shareholders

The shareholders of the company which is to be taken over also have an appraisal right if they object to the merger.[29] The appraisal right is an exit strategy for those shareholders who disapprove of a structural transaction of the company.[30] If the minority shareholder wants to exercise his appraisal right he is usually obliged to vote against the merger transaction in the shareholders' meeting[31] and can subsequently file with the courts for a determination of the consideration after having transferred his shares back to the company.[32] By exercising the appraisal right, the shareholder not only ceases to earn dividends, but may even have to bear the costs of legal advice and his procedural costs.[33] With regard to the assessment of the payment which is awarded to the minority shareholder there are several different methods to determine a fair price, which is a rather complex matter.[34]

3. Interim result

Under United States law minority shareholders are precluded by conducting merger transactions. The minority shareholders are protected by the fiduciary duties of the directors, their right of approval and the appraisal right.

IV. The squeeze-out under the laws of the United Kingdom

In the United Kingdom the need for squeeze-out rules has been recognized for a long time. Consequently, it was the first European country to introduce such rules in 1929.[35] It is therefore not surprising that the elaborated rules in sect. 428–430 F of the Companies Act 1985 have served as a model for the European legislator in the

28 MBCA § 7.25(c), 11.04(e); Del. GCL § 251(c).
29 MBCA § 13.02(a)(1); Del. GCL § 262.
30 Arthur Pinto/Douglas Branson, *Understanding Corporate Law* (Matthew Bender, New York 1999), § 6.06, p. 127.
31 Del. GCL § 262(d)(1).
32 Del. GCL § 262(e); Schöpper, *supra* n 1, p. 201.
33 Cf. Del. GCL § 262(j); Pinto/ Branson, *supra* n 30, § 6.06, p. 128; However, under the MBCA the rules are more favorable for the minority shareholder exercising his appraisal right as there he will not have to bear the procedural costs and does not have to wait for payment until the court has reached a decision; Schöpper, *supra* n 1, p. 202.
34 Examples of such methods are the ‚Delaware block method' and the newer ‚discounted cash flow method'; Schöpper, *supra* n 1, p. 203 *et seqq.*
35 Joanna Warchol, *Squeeze-out in Deutschland, Polen und übrigen Europa* (Nomos, Baden-Baden 2008), p. 355.

working process for the Takeover Directive 2004/25/EC[36] on takeover bids adopted in April 2004.[37] This Takeover Directive seeks to provide adequate protection for the shareholders in Europe, to set unified standards for companies with regard to takeovers and to diminish potential restraints for takeovers.[38] Consequently, the transformation of the European Takeover Directive and the enacting of the Companies Act 2006 only brought minor changes to the traditional rules on the preclusion of minority shareholders for the laws of the United Kingdom. Today, the relevant rules for the squeeze-out of minority shareholders are to be found in sect. 974 to 991 of the Companies Act 2006, which provide the offeror with the right to buy out the minority shareholders under the conditions stated therein.

1. Mechanism to preclude minority shareholders

The squeeze-out law of the United Kingdom is tailored to takeover situations, which is expressed by the requirement of a precedential takeover offer.[39] With regard to this takeover offer two requirements must be fulfilled: First, the offer must relate to either all the shares of a company or to all the shares of one class of shares if applicable.[40] Second, the offer must be the same in relation to all the shares.[41] The right to preclude the minority shareholders originates only where the bidder acquires 90 % in value of the shares to which the offer was related and in case that the shares to which the offer relates are voting shares, at least 90 % of the voting rights.[42] Accordingly, the squeeze-out right is linked to the success of the public takeover bid and not to a certain percentage of shares held by the bidder.[43] If the threshold of 90 % has

36 Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on takeover bids, OJ L 142/12.

37 *Philipp Rühland*, ‚Der übernahmerechtliche Squeeze-out im Regierungsentwurf des Übernahmerichtlinie-Umsetzungsgesetzes – Ökonomisch sinnvoll, aber nicht vollständig mit höherrangigem Recht vereinbar' [2006] Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG), 401, 402.

38 *Hans Diekmann*, ‚Änderungen im Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz anlässlich der Umsetzung der EU-Übernahmerichtlinie in das deutsche Recht' [2007] Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 17, 17; *Peter Kindler/ Hendrik Horstmann*, ‚Die EU-Übernahmerichtlinie – Ein „europäischer" Kompromiss' [2004] Deutsches Steuerrecht (DStR), 866; *Barbara Dauner-Lieb*, ‚Das Tauziehen um die Übernahmerichtlinie – eine Momentaufnahme' [2003] Deutsches Steuerrecht (DStR), 555.

39 Stephen Mayson/ Derek French/ Christopher Ryan, *Company Law* (Oxford University Press, 24th Edition, Oxford 2007), p. 224; for a specification what exactly an offer constitutes, see Paul Davies, *Principles of Modern Company Law* (Thomson Sweet & Maxwell, London 2008), p. 1048.

40 Sect. 974 (2) of the Companies Act 2006.

41 Sect. 974 (3) of the Companies Act 2006; sect. 976 (1) and (2) state permissible exceptions to this principle.

42 The threshold with regard to 90 % of the voting rights is new under the Companies Act 2006, Brian Cain, ‚Companies Act 2006: Takeovers' [2007] Company's Secretary Review, 201.

43 Cf. Appendix 1.

been met, the majority shareholder can exercise his squeeze-out right within three months[44] by giving notice to the shareholders which did not accept his offer, stating that he wishes to acquire their shares.[45]

2. Protection of minority shareholders

a) Sell-out right

A significant feature of the squeeze-out rules in the United Kingdom is that aside from the offeror's right to buy out the minority shareholders, they on their part have the right to be bought out by the offeror which is referred to as a ‚sell-out'.[46] The justification for this right is the equal treatment of the shareholders: In the United Kingdom, shareholding is typically a matter of free float. Without the sell-out right the buyer would tender as many shares as he needs to gain control over the target company and the other shareholders would not obtain the opportunity to offer their shares to the same price as well.[47] Similarly, the precondition of the sell-out right is also that the offeror has achieved 90 % in value of the shares in the company, and if the shares are voting shares he must also have 90 % of the voting rights. However, this threshold is different from the one for the squeeze-out right as in this case shares which were held by the offeror by the time of the offer are also included.[48]

b) The consideration

The crucial issue in case of an exit of the minority shareholders from the shareholding is the consideration they get in return for their shares. For this case, the Companies Act 2006 provides the rule that both the squeeze-out and the sell-out take place on the terms of the offer which was made by the buyer.[49] The appropriateness of the consideration is hereby indicated by the number of shareholders which accept the offer of the buyer.[50] This is to say that an offer which is accepted by 90 % of the shareholders is deemed to be appropriate.[51] To ensure that the buyer makes an offer which has a good chance to be accepted by the shareholders instead of ap-

---

44 Sect. 980 (2) of the Companies Act 2006.

45 Sect. 979 (4) of the Companies Act 2006.

46 Sect. 983 *et seqq.* of the Companies Act 2006.

47 In countries where it is more typical to have shareholders of different distribution in the sense that there are shareholders with only few shares and some with rather large participations, the buyer usually deals only with those shareholders which hold big packages of shares; Till Böhmer, *Der Schutz der Minderheitsaktionäre bei Übernahmen börsennotierter Gesellschaften in Europa* (C. H. Beck, München 2004), p. 35–37.

48 Sir Francis Beaufort Palmer/ Goeffrey Morse, *Palmer's Company Law: Annotated Guide to the Companies Act 2006* (Thomson/ Sweet & Maxwell, London 2007), p. 724.

49 See sect. 981 (2) of the Companies Act 2006 for the squeeze-out; sect. 985 (2) of the Companies Act 2006 for the sell-out.

50 Warchol, *supra* n 35, p. 288.

51 Re Hoare and Company Ltd., [1933] 150 LT 374.

proaching the target several times, rule 35.1 of the City Code introduces a blocking period of 12 months for the bidder which assures that the first offer is made on reasonable terms.[52]

c) Appeal to the court

There is also the possibility for the dissenting shareholder to appeal the court to review the squeeze-out under two aspects: either the shareholder can argue that the offeror is not entitled to acquire the shares[53] or he can request that the terms of the acquisition shall be amended „as the court thinks fit."[54] If the dissenting shareholder can show that the 90 % threshold has not been met this will certainly be a reason for the court not to let the majority shareholder proceed. Yet, one has to take into consideration that the passing of the 90 % threshold is *prima-facie* very strong evidence that the offer is fair, and the British courts therefore tend to exercise their discretion to let the squeeze-out proceed.[55] As a basic principle, the British courts tend to refrain from fixing the prices in squeeze-out transactions.[56]

3. Interim result

The law of the United Kingdom assumes that if a takeover offer was accepted by 90 % of the shareholders, this is a sufficient reason to permit the preclusion of the other shareholders at the same price. If these conditions have been met, the chances for the minority shareholder to challenge the squeeze-out are not very high as the acceptance of 90 % of the shareholders is deemed to be a sufficient reason to permit a squeeze-out and it also serves as the basis for determining the consideration.

V. The preclusion of minority shareholders under the laws of Germany

Under the laws of Germany, the possibility to preclude minority shareholders was not codified until the beginning of 2002. Since then some special provisions have been introduced in the German Public Companies Act (*Aktiengesetz, AktG*) in sect. 327a *et seqq.* which provide a procedure for the squeeze-out of minority shareholders. Besides these rules, the German legislator has also implemented the Takeover Directive into German law which found its way into sect. 39a–c of the Securities Acquisition and Takeover Act (*Wertpapiererwerbs- und Übernahme-*

52 Davies, *supra* n 39, p. 1045.
53 Sect. 986 (1) (a) of the Companies Act 2006.
54 Sect. 986 (1) (b) of the Companies Act 2006.
55 Davies, *supra* n 39, p. 1053; *Jürgen Sieger/ Kai Hasselbach*, ‚Ausschluss von Minderheitsaktionären (Squeeze-out) im ausländischen Recht' [2001] Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG), 926, 927.
56 Re Grierson, Oldham & Adams Ltd. [1967] 1 All ER 192.

gesetz, WpÜG).[57] Accordingly, there are two different ways to preclude minority shareholders under German law and in some cases the majority shareholder even might have the choice which one of them he will envisage.

1. Squeeze-out according to sect. 39a-c *WpÜG*

a) Mechanism to preclude minority shareholders

The rules in sect. 39a-c *WpÜG* originate from the aforementioned Takeover Directive and therefore bear close resemblance to the English system regarding the squeeze-out of minority shareholders. Sect. 39a *WpÜG* para. 1 gives the right to an offeror to demand the preclusion of the minority shareholders if he has reached the threshold of 95 % of the voting shares of the target company as a result of a public takeover offer. If this threshold is met, the remaining shares held by the minority shareholders are transferred to the majority shareholder by order of the court.

b) Protection of minority shareholders

According to sect. 39a para. 3 *WpÜG*, the majority shareholder has to offer an adequate consideration in return for the preclusion, whose character has to equal the consideration of the public takeover offer. In any case a consideration in cash must be offered alternatively according to sect. 39 para. 3 sentence 2 *WpÜG*. To determine the appropriateness of such consideration the same mechanism is used as in the United Kingdom, which is to rely on the price of the public takeover offer. This means that if the offeror has acquired at least 90 % of the shares by reason of the public takeover offer, sect. 39a para. 3 sentence 3 *WpÜG* deems such price to be adequate for the consideration of the remaining shareholders. Whereas it has been seen that the courts in the United Kingdom are very reluctant to deviate from the corresponding rule in the Companies Act 2006,[58] the recent practice in Germany has shown that German courts are not. Not only have there been several judgments in the short period since the rules in sect. 39a-c *WpÜG* have come into force, but the judgments are also contradictory and therefore have raised a considerable debate whether the presumption of sect. 39a para. 3 sentence 3 *WpÜG* can be rebutted.[59] Following a judgment of the *Landgericht (District Court)* in Frankfurt which held that this presumption could be

57 For the interrelationship of both sets of rules see *Christoph van der Elst*, ‚Squeezing and Selling-out – a Patchwork of Rules in Five European Member States' [2007] European Company Law, 19, 21.

58 In more than 75 years of jurisprudence in the United Kingdom there have been only very few judgements dealing with this matter at all; *Rühland, supra* n 37, 401, 402.

59 See examplary *Roland Steinmeyer/ Matthias Santelmann*, ‚Zur Widerleglichkeit der Angemessenheitsvermutung beim übernahmerechtlichen Squeeze-out, [2009] Betriebs-Berater (BB), 674–678; *Hans-Ulrich Wilsing/ Markus Ogorek*, ‚Die Angemessenheitsvermutung beim übernahmerechtlichen Squeeze Out' [2009] Zeitschrift Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (GWR), 211 *et seqq.*; *Rainer Süßmann*, ‚Die Unwiderleglichkeit der Abfindungshöhe beim übernahmerechtlichen Squeeze-out' [2009] Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG), 980–982.

jeopardised,[60] the *Oberlandesgericht (OLG)* Frankfurt overruled this judgment stating that the presumption of sect. 39a para. 3 sentence 3 *WpÜG* could only be deviated from in very exceptional circumstances, where the market powers have not taken effect.[61] However, the *Oberlandesgericht (OLG)* Stuttgart held on the contrary that even under such circumstances, the presumption of the appropriateness of the consideration must prevail.[62]

c) Interim result

Through the implementation of the Takeover Directive, Germany has obtained an almost identical regime for the preclusion of minority shareholders as the original model of the United Kingdom. However in Germany the mechanism to determine the consideration by relying fully on the market forces is perceived with much more scepticism by academia and the courts.

2. Squeeze-out according to sect. 327a *et seqq. AktG*

Besides the provisions in sect. 39a-c *WpÜG*, which originate from European law, the German legislator had created rules for the preclusion of minority shareholder before the Takeover Directive came into force. Subject to the preconditions of the two regimes, there might eventually be two options for a majority shareholder as a course of action for the preclusion of minority shareholders.

a) Mechanism to preclude minority shareholders

According to sect. 327a *et seqq. AktG*, a majority shareholder can force the minority shareholders through a decision of the shareholders' meeting to sell him their shares for an adequate price even if it is against their will.[63] The only requirement which must be fulfilled is that the majority shareholder holds shares corresponding to 95 % of the entire share capital.[64] If the threshold of 95 % is reached, the majority shareholder can request that the shareholders' meeting is convened, which is the appropriate institution to carry out the demand of the majority shareholder. There, the squeeze-out decision may be made with a simple majority.[65] However it is up to the

60 LG Frankfurt a. M., Beschluss 5.8.2008 – 3-5 O 15/08, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) 2008, 665, 668.

61 LG Frankfurt a. M., Beschluss vom 9.12.2008 – WpÜG 2/08, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) 2009, 74, 78.

62 OLG Stuttgart, Beschluss vom 5.5.2009 – 20 W 13/08, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) 2009, 950, 950.

63 *Karlheinz Küting*, ‚Der Ausschluss von Minderheiten nach altem und neuem Recht – unter besonderer Berücksichtigung des „Squeeze-out", [2003] Deutsches Steuerrecht (DStR), 838, 842.

64 Sect. 327a (1) AktG.

65 Sect. 133 (1) AktG; This illustrates that the threshold of 95 % relates to the amount of share capital the majority shareholder holds and not to the voting rights he can exercise. The falling apart of these two figures may be explained by the fact that in German law there are two

majority shareholder to determine an adequate price for the consideration, which must equate to the conditions of the company by the time of the decision of the shareholders' meeting.[66] As German law does not provide any possibility for the minority shareholders to influence whether there will be a squeeze-out or not according to these rules, it is consistent that there must be adequate means of protection for the minority shareholders in such a situation.

b) The protection of minority shareholders

aa) Determination of the appropriateness of the consideration

As there is usually no way to stop a squeeze-out if the conditions for its completion are fulfilled, the appropriateness of the consideration becomes the crucial issue. The determination of the consideration takes place in a two-step process. First, the majority shareholder must submit a report to the shareholders' meeting which states the conditions under which consideration is granted and he must substantiate the appropriateness of the consideration.[67] A further step is a review of the squeeze-out by one or more auditors[68] which are proposed by the majority shareholder for appointment by the shareholders' meeting.[69] The subject matter of the review is the appropriateness of the consideration which was proposed by the majority shareholder.[70] In the review the auditors must rely on information and evaluations of the company which have been made by other independent auditors.[71] This process of reporting and reviewing the consideration offered by the majority shareholder seeks to achieve a balance between the interests of the parties in the squeeze-out process. A squeeze-out according to the sect. 327a *et seqq. AktG* accordingly requires in every case the review of the consideration by a third party which is deemed to be a means of protection by German law.[72]

bb) Review by the courts

As a measure of protection, minority shareholders also have the possibility to appeal to the court to challenge such a squeeze-out decision. Potential reasons to challenge

---

types of shares: The *Stammaktie* (voting share) and the *Vorzugsaktie* (preferred share). The latter one gives the shareholder no voting rights; Mathias Habersack in: Emmerich/ Habersack, *Aktien- und GmbH-Konzernrecht* (5th Edition, Munich 2008), § 327a, Rn. [para.] 24.

66 Sect. 327b (1) AktG.

67 Sect. 327c (2) AktG; The report must enable the minority shareholder to make on themselves an evaluation whether or not the consideration is appropriate; *Veit, supra* n 5, 1697, 1698.

68 According to sect. 327c (2) sentence 2, sect. 293d (1) *AktG* and sect. 319 (1) of the German Commercial Code (*Handelsgesetzbuch, HGB)* only certified accountants (*Wirtschaftsprüfer*) may be auditors. From these rules common standards like neutrality, qualification and the responsibility can be derived; *Eisolt, supra* n 6, 1145, 1148.

69 Sect. 327c (2) sentence 2 and 3 *AktG.*

70 *Eisolt, supra* n 6, 1145, 1147; *Veit, supra* n 5, 1697, 1698.

71 *Eisolt, supra* n 6, 1145, 1147.

72 The only exception hereof is that all shareholders waive such a review by means of notarization; *Veit, supra* n 5, 1697, 1698.

the decision might be either of procedural or substantive nature.[73] As a basic principle the pendency of such an appeal has the consequence that the decision of the shareholders' meeting cannot be registered with the commercial register, which is an indispensable requirement for the transfer of the shares.[74] However, the German legislator expressively excluded disputes about the appropriateness of the consideration explicitly from this consequence by submitting such disputes to another procedure *(Spruchverfahren)*, which does not block the commercial register in order to prevent the case that a squeeze-out cannot be conducted merely because the appropriateness of the consideration is at issue.[75]

3. Interim result

In a squeeze-out according to the sect. 327a *et seqq. AktG* the German legislator has made an assessment that as a basic principle, a shareholder who owns shares corresponding to 95 % of the entire share capital is allowed to preclude the minority shareholders. The crucial issue under such rather general permission is to guarantee the appropriateness of the consideration. This is regularly – and not exceptionally like under the rules originating from the Takeover Directive – a matter of third parties who are involved in the squeeze-out process.

VI. Comparison of the different national rules

As has been shown, there are various ways to arrange the preclusion of minority shareholders in the examined jurisdictions. Accordingly, the protection of minority shareholders differs as well. In the following, the different regimes are compared with regard to the benefits they offer and to their potential disadvantages.

1. Scope of the squeeze-out rules

A first significant difference concerning the preclusion of minority shareholders in the three jurisdictions is that they differ in scope. The model used by the Takeover Directive is strictly related to takeover situations and therefore has the narrowest scope, as a squeeze-out can only take place within three months after a takeover bid. Under the traditional German squeeze-out rules (sect. 327a *et seqq. AktG)* it is insignificant by what time the majority shareholder has acquired his shares.[76] A preclu-

73 The three main reasons to challenge a squeeze-out decision are a wrong calculation of the threshold of 95 %, insufficient information to the shareholders and a breach of the fiduciary duties among the shareholders; *Barbara Grunewald*, ‚Die neue Squeeze-out-Regelung' [2002] Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP), 18, 20.

74 Hüffer, *supra* n 4, § 327e AktG, Rn. 3.

75 Sect. 327 f. *AktG*; *Eisolt*, *supra* n 6, 1145, 1147; Hüffer, *supra* n 4, § 327e AktG, Rn. 1.

76 *Andreas Austmann/ Petra Mennicke*, ‚Übernahmerechtlicher Squeeze-out und Sell-out' [2004] Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG), 846, 846.

sion of minority shareholders can take place at any time if the conditions for a squeeze-out are fulfilled. Similarly, the examined laws of the United States' do not state any requirements with regard to a certain time period, within which a squeeze-out can take place as merger transactions can be conducted at any time. However, something that both the United States model and the model of the Takeover Directive have in common is that they usually go along with changes in the balance of power within the company. The traditional German rules offer here a set of rather neutral rules which can be exercised at any time.

2. Parties that are involved in the squeeze-out

There are significant differences in the three jurisdictions with regard to the role that the concerned parties play. In the United States, the directors of the companies have a great impact both on whether the squeeze-out can take place and also on the protection of the minority shareholders through their fiduciary duties. The decision of a squeeze-out therefore strongly depends on third parties. Under traditional German law, the minority shareholders have no potential to influence whether there will be a squeeze-out or not. As soon as the majority shareholder has reached the threshold of 95 % of shares, he can unilaterally initiate a squeeze-out. According to these rules, it is the shareholders' meeting which deals with a squeeze-out as well as external auditors which are supposed to guarantee that in such a case the rights of the minority shareholders are respected. Hence, third parties are involved in a squeeze-out process on a regular basis as well. By contrast in the Takeover Directive model the protection of minority shareholders is left to themselves as it is the decision of the collectivity of minority shareholders which decides whether a squeeze-out can take place or not.

3. Determination of the consideration

With regard to the determination of the consideration, the Takeover Directive model offers a very simple mercantile rule which relies on the market forces to produce a fair price for the consideration. The price of the consideration will only in exceptional cases be subject to review by the courts and therefore comes about through the exclusive decision of the parties whose interests are at stake. By contrast, the traditional German rules seem to be very complex requiring in every case, even if the large majority of shareholders considers the consideration as appropriate, the assessment of third parties in reports that have to be submitted. In this respect, the traditional German law rules trust rather in third independent parties, which are deemed to be specialists in this area, than in market forces. The United States model takes an approach which lies in between these two extremes. Here, it is up to the parties to determine the consideration, and third parties may be involved in this issue only in cases of appraisal by the court.

VII. Statement

By comparison, the model of the Takeover Directive on the squeeze-out of minority shareholders is the most favorable one, based on three main arguments.

1. Takeover Directive model efficiently protects the interests of minority shareholders in the squeeze-out decision

It may seem that the model of the Takeover Directive has a limited scope as it requires a precedent takeover offer contrary to the traditional rules in Germany and the model of the United States, where the majority shareholder does not have to make a takeover offer. Yet, this argument is flawed. The fact that even a shareholder who already owns more than 90 % of the shares must make such a „takeover offer" shows that the attachment of the squeeze-out procedure to a takeover bid is not a limitation in scope.[77] It is rather the arrangement of a key principle by which the two essential questions with regard to a squeeze-out can be answered: First, it decides whether or not a squeeze-out can take place at all by making conditional the number of at least 90 % of the shareholders who accept the takeover bid. This is subsequently also used as an indication for the appropriateness of the consideration. Such an approach brings several advantages. At the first stage it gives all shareholders an equal chance to either vote for the proposed squeeze-out by accepting it, or to prevent it as a collectivity. The majority shareholder must obtain the approval of his offer by the majority of this collectivity in order to be able to proceed with a squeeze-out. This ensures, on the one hand, that a squeeze-out cannot take place without the consent of at least a large majority of the remaining shareholders. On the other hand, it ensures that all remaining shareholders before a squeeze-out are treated equally, regardless of whether they „sell" in the course of the public takeover bid or by way of the squeeze-out decision. Contrary to the squeeze-out mergers in the United States and the traditional rules in Germany there is a reasonable chance for the minority shareholders to prevent a squeeze-out in advance. Germany and the United States offer the minority shareholders protection only after the decision for or against a squeeze-out has been made during the process of determination of the consideration in Germany and the appraisal right in the United States, respectively. The possibility of being able to influence whether they can keep their participation in the company is different from the mere question what the consideration will be after a squeeze-out. The crucial difference here to the traditional rules in Germany is that the majority shareholder cannot acquire the shares step by step in order to reach the threshold, but that the decision of the collectivity of the minority shareholders is required which strengthens their position opposite the majority shareholder.

77 Cf. Appendix 1.

2. The involvement of third parties in the squeeze-out decision is susceptible for manipulation

Contrary to the models of the traditional German rules and the United States, the approach of the Takeover Directive only allows for the majority shareholder and minority shareholders to be involved in the squeeze-out process, as a conflict of interests exists among these two groups. Under the United States approach, the directors play an important role in the squeeze-out. Similarly, under the traditional German rules, it is the auditors who control the decision of the shareholders' meeting. The involvement of third parties however includes the risk that they do not entirely represent the interests of those they are supposed to.[78] The fact that the issue of self-dealing plays a significant role[79] in squeeze-outs in the United States points out this structural difficulty. If there is one major shareholder in the United States, the directors of a company are influenced by this shareholder at least to a certain extent. It is hard to see how a director who is elected and wants to be reelected by the majority of shareholders can protect the interests of the minority shareholders in a squeeze-out transaction at the same time. The traditional German rules solve this problem by involving independent auditors to review the squeeze-out. In this case, the judgment of a third party still leaves space for manipulation and constrains the minority shareholders to rely on a third party to protect their interests. The criticism of the traditional German rules must however be limited to cases where they are used for a squeeze-out in companies which are listed at the stock market because here sect. 39a-c *WpÜG* could be used alternatively. As the traditional German rules apply also to companies which are not listed at the stock market and in which case the determination of the consideration cannot be determined by the share price at the stock market, the involvement of third parties is much more justifiable and offers here a fair procedure. In these cases sect. 39a-c *WpÜG* are not available for a squeeze-out as they apply only to companies which are listed at the stock market. However, the rules in sect. 39a-c *WpÜG* remain the more advantageous set of rules for the majority of cases as they permit the exclusion of third parties from the squeeze-out process which reduces the risk of manipulation to a minimum.[80]

3. The Takeover Directive model is simple and effective

The real strength of the model of the Takeover Directive lies in its effectiveness and simplicity. The United States lack special rules for squeeze-out situations alltogether. This results in different merger constellations which usually go along with structural changes of the affected company. This is rather complicated and unpredictable for the parties. Also the costs for the merger transaction and legal advice increase the costs of the transaction compared to a squeeze-out process according to the Takeover

78 Schöpper, *supra* n 1, p. 162.

79 Schöpper, *supra* n 1, p. 174.

80 *PhilippRühland*, ‚Der squeezeout nach dem RefE zum Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz vom 12.3.2001' [2001] Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG), 448, 551.

Directive. Subject to the qualification made above and only with regard to companies which are listed on the stock exchange, the traditional German rules are rather costly and complicated. The shareholders' meeting has to consider several reports before a decision can be made which increase also the costs of the transaction. By linking the approval of the majority of the shareholders to the success of a squeeze-out transaction, the Takeover Directive rules also decrease the risk of appeals to the courts to a minimum as the squeeze-out has been approved by a large majority of the remaining shareholders. This encourages a fast and foreseeable squeeze-out procedure for both parties of the squeeze-out. Thereby the economic system benefits as a whole since potential restraints for takeovers are diminished and the entrepreneurial initiative is strengthened. Finally, it must be pointed out that experiences from the United Kingdom show that the consideration of the shareholders through its mercantile rule is in any case not below what the shareholders can expect in other countries.[81]

VIII. Conclusion

The legal comparison of the rules for the preclusion of minority shareholders reveals that it is beneficial for both the majority shareholders and the protection of the minority shareholders to solve the conflict of interests between them through special rules for a squeeze-out situation. Here, the rules in Germany and the United Kingdom resulting from the Takeover Directive have an advantage compared to the rules in the United States. Since it is commonly acknowledged that under certain circumstances a squeeze-out must be possible, the issue of crucial importance is the determination of the consideration of the minority shareholders. In this respect, the Takeover Directive model offers the better solution compared to the traditional German rules as it is simple, effective, less prone to manipulation and predictable.

81 *Rühland*, stating that the situation for German shareholders is significantly worse than for those in the United Kingdom or the United States which get 15–30 % more than the stock market price; *Rühland*, *supra* n 80, 448, 450.

Appendix 1:

Application of the squeeze-out right under the Companies Act 2006 with different initial amounts of shares

1. Initial amount of shares before the takeover offer	2. Shares to which the takeover relates	3. Approval of 90 % of the share-holders	4. Maximum amount of shares which may be squeezed-out (in % of the total share capital)
0	100	90	10
10	90	81	9
20	80	72	8
30	70	63	7
40	60	54	6
50	50	45	5
60	40	36	4
70	30	27	3
80	20	18	2
90	10	9	1
95	5	4,5	0,5
97	3	2,7	0,3

[Source: Joanna Warchol, *Squeeze-out in Deutschland, Polen und übrigen Europa* (Nomos, Baden-Baden 2008), p. 285]

Blitzschnell nachschlagen

im Hörsaal und Zuhause:

Die Reihe „Textbuch Deutsches Recht"

- handliche Sammlungen der wichtigsten Gesetze für das Studium
- ausgewählt und zusammengestellt nach Ausbildungsrelevanz
- optimale Orientierung und problemloses Zitieren durch Satznummerierung

Kirchhof/Kreuter-Kirchhof (Hrsg.)
Staats- und Verwaltungsrecht Bundesrepublik Deutschland
Mit Europarecht
48. Auflage 2009. € 15,50

Rolf Schwartmann (Hrsg.)
Völker- und Europarecht
Mit WTO-Recht und Zusatztexten im Internet
7. Auflage 2010. € 24,-

Rolf Schwartmann (Hrsg.)
Der Vertrag von Lissabon
EU-Vertrag, Vertrag über die Arbeitsweise der EU
– Konsolidierte Fassungen –
3. Auflage 2010. € 11,50

Alle Titel aus der Reihe und mehr Infos unter: **www.cfmueller-campus.de/textbuecher**

C.F. Müller Jura auf den gebracht

Die Methodik-Beiträge der StudZR können online leider nicht zur Verfügung gestellt werden.
Die StudZR-Redaktion bittet diesbezüglich um Ihr Verständnis.

Rechtsprechungsanalyse

Jan Henning Martens*

Absolute Geltung des Aufrechnungsverbotes nach § 393 BGB

Abstract

Das in § 393 BGB normierte Aufrechnungsverbot bei unerlaubter Handlung sollte jedem Juristen geläufig sein. Die Reichweite des absolut formulierten Aufrechnungsverbotes ist in Rechtsprechung und Literatur jedoch umstritten. Für einen wichtigen Fall hat der *BGH* am 15.09.2009 (NJW 2009, 3508) nun den Streit entschieden. Der folgende Beitrag bespricht diese Entscheidung und stellt die Grundsätze des Aufrechnungsverbotes nach § 393 BGB im Zusammenhang mit prozessualen Hintergründen dar.

* *Jan Henning Martens* ist Rechtsanwalt in Freiburg i. Br.

I. Das Aufrechnungsverbot des § 393 BGB

Das Rechtsinstitut der Aufrechnung ermöglicht es Gläubigern, insbesondere bei zahlungsunfähigen Schuldnern, durch die Erklärung der Aufrechnung befriedigt zu werden.[1] Durch die Aufrechnung werden Schulden rückwirkend zu dem Zeitpunkt, in dem sich die aufrechenbaren Forderungen erstmals gegenüberstanden, getilgt (§ 389 BGB). Käme die Aufrechnung nicht in Betracht, wäre die Vollstreckung ggf. erfolglos und eine Befriedigung unmöglich. Grundsätzlich ist erforderlich, dass sich gegenseitige[2] und gleichartige Forderungen gegenüberstehen. Fehlt eine dieser Voraussetzungen, ist schon keine Aufrechnung möglich. Zudem muss es sich um wirksame und fällige Forderungen handeln. Allerdings kann nicht mit jeder Forderung aufgerechnet werden, sondern die §§ 390 ff. BGB beschränken – neben vertraglichen Aufrechnungsverboten, die regelmäßig in den AGB vereinbart sind[3] – die Aufrechnung (§§ 391 Abs. 2, 392, 395 BGB) bzw. schließen sie teilweise ganz aus. Anlässlich der zu besprechenden Entscheidung des *BGH* ist besonders § 393 BGB hervorzuheben, wonach gegen eine Forderung aus unerlaubter Handlung nicht aufgerechnet werden darf. Das bedeutet, dass eine solche Forderung immer beglichen werden muss und der Schuldner keine Möglichkeit hat, einen Abfluss aus seinem Barvermögen[4] zu verhindern.

Der Zweck des dort statuierten Aufrechnungsverbotes wird von der weit herrschenden Meinung zu Recht darin gesehen, dass der Gläubiger in angemessener Zeit befriedigt werden soll, ohne dass Gegenansprüche erörtert werden.[5] Prozessual führt die Erklärung der Aufrechung (gegen die streitbefangene Forderung)[6] zwar dazu, dass bei Entscheidungsreife einer Forderung bereits ein vollstreckungsfähiges Vorbe-

1 Palandt/*Grüneberg* 69. Aufl., § 387 Rn. 1 beschreibt die Funktion mit dem *BGH* – etwa ZIP 2007, 717 (719) – als Selbsthilfemöglichkeit des Gläubigers.

2 Es gelten jedoch Ausnahmen, siehe hierzu *Grüneberg* (Fn. 1), § 387 Rn. 7.

3 Eine solche Vereinbarung ist jedoch nicht immer wirksam. § 309 Nr. 3 BGB bestimmt, dass die Aufrechnung mit unbestrittenen oder rechtskräftigen Forderungen nicht ausgeschlossen werden darf. Das gilt nach § 307 BGB auch für Unternehmer, vgl. nur *Kieninger* in MünchKomm BGB 5. Aufl., § 309 Rn. 10 m. w. N. aus der Rechtsprechung.

4 Ggf. nach Verwertung von Sachen oder in Folge der Zwangsvollstreckung nach den §§ 803 ff. ZPO.

5 Siehe bspw. *OLG Düsseldorf* OLGR Düsseldorf 2000, 123 f. = Az. 22 W 70/99; Staudinger/*Gursky* Neubearb. 2006, § 393 Rn. 1; *Grüneberg* (Fn. 1), § 393 Rn. 1; *Pfeiffer* in Prütting/Wegen/Weinreich 4. Aufl., § 393 Rn. 1; *Schlüter* in MünchKomm BGB 5. Aufl., § 393 Rn. 1; *Wagner* in Erman 12. Aufl., § 393 Rn. 1; *Zeiss* in Soergel 12. Aufl., § 393 Rn. 1; a. A. *Deutsch* Einschränkung des Aufrechnungsverbots bei vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung NJW 1981, 735 (736).

6 Die Erklärung der Aufrechnung kann auch noch im Prozess erfolgen, allerdings gelten die Präklusionsvorschriften des § 296 ZPO. Bei einer hiernach prozessual verspätet erklärten Aufrechnung gilt diese auch materiellrechtlich als nicht erklärt, um Widersprüche zu vermeiden (vgl. nur *Vollkommer* in Zöller ZPO 28. Aufl., vor § 322 Rn. 66, 69).

haltsurteil[7] ergehen kann (§ 302 ZPO). Zu beachten ist aber, dass bei ungerechtfertigter Vollstreckung eine Schadensersatzpflicht nach § 302 Abs. 4 S. 3 ZPO droht. Insofern kann dieser Titel nicht einem Endurteil nach § 300 Abs. 1 ZPO gleichgestellt werden. Zwar droht dem Gläubiger auch bei einem nicht rechtskräftigen (und für vorläufig vollstreckbar erklärten) Endurteil eine Schadensersatzpflicht nach § 717 Abs. 2 ZPO. Diese greift jedoch nur, wenn die erste Instanz den Anspruch des Gläubigers in den Augen der zweiten Instanz falsch entschieden hat, während bei der Schadensersatzpflicht nach § 302 Abs. 4 S. 3 ZPO auch bei einer fehlerfreien Entscheidung über die Forderung an sich eine Klagabweisung auf Grund der Aufrechnung[8] (durch die Berücksichtigung der Gegenforderung) ergehen kann. Insofern ist der h. M. hinsichtlich der zeitnahen Befriedigung beizupflichten, da im Prozess eben nur über einen Anspruch (und nicht über zwei) entschieden werden muss.

Weiterhin wird als Grund für die Existenz des § 393 BGB angeführt, dass der Gläubiger eines vorsätzlichen Deliktsschuldners nicht absichtlich eine unerlaubte Handlung (Fenster einwerfen, Auto zerkratzen o. ä.) begehen kann, ohne hierdurch schadensersatzpflichtig zu werden, da er bei Nichtgeltung des § 393 BGB schließlich die Aufrechnung erklären könnte.[9] Eine solche „Privatrache"[10] könne die Rechtsordnung nicht hinnehmen.

Zutreffenderweise wird in der Literatur betont, dass das Aufrechnungsverbot durch Pfändung und Überweisung der Forderung des Schuldners an den Gläubiger im Vollstreckungsverfahren (§§ 829 ff. ZPO) umgangen werden kann.[11] Bei einem solchen Vorgehen ist jedoch zu berücksichtigen, dass andere Gläubiger der Pfändung zuvorkommen könnten,[12] schließlich gilt bei der Forderungspfändung nach § 804 Abs. 3 ZPO das Prioritätsprinzip.[13] Durch dieses Vorgehen verliert § 393 BGB also nicht seine Existenzberechtigung.

---

7 Die Entscheidung ergeht demnach vorbehaltlich der Entscheidung über die Aufrechnung: Wenn die Aufrechnung begründet ist, wird das Vorbehaltsurteil abgewiesen und die gesamte Klage abgewiesen oder ihr nur im nach der Aufrechnung bestehendem Umfang stattgegeben, siehe zur Tenorierung etwa *Spinner/Wallisch* Die Tenorierung zivilgerichtlicher Entscheidungen – Eine Übung für Rechtsreferendare JuS 2006, 883 (883 f.). Zu beachten ist auch die Möglichkeit des Schuldners, die vorläufige Einstellung der Vollstreckung entsprechend §§ 709, 719 ZPO zu beantragen, vgl. *Vollkommer* (Fn. 6), § 302 Rn. 9.

8 *Vollkommer* (Fn. 6), § 302 Rn. 12, dort Rn. 14 zur Geltendmachung des Schadens.

9 *Gursky* (Fn. 5), § 393 Rn. 1; *Looschelders* Schuldrecht AT 6. Auflage (2008), Rn. 424; *Pfeiffer* (Fn. 5), § 393 Rn. 1; *Schlechtriem/Schmidt-Kessel* Schuldrecht AT 6. Auflage (2005), Rn. 390; *Wagner* (Fn. 5), § 393 Rn. 1; *Zeiss* (Fn. 5), § 393 Rn. 1.

10 Vgl. Nachweise in Fn. 9.

11 *Gursky* (Fn. 5), § 393 Rn. 2; *Wagner* (Fn. 5), § 393 Rn. 1; *Zeiss* (Fn. 5), § 393 Rn. 6.

12 *Gursky* (Fn. 5), § 393 Rn. 2.

13 „Wer zuerst kommt, mahlt zuerst.", zum Prioritätsprinzip siehe beispielsweise *Gruber* in Musielak 3. Aufl., § 804 Rn. 31 ff.

II. Ausnahmen nach der Literatur

Neben der Frage, welche Ansprüche als deliktische im Sinne der Norm gelten und welche Anforderungen an den Vorsatz zu stellen sind,[14] ist in Literatur und Rechtsprechung umstritten, ob und inwieweit § 393 BGB gilt, wenn sich auf beiden Seiten Forderungen aus unerlaubter Handlung gegenüberstehen. Denkbar ist dies sowohl in Fällen der zeitgleichen Prügelei als auch in Fällen, in denen bspw. einem Verkehrsunfall in Freiburg im Januar der Skiunfall im darauf folgenden Dezember am Feldberg folgt, die Geschehen also nichts miteinander verbindet als die zufällig gleichen Parteien.

1. Teleologische Reduktion bei beidseitiger unerlaubter Handlung

Eine in Rechtsprechung und Schrifttum vertretene Auffassung lehnt die Anwendung von § 393 BGB auf Fälle, in denen sich auf beiden Seiten Forderungen aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung gegenüberstehen, ab.[15] Die Parteien seien nicht schutzbedürftig, da sich jeder von ihnen in der gleichen Situation befinde.[16] Der Zweck des § 393 BGB, eine Privatrache im Wege der Präventivfunktion zu verhindern, sei nicht mehr erreichbar,[17] zudem könne im Einzelfall § 242 BGB angewendet werden.[18] Auch sollten Zahlungsunfähige nicht bevorzugt werden.[19] Zwischen Fällen gleichen Lebenssachverhaltes (Prügelei) und zufällig gleichen Parteien zweier verschiedener Vorgänge[20] differenziert diese Auffassung nicht.

2. Einschränkende Auslegung lediglich bei gleichem Lebenssachverhalt

Eine wohl auf *Deutsch* zurückgehende Meinung schränkt den Anwendungsbereich des Aufrechungsverbotes in Fällen ein, in denen der gleiche (örtlich und zeitlich umgrenzte) Lebenssachverhalt den Grund der Forderungen bildet.[21] Damit wird insbesondere verhindert, dass eine Privatrache möglich ist, die gegebenenfalls nach der un-

---

14 Vgl. dazu nur *Schlüter* (Fn. 5), § 393 Rn. 2 f.

15 *LG Stade* MDR 1958, 99; Staudinger/*Bittner* Neubearb. 2009, § 273 Rn. 111; *Blomeyer* Schuldrecht 4. Auflage (1969), § 40 VI 2 a, S. 250; *Fikentscher/Heinemann* Schuldrecht 10. Auflage (2006), Rn. 339; *Kropholler* Studienkommentar BGB 11. Aufl., vor § 387 Rn. 10; *Larenz* Schuldrecht I, 14. Auflage (1987), § 18 IV b, S. 259; *Lüke/Huppert* Durchblick: Die Aufrechnung JuS 1971, 165 (167); Jauernig/*Stürner* 13. Aufl., § 393 Rn. 1; *Wagner* (Fn. 5), § 393 Rn. 2.

16 *Larenz* (Fn. 15), 18 IV b, S. 259.

17 *Stürner* (Fn. 15), § 393 Rn. 1; *Wagner* (Fn. 5), § 393 Rn. 2.

18 *Wagner* (Fn. 5), § 393 Rn. 2.

19 *Larenz* (Fn. 15), § 18 IV b, S. 259.

20 Siehe das Beispiel oben unter II.

21 *OLG Düsseldorf* OLGR Düsseldorf 2000, 123 = Az. 22 W 70/99; *LG Stade* MDR 1958, 99; *Brox/Walker* Allgemeines Schuldrecht 33. Auflage (2009), S. 142; grundlegend *Deutsch* (Fn. 5), S. 735 f.; vorsichtiger *Dennhardt* in Bamberger/Roth BeckOK BGB 15. Ed., § 393 Rn. 7.

ter 1. geschilderten Meinung eine Aufrechnung ermöglichen würde.[22] Auch argumentiert *Deutsch*, in diesen Fällen sprächen sowohl die Prozessökonomie als auch die Gleichbehandlung vorsätzlich und fahrlässig Handelnder für diese Einschränkung.[23]

3. Einschränkung durch Treu und Glauben

Weiterhin wird vertreten, dass der Anwendungsbereich des § 393 BGB nach Treu und Glauben je nach den Umständen des Falles (§ 242 BGB) zu reduzieren sei, wenn sich zwei Forderungen aus unerlaubter Handlung gegenüberstehen.[24] Die Begründung für dieses Vorgehen deckt sich mit den anderen Meinungen, die eine teleologische Reduktion des § 393 BGB vornehmen (s. o. 1.). Im Gegensatz zur teleologischen Reduktion bietet diese Ansicht den Vorteil, dass man für die Begründung dieses Lösungsweges nicht auf den – in diesem Fall nicht mehr darlegbaren – gesetzgeberischen Willen abstellen muss, sondern durch die Anwendung der allgemeinen Regeln zum gleichen Ergebnis kommt.

4. Teleologische Reduktion des § 393 BGB auf Selbsthilfefälle

Eine ältere Meinung vertritt demgegenüber, § 393 BGB sei teleologisch derart zu reduzieren, dass das Aufrechnungsverbot nur – dann aber auch immer – in Fällen der Selbsthilfe gelte.[25] Zurückgeführt wird dieses Ergebnis auf den Sinn und Zweck des § 393 BGB, der solche Fälle verhindern solle.

5. Uneingeschränkte Anwendbarkeit

Der wohl überwiegende Teil der Literatur sowie Teile der Rechtsprechung gehen angesichts des Wortlauts von einer uneingeschränkten Anwendbarkeit des Aufrechnungsverbotes aus.[26] Lediglich wenige beziehen auch den Zweck der Vorschrift in ihre Überlegungen mit ein, um dieses Ergebnis zu begründen.[27] *Kropholler* vertritt mit dem *LG Stade* die Ansicht, der Wortlaut stehe einer Aufrechnung mit einer For-

22 *Deutsch* (Fn. 5), S. 735.

23 *Deutsch* (Fn. 5), S. 735 f.

24 *Glötzner* Zum Aufrechnungsverbot des § 393 BGB MDR 1975, 718 (720 f.).

25 *Pielemeier* Das Aufrechnungsverbot des § 393 BGB: Seine Entstehungsgeschichte und seine Bedeutung im geltenden Recht, Diss. Bochum 1988, S. 116; *Tamblé* Privilegien im Aufrechnungs- und Pfändungsrecht, insbesondere in ihrer Kollision, Diss. Köln 1966, S. 94 ff., 97.

26 RGZ 123, 6 (8 f.); *OLG Celle* NJW 1981, 766; *Ebert* jurisPR-ZivR 22/2009, Anm. 1; *von Feldmann* Die Aufrechnung – ein Überblick JuS 1983, 357 (361 Fn. 58) sieht insb. die Ansicht von *Deutsch* als zu kompliziert an; *Gerhardt* Athenäum-Zivilrecht I (1972), 8. Kapitel § 3 4 a, S. 731 f.; *Grüneberg* (Fn. 1), § 393 Rn. 5; Staudinger/*Kaduk* 12. Aufl., § 393 Rn. 35; *Medicus/Lorenz* Schuldrecht I 18. Auflage (2008), Rn. 313; *Pfeiffer* (Fn. 5), § 393 Rn. 5; *Schlüter* (Fn. 5), § 393 Rn. 5; offen lassend *Gursky* (Fn. 5), § 393 Rn. 13; *Rüßmann* jurisPK-BGB 4. Aufl., § 393 Rn. 5.

27 *OLG Celle* NJW 1981, 766; *Gerhardt* (Fn. 26), S. 731 f.; *Medicus/Lorenz* (Fn. 26), Rn. 313.

derung aus unerlaubter Handlung nicht entgegen.[28] Hierbei bleibt jedoch unberücksichtigt, dass gleichzeitig gegen eine Forderung aus unerlaubter Handlung aufgerechnet wird.

III. Der Beschluss des *BGH* vom 15.09.2009 = NJW 2009, 3508

Der *BGH* stellte in seinem Beschluss vom 15.09.2009[29] die oben beschriebenen Meinungen zwar dar, argumentierte jedoch sehr knapp. Der Kläger beantragte nach einer tätlichen Auseinandersetzung mit dem Beklagten, bei der er einen Kieferbruch, der Beklagte eine Gehirnerschütterung erlitt, die Verurteilung zur Zahlung von Schmerzensgeld sowie die Feststellung künftiger materieller und immaterieller Schäden.[30] Der Beklagte beantragte Klagabweisung und rechnete hilfsweise mit Schadensersatzansprüchen auf Grund der Auseinandersetzung auf.

Die Vorinstanzen ließen nach teilweiser Stattgabe der Klage den Aufrechnungseinwand des Beklagten wegen § 393 BGB nicht durchgreifen. Auf Grund der umstrittenen Rechtslage in den Fällen beidseitiger unerlaubter Handlung ließ das *OLG Karlsruhe* die Revision zu. Da der Beklagte Prozesskostenhilfe (PKH) beantragte, musste sich der *BGH* vor Ergehen einer Entscheidung mit den Erfolgsaussichten der Revision auseinandersetzen (§ 114 ZPO). Er lehnte die Prozesskostenhilfe jedoch mangels Erfolgsaussicht der Revision ab. Der *BGH* stellte kurz die zu diesem Problemkreis vertretenen Meinungen dar und sprach sich dann für eine Geltung des Aufrechnungsverbotes aus; die Kürze der Begründung dürfte darauf zurückzuführen sein, dass der Beschluss im PKH-Verfahren erging.

In seiner Begründung führte er aus, dass nach dem klaren Wortlaut § 393 uneingeschränkt gelte. Zudem spreche gegen die telelogische Einschränkung hinsichtlich der (Nicht-)Anwendbarkeit auf Fälle des einheitlichen Lebenssachverhalts, dass dies eine nicht hinnehmbare Rechtsunsicherheit zur Folge habe, da in jedem Einzelfall der einheitliche Lebenssachverhalt festgestellt werden müsste. Auch habe der Gesetzgeber die in der Literatur und Rechtsprechung geäußerten Bedenken weder bei der Schuldrechtsreform Ende 2001,[31] noch bei Erlass des Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften Mitte 2002[32] aufgegriffen.

---

28 *Kropholler* (Fn. 15), vor § 387 Rn. 10; ebenso *LG Stade* MDR 1958, 99.

29 Az. VI ZA 13/09 = NJW 2009, 3508 = VersR 2009, 1502 = MDR 2009, 1338.

30 Nach ständiger Rechtsprechung ist eine solche Klage abweichend von § 253 Abs. 2 ZPO ohne konkrete Bezifferung des künftigen Schadens möglich, wenn der Betrag von einer Schätzung des Gerichts abhängig oder in dessen billiges Ermessen (so hier, § 253 Abs. 2 BGB) gestellt ist, vgl. *Geimer* in Zöller ZPO, § 253 Rn. 14, 14a.

31 BGBl. I 2001, 3138.

32 BGBl. I 2002, 2674.

IV. Kritische Würdigung

Dieser Beschluss spricht zwar schon im Leitsatz für sich, seine Begründung bedarf jedoch näherer Betrachtung.

1. Klärung der Frage im PKH-Verfahren

Zunächst ist kurz darauf einzugehen, dass der Beschluss im PKH-Verfahren erging. Voraussetzung für die Gewährung von PKH ist neben der Bedürftigkeit und dem Fehlen der Mutwilligkeit hinsichtlich der Rechtsverfolgung die Erfolgsaussicht der Hauptsache, also die überwiegende Wahrscheinlichkeit des für die PKH beantragende Partei positiven Prozessausgangs. Bei wegen einer schwierigen, bislang ungeklärten Frage des materiellen Rechts offenen Erfolgsaussichten wird die PKH jedoch auch bewilligt, da im PKH-Verfahren keine zweifelhaften Rechtsfragen entschieden werden sollen.[33] Bei der in Frage stehenden Fallgestaltung lehnt der *BGH* allerdings die Annahme einer solchen schwierigen, bislang ungeklärten Frage des materiellen Rechts ab und verwies auf ein Urteil des *RG*.[34] Angesichts der oben dargestellten verschiedenen Meinungen in Literatur und Rechtsprechung lag es m. E. aber nicht auf der Hand, dass der *BGH* bereits im PKH-Verfahren entscheiden würde. Es muss aber beachtet werden, dass in der Literatur vertreten wird, aus Kostengründen solle die letzte Instanz Rechtsfragen auch im PKH-Verfahren entscheiden.[35] Da im vorliegenden Fall auch von den Parteien keine Beibringung weiterer maßgeblicher Gesichtspunkte zu dieser Frage zu erwarten war, sprach in der Tat nichts gegen die Klärung dieser Frage im PKH-Verfahren.

2. Materiellrechtliche Würdigung

In Bezug auf die vom *BGH* gegebene Begründung des Beschlusses muss hinsichtlich des Wortlautes selbstverständlich festgestellt werden, dass dieser eine Geltung auch in den Fällen der beidseitigen Forderung aus unerlaubter Handlung fordert.[36] Dennoch muss beachtet werden, dass allein der Wortlaut nicht maßgeblich für die Rechtsanwendung ist. Vielmehr ist auch anerkannt, dass die dritte Gewalt angesichts des beschleunigten Wandels der gesellschaftlichen Verhältnisse und der begrenzten Reaktionsmöglichkeiten des Gesetzgebers die Anpassung des geltenden Rechts an veränderte Umstände zur Aufgabe hat (gesetzesübersteigende Auslegung).[37] In den

33 *BVerfG* FamRZ 2007, 1876 m. w. N.; *Geimer* (Fn. 30), § 114 Rn. 21; zu allgemeinen Voraussetzungen für die Gewährung von PKH siehe *Fischer* Prozesskostenhilfe: Grundlagen für Referendare JuS 2004, 1068 und *Stackmann* Prozesskostenhilfe im Zivilprozess JuS 2006, 233.

34 *BGH* NJW 2009, 3508, Verweis auf RGZ 123, 6, das die Einschränkung ablehnte.

35 *KG* MDR 1970, 242; *Geimer* (Fn. 30), § 114 Rn. 21.

36 *BGH* NJW 2009, 3508.

37 Siehe bspw. *BGH* NJW 2007, 992 (994); *Larenz/Wolf* BGB AT 8. Auflage (1997), § 4 Rn. 71 f.

Schranken des Art. 20 Abs. 2 und 3 GG setzt diese voraus, dass das Gesetz lückenhaft ist, wobei sich die Unvollständigkeit der rechtlichen Regelung nicht wie bei der Analogie am Plan des Gesetzes selbst, sondern an den Erfordernissen der Gesamtrechtsordnung bemisst. Dazu zählt auch ein unabweisbares Bedürfnis des Rechtsverkehrs.[38] In Fällen, in denen der Gesetzeswortlaut nicht für alle darunter fallenden Probleme passt, sondern wie in diesem Fall zu weit ist, muss hingegen eine einschränkende Auslegung der Norm im Wege gesetzesimmanenter Rechtsfortbildung erfolgen. Geprüft werden muss in diesem Fall, wie der Gesetzgeber die Regelung eingeschränkt hätte, wenn er diese Fälle bedacht hätte.[39] Maßgeblich hierfür sind neben dem – Grenze und Ausgangspunkt bildenden – Wortsinn Sinn und Zweck, Systematik sowie die Entstehungsgeschichte der Norm.[40]

a) Sinn und Zweck der Norm

Sofern man zutreffenderweise Sinn und Zweck des § 393 BGB in der schnelleren Befriedigung des Gläubigers sieht,[41] spricht dies für die Lösung des *BGH*. Bedauerlicherweise lässt sich der Rechtsprechung – auch dem hier besprochenen Beschluss des *BGH* – nicht entnehmen, was nach ihrer Ansicht Sinn und Zweck des § 393 BGB ist.[42] Zwar kann argumentiert werden, beide Schuldner seien nicht schutzbedürftig,[43] das verkennt aber, dass sie trotzdem jeweils durch eine vorsätzliche unerlaubte Handlung geschädigt wurden und insofern grundsätzlich mit einer zügigen Kompensation rechnen können dürfen. Außerdem ist zu sehen, dass § 393 BGB auch eine gewisse Straffunktion[44] derart zukommen könnte, dass der Schuldner gezwungen wird, die auf einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung beruhende Forderung in bar auszugleichen und sich nicht auf eine seine finanziellen Mittel nicht berührende Aufrechnung berufen kann.[45] Die Straffunktion erfordert es, ihre Bedeutung zu erforschen. Wenn sie nämlich die primäre Rechtfertigung für die Existenz des § 393 BGB ist, kann in der Tat eine Ausnahme bei beidseitiger unerlaubter Handlung vertreten werden.

aa) Präventiv- oder Straffunktion

Teilweise wird allerdings nicht eine Straffunktion des § 393 BGB, sondern eine präventive Funktion der Norm angenommen.[46] Soweit nach dieser Auffassung eine Gel-

38 *BGH* NJW 2007, 992 (994) m. w. N.

39 Statt aller *Brox/Walker* BGB AT 33. Auflage (2009), § 3 Rn. 69.

40 *Brox/Walker* (Fn. 39), § 3 Rn. 63.

41 *Grüneberg* (Fn. 1), § 393 Rn. 1; *Gursky* (Fn. 5), § 393 Rn. 1; *Pfeiffer* (Fn. 5), § 393 Rn. 1; *Schlüter* (Fn. 5), § 393 Rn. 1; *Zeiss* (Fn. 5), § 393 Rn. 1.

42 Das hebt zu Recht *Franck* Verbot der Aufrechnung gegen Forderungen auf Kartellschadensersatz BB 2009, 1935 (1936) hervor.

43 Dafür *Zeiss* (Fn. 5), § 393 Rn. 5.

44 Dies ist aber umstritten, siehe nur *Gursky* (Fn. 5), § 393 Rn. 1 und (abl.) *Dennhardt* (Fn. 21), § 393 Rn. 1.

45 Die Straffunktion des § 393 BGB hebt unter Verweis auf dessen historisches Vorbild aus dem justinianischen Kodex *Franck* (Fn. 42) hervor, siehe auch dort Fn. 20, 21.

46 Die Privatrache soll schließlich verhindert werden, s. o. Fn. 9 und statt vieler *Schlüter* (Fn. 5), § 393 Rn. 1.

tung für den Fall der beidseitigen Forderung aus unerlaubter Handlung befürwortet wird, kann dem nur in den Fällen der Privatrache gefolgt werden. Es darf bezweifelt werden, dass sich ein juristischer Laie von der Privatrache wegen § 393 BGB abhalten lassen würde, da Laien das Aufrechnungsverbot in der Regel nicht bekannt sein dürfte. Im Hinblick auf die Straffunktion gewinnt dieser Aspekt bei der Schutzwürdigkeit der Parteien an Gewicht. Derjenige, der gegen eine Forderung aus unerlaubter Handlung aufrechnen kann, weil er sie vorsätzlich begangen hat, wird hierdurch tatsächlich bestraft, wenn der andere zahlungsunfähig ist und er seine Forderung also nicht begleichen lassen kann, während er selbst leisten muss. Dies ist aber nur ein Nebeneffekt der Bestimmung, da pönale Elemente dem BGB an sich fremd sind[47] und somit die reale Leistungsbewirkung durch den Schädiger m. E. in den Vordergrund tritt und die Straffunktion in ihrer Bedeutung zurückdrängt. Allein die Straffunktion vermag somit keine einschränkende Auslegung von § 393 BGB zu rechtfertigen.

bb) Ausschluss der Privatrache

Zudem spricht ganz entscheidend gegen die pauschale Nichtanwendbarkeit auf Forderungen aus beidseitiger unerlaubter Handlung, dass die Privatrache[48] hierdurch entgegen der vermuteten gesetzgeberischen Intention ermöglicht würde. Dieses Argument verliert aber dann an Kraft, wenn mit der Mindermeinung eine Anwendung auf Forderungen, die dem gleichen Lebenssachverhalt entspringen, abgelehnt wird.[49]

Für eine Geltung des § 393 BGB in den letztgenannten Fällen spricht aber zum einen die oben genannte normative Forderung nach der schnellen Befriedigung des Gläubigers. Zudem würde durch die zusätzliche Prüfung des einheitlichen Lebenssachverhaltes ein zusätzliches Auslegungsproblem entstehen, da dieser Begriff ggf. anders als bei der Feststellung des Rechtskraftumfangs nach § 322 Abs. 1 ZPO[50] ausgelegt werden könnte. Insofern würde die Rechtssicherheit in der Tat durch diese Einschränkung leiden, es können auch Beweisschwierigkeiten entstehen.[51] Andererseits muss berücksichtigt werden, dass solche Beweisschwierigkeiten im gerichtlichen Alltag oftmals auftauchen. Im klassischen Fall der Prügelei kann außerdem davon ausgegangen werden, dass solche Schwierigkeiten nicht auftreten dürften, jedenfalls soweit entsprechende Zeugen für die Aufklärung des Sachverhaltes bereitstehen.

cc) Prozessökonomie

Soweit auf die Prozessökonomie und Gleichbehandlung zwischen vorsätzlich und fahrlässig Handelnden abgestellt wird, um eine Ausnahme von § 393 BGB zu begründen, vermag dies nicht zu überzeugen. Zwar wird die Prozessökonomie des Öfteren für eine erweiternde Auslegung oder Ausnahme von verfahrensrechtlichen

47 Palandt/*Heinrichs* 69. Aufl., Vorb v § 249 Rn. 4 für die §§ 249 ff. BGB.
48 Dazu siehe die Nachweise oben Fn. 9.
49 Vgl. oben II.2.
50 Vgl. hierzu die umfangreichen Nachweise bei *Vollkommer* (Fn. 6), Einleitung Rn. 72 ff.
51 *BGH* NJW 2009, 3508; *Ebert* (Fn. 26).

Bestimmungen herangezogen,[52] im vorliegenden Fall hat die Aufrechnung bzw. das Aufrechnungsverbot jedoch keine Auswirkungen auf die Prozessökonomie. Würde aufgerechnet und die Forderungen sind bestritten, müsste über beide Ansprüche entschieden bzw. Beweis erhoben werden, die gleichen Beweise könnten so nur in einem statt wie üblich in zwei Verfahren erhoben werden. Ökonomischer ist daher m. E. die Aufrechnung in einem Prozess, so dass dieses Argument keine einschränkende Auslegung von § 393 BGB fordert. Entscheidend ist vielmehr die schnellere Befriedigung des Schuldners, so dass der *BGH* zu Recht nicht die Prozessökonomie zur Begründung herangezogen hat. Auch steht es dem Gesetzgeber frei, eine vorsätzliche Handlung gegenüber einer fahrlässigen anders zu sanktionieren, so dass eine Gleichbehandlung dieser Fälle nicht verpflichtend ist.

dd) Reduktion auf alle Fälle der Selbsthilfe

Eine Einschränkung des § 393 BGB auf (alle) Fälle der unzulässigen Selbsthilfe[53] mag zwar durch dessen Sinn und Zweck begründbar sein, überzeugt aber angesichts des klaren Wortlautes nicht.[54] Die für eine einschränkende Auslegung nötigen Voraussetzungen (s. o. 2. vor a)) liegen daher nicht alle vor. Zudem wäre eine beschleunigte Durchsetzung von Forderungen aus unerlaubter Handlung dann nicht gewährt, was nach hiesiger Auffassung durch § 393 BGB beabsichtigt ist.

b) Einschränkung durch Treu und Glauben

Der *BGH* geht schließlich mit keinem Wort darauf ein, dass eine Geltung des § 242 BGB auch durch § 393 BGB nicht ausgeschlossen ist. Treu und Glauben als das gesamte Rechtsleben beherrschender Grundsatz finden schließlich immer Anwendung,[55] allein die Voraussetzungen der Norm variieren im Einzelfall.[56] Es kann daher nicht per se ausgeschlossen werden, dass es Fälle gibt, in denen Treu und Glauben abweichend von § 393 BGB doch eine Aufrechung mit einer Forderung aus unerlaubter Handlung wegen unredlichen Erwerbs der eigenen Rechtstellung[57] ermöglichen. Gleichwohl liegt ein solcher Fall bei der „normalen" Aufrechnung mit zwei Forderungen aus unerlaubter Handlung nicht vor, da dieser Fall vom Gesetzgeber mangels anderweitiger Anzeichen schon berücksichtigt wurde und deshalb nicht als Ausnahme anerkannt werden sollte. Für den ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers, § 393 BGB umfassend anzuwenden, spricht – wie der *BGH* zutreffend ausgeführt hat –, dass § 393 BGB bei den umfangreichen Gesetzesänderungen auch im Schadensersatzrecht nicht geändert wurde.

---

52 Vgl. *OLG Schleswig* NJW-RR 2008, 96 (97) zur Bestimmung des Gerichtsstandes; *Becker-Eberhard* in MünchKomm ZPO 3. Aufl., § 256 Rn. 81 zur Zulässigkeit der Zwischenfeststellungsklage nach der Rechtsprechung.

53 Vgl. oben II. 4.

54 So auch *Schlüter* (Fn. 5), § 393 Rn. 1 m. w. N. in Fn. 11.

55 *Heinrichs* (Fn. 47), § 242 Rn. 1.

56 *Heinrichs* (Fn. 47), § 242 Rn. 3 ff., 13 ff.

57 Eine gute Darstellung der einzelnen Fallgruppen des § 242 BGB findet sich bei *Heinrichs* (Fn. 47), § 242 Rn. 42 ff.

c) Widerklagemöglichkeit als Argument gegen die Beschleunigung

Schließlich muss berücksichtigt werden, dass auch bei einer ausgeschlossenen Aufrechnung die Widerklage mit der anderen Forderung möglich ist und der Prozess insoweit nicht durch § 393 BGB beschleunigt würde. In den Fällen der beidseitigen unerlaubten Handlung wird die von der Rechtsprechung nach § 33 ZPO geforderte Konnexität jedenfalls in den Fällen eines einheitlichen Lebenssachverhaltes zu bejahen sein. Diese Möglichkeit birgt gegenüber der Aufrechnung den Vorteil, dass im selben Prozess über die beweisbedürftigen Fragen nur einmal die Beweise erhoben (insb. Zeugen befragt) werden müssen, was zu einer spürbaren Kostenreduzierung auf Seiten der unterliegenden Partei führt. Anders als bei der Aufrechnung führt eine einseitige Entscheidungsreife nicht zu einem Vorbehaltsurteil, sondern zu einem vorläufig vollstreckbaren Teilurteil.[58] Sind beide Klagen entscheidungsreif – bspw. Klage auf 5000 Euro, Widerklage auf 2500 Euro – wird auch keine Saldierung vorgenommen, sondern jede Partei zur entsprechenden Zahlung verurteilt. Anderenfalls ergeht ein vorläufig vollstreckbares Teilurteil nach § 301 ZPO, das in Bezug auf eine mögliche Schadensersatzpflicht des vorläufig Vollstreckenden aber nicht mit dem Vorbehaltsurteil vergleichbar ist, da die Entscheidung über den jeweiligen Anspruch nur im Rechtsmittelverfahren anders lauten kann. Vom Ergebnis her ist diese Möglichkeit also nicht mit der Aufrechnungsmöglichkeit vergleichbar. Dass somit das Ziel der grundsätzlichen Beschleunigung der Befriedigung nicht vollends erreicht werden kann, hat der Gesetzgeber offenbar in Kauf genommen.

V. Auswirkungen des Urteils auf andere umstrittene Fragen bei § 393 BGB

Die Entscheidung des *BGH* zur wortlautgetreuen Auslegung dürfte bezüglich der unter II. kurz angesprochenen weiteren umstrittenen Fragen nicht herangezogen werden können. Es handelt sich bei der teleologischen Reduktion des § 393 BGB bei beidseitiger unerlaubter Handlung im Vergleich zu den anderen Fragen um ein hiermit nicht zusammenhängendes Spezialproblem. Da der *BGH* seinen Standpunkt zu Sinn und Zweck der Norm nicht deutlich gemacht hat, müssen diese Fragen in anderen streitigen Fällen geklärt werden. Überdies ist fraglich, ob im PKH-Verfahren eine im weiteren Sinne grundlegende Frage für die Auslegung einer Norm geklärt werden kann.

58 Das Teilurteil ist gemäß § 301 ZPO in Betreff der Vollstreckung (soweit es vorläufig vollstreckbar ist) und Rechtsmittel wie ein Endurteil zu behandeln.

VI. Ergebnis

Dem *BGH* ist daher im Ergebnis zwar zuzustimmen, die Begründung lässt aber Ausführungen zu Sinn und Zweck der Norm vermissen. Diese Erwägungen stützen zwar den Beschluss des *BGH*, gleichwohl wäre eine Aussage hierzu zu begrüßen gewesen. Zweifelhaft ist jedoch, ob das Argument der Rechtsunsicherheit bei der Feststellung eines einheitlichen Lebenssachverhaltes trägt, da ein solcher auch in anderen Fällen festgestellt werden muss. Trotz der klaren Aussage des *BGH* bezüglich des Wortlauts steht wohl nicht zu erwarten, dass er auch in anderen von der Literatur diskutierten Fällen allein das Wortlautargument anführen wird, da diese Fälle dem hier entschiedenen Problem nicht vergleichbar sind. Der Beschluss des *BGH* hat für den Rechtsanwender, insbesondere den Studenten oder Referendar, überdies den Vorteil, dass er vom klaren Wortlaut des § 393 BGB ausgehen kann und auch bei Unkenntnis des Streits in jedem Fall zum richtigen Ergebnis findet. Eine kurze Diskussion in Klausuren und Hausarbeiten sollte – wie es bei umstrittenen Fällen üblich ist – jedoch nicht unterbleiben.

Dr. Benjamin Rusteberg*

Die Schranken der Meinungsfreiheit gegen rechts

Besprechung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 4. November 2009 – 1 BvR 2150/08 –

Abstract

In der Entscheidung vom 4. November 2009 nimmt das *BVerfG* Stellung zur Vereinbarkeit des § 130 Abs. 4 StGB mit Art. 5 . 1 S. 1 Var. 1 GG. Es setzt damit einen – vorläufigen – Schlusspunkt in der Diskussion um die Zulässigkeit von Verboten rechtsradikaler Kundgebungen. Diese fand ihren ersten Höhepunkt in der Auseinandersetzung zwischen dem *OVG Münster* und dem *BVerfG* über die Möglichkeit, derartige Versammlungen unter Berufung auf die öffentliche Ordnung gem. § 15 Abs. 1 VersG zu verbieten. Mit dem Erlass des § 130 Abs. 4 StGB schaltete sich dann auch der Gesetzgeber in die Debatte ein. Sein Ziel war es, die bislang innerhalb der „öffentlichen Ordnung" diskutierten Aspekte im Rahmen der „öffentlichen Sicherheit" operationalisierbar zu machen.

* Der Autor ist wiss. Mitarbeiter am Institut für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Lehrstuhl Prof. Dr. *Poscher*.

In Anbetracht des mittlerweile erreichten Diskussionsstandes kann es der Entscheidungsbesprechung nicht um die Lösung dieser Gesamtproblematik gehen. Im Mittelpunkt steht vielmehr die Entscheidung des *BVerfG* als solche, d. h. welche Argumentationslinien das Gericht aufbaut, welche verallgemeinerbaren Aussagen das Urteil enthält, aber auch, ob die Entscheidung aus sich heraus überzeugen kann.

I. Analyse

Für das Verständnis der Entscheidung sind zwei Stellen von maßgeblicher Bedeutung: Zum einen ist dies die Frage der Vereinbarkeit des § 130 Abs. 4 StGB mit den Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG. Zum anderen ist dies die Frage, zu Gunsten welcher Zwecke ein Eingriff in die Meinungsfreiheit vorgenommen werden darf.

1. Die Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG

Seit der Einführung des § 130 Abs. 4 StGB wurde über seine Vereinbarkeit mit den Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG diskutiert, wobei sich nach und nach mehrere Argumentationslinien herauskristallisierten.[1]

Vorrangig ging es um die Frage, ob § 130 Abs. 4 StGB ein allgemeines Gesetz sei oder unzulässiges Sonderrecht darstelle. Je nachdem auf welche der beiden, ansonsten regelmäßig gleichberechtigt herangezogenen, Formelvarianten zur Bestimmung von Sonderrecht dabei abgestellt wurde, kam man zu ganz unterschiedlichen Ergebnissen.[2] So sah das *BVerwG* in einer Extremposition die Allgemeinheit des § 130 Abs. 4 StGB bereits deswegen gegeben, weil seine Schutzgüter, der „öffentliche Friede" und die – hinter der „Würde der Opfer" stehende – Menschenwürde, auch sonst in der Rechtsordnung geschützt seien.[3]

In einer zweiten prominenten Argumentationslinie ging es darum, ob § 130 Abs. 4 StGB durch den Einbezug der Opferwürde über die Schranke der persönlichen Ehre,

1 Übersicht bei *Enders/Lang* Symbolische Gesetzgebung im Versammlungsrecht? JZ 2006, 105 m. w. N.

2 Beide Varianten stammen aus der Weimarer Zeit. Während bei der auf *Rothenbücher* zurückgehenden Variante „allgemeine Gesetze" diejenigen sind, „die dem Schutze eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung zu schützenden Rechtsgutes dienen, nicht lediglich eine besondere Art der Äußerung einer Meinung als solche betreffen" (*Rothenbücher* Das Recht der freien Meinungsäußerung VVDStRL 4 (1928), 6 (20)), geht es der sich an *Häntzschel* orientierenden Variante darum, „dass eine an sich erlaubte Handlung" nicht allein wegen „ihrer geistigen Zielrichtung und der dadurch hervorgerufenen schädlichen geistigen Wirkung verboten oder beschränkt werden dürfe" (*Häntzschel* Das Recht der freien Meinungsäußerung in: Gerhard Anschütz/Richard Thoma (Hrsg.) Handbuch des Deutschen Staatsrechts II Tübingen 1932, § 105, S. 658 ff.). Zu beiden Varianten vgl. *Pieroth/Schlink* Grundrechte 25. Auflage (2009), Rn. 633.

3 *BVerwG* NJW 2009, 98 (99 f.). Ablehnend vor allem *Enders* Die Freiheit der Andersdenkenden vor den Schranken des Bundesverwaltungsgerichts JZ 2008, 1092.

mittels verfassungskonformer Auslegung gerechtfertigt werden kann.[4] Schließlich wurde bereits vor Erlass des Gesetzes, zur Rechtfertigung des Verbots rechtsextremer Kundgebungen, auf einen in der Verfassung enthaltenen allgemeinen Vorbehalt gegen den Nationalsozialismus abgestellt.[5]

Das *BVerfG* ist, wie so oft, nicht einfach einem dieser Ansätze gefolgt, sondern hat sich einzelner ihrer Elemente bedient. Nicht alle davon kommen bereits auf der Schrankenebene zum Tragen, zum Teil finden sie auch erst im weiteren Verlauf der Prüfung Verwendung.

a) Die Schranke der allgemeinen Gesetze

Das *BVerfG* strukturiert den Beginn seiner Entscheidung geradezu lehrbuchhaft. Nachdem es die Eröffnung des Schutzbereichs bejaht, wird der Eingriff identifiziert. Sodann prüft es, welche der Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG einschlägig sind.

Dabei stellt das *BVerfG* zunächst klar heraus, dass die Allgemeinheit des Schutzguts zur Bejahung der Allgemeinheit des Gesetzes jedenfalls dann nicht ausreicht, wenn die Vorschrift nicht hinreichend offen gefasst ist und sich von vornherein nur gegen bestimmte Überzeugungen, Haltungen oder Ideologien richtet. Entscheidendes Stichwort ist hier das des Diskriminierungsverbots: Es darf zwar an Inhalte angeknüpft werden, dabei dürfen aber einzelne Meinungen nicht schlechter gestellt werden als andere.[6]

Damit erteilt das Gericht der Sonderrechtsformel nicht nur in der weiten Auslegung des *BVerwG* eine klare Absage, sondern auch in der ihr von *Häntzschel* gegebenen Variante. Letztere kommt in der Entscheidung erst bei der Bestimmung des zulässigen Schutzguts zum Tragen. Für die Bestimmung, ob ein allgemeines Gesetz vorliegt, ist hingegen allein die Frage entscheidend, ob eine bestimmte Meinung im Vergleich mit anderen diskriminiert wird.

Dafür, ob eine Diskriminierung gegeben ist, soll jedoch offenbar weniger der Inhalt der Meinung als solcher entscheidend sein, als vielmehr die Frage, ob diese Meinung typischerweise einer bestimmten Gruppierung im öffentlichen Meinungskampf zuzuordnen ist. Das *BVerfG* offenbart insofern ein stark demokratisch-funktionales

4 *Poscher* Neue Rechtsgrundlagen gegen rechtsextremistische Versammlungen – Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen der Entpolitisierung der Versammlungsfreiheit NJW 2005, 1316; *Kniesel/Poscher* in: Lisken/Denninger HdBuch PolR 4. Auflage (2007), J Rn. 163 ff. Krit. *Enders/Lang* (Fn. 2), S. 109.

5 *Battis/Grigoleit* Neue Herausforderungen für das Versammlungsrecht? NVwZ 2001, 121; *dies.* Die Entwicklung des versammlungsrechtlichen Eilrechtsschutzes NJW 2001, 2051; *dies.* Rechtsextremistische Demonstrationen und öffentliche Ordnung – Roma locuta? NJW 2004, 3459; *OVG Münster* NJW 2001, 2114; 2001, 2986. Ablehnend u. a. *Rühl* „Öffentliche Ordnung" als sonderrechtlicher Verbotstatbestand gegen Neonazis im Versammlungsrecht? NVwZ 2003, 531; *Poscher/Kniesel* Die Entwicklung des Versammlungsrechts 2000 bis 2003 NJW 2004, 422 (427); *Hoffmann-Riem* Demonstrationsfreiheit auch für Rechtsextremisten? NJW 2004, 2777, jeweils m. w. N.

6 *BVerfG* Urt. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, juris Rn. 57 ff.

Verständnis des „allgemeinen Gesetzes". So verlangt das Gericht explizit die Neutralität des Gesetzes gegenüber bestimmten politischen, religiösen oder weltanschaulichen Gruppen.[7] Ganz deutlich wird dieses Verständnis dadurch, dass das Gericht die Nicht-Allgemeinheit auch damit begründet, die Vorschrift des Art. 130 Abs. 4 StGB diene nicht dem Schutz von Gewaltopfern allgemein und stelle bewusst nicht auf die Billigung, Verherrlichung und Rechtfertigung der Gewalt- und Willkürherrschaft totalitärer Regime insgesamt ab, sondern sei auf Äußerungen allein in Bezug auf den Nationalsozialismus begrenzt.[8] Im Umkehrschluss kann dies eigentlich nur so verstanden werden, dass ein Gesetz, das sich allgemein auf derartige Äußerungen bezieht, ohne eine bestimmte Ideologie gesondert anzusprechen, als im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG „allgemein" angesehen werden muss. Dass auch in einem solch allgemeinen Verbot das Verbot eines speziellen Meinungsinhalts liegt, nämlich eben das Verbot der bejahenden Zustimmung von entsprechenden Regimen, wird vom *BVerfG* wohl als unerheblich angesehen.

b) Die Schranke der persönlichen Ehre

Diese Interpretation des Gerichts besitzt zwangsläufig Auswirkungen auf die Bestimmung der weiteren Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG. Nach Ansicht des Gerichts müssen nämlich auch solche Gesetze, die die persönliche Ehre schützen oder dem Jugendschutz dienen, „allgemeine Gesetze" sein. Dies stellt einen unvermittelten Bruch mit der herkömmlichen Lehrbuchdogmatik dar, wonach es dieser Schranken gerade bedurfte, weil Gesetze zum Schutz der Jugend und der persönlichen Ehre regelmäßig Sonderrecht darstellen.[9] Es drängt sich die Frage auf, welche Rolle diese Schrankenvarianten künftig in der Systematik des Art. 5 Abs. 2 GG noch spielen können.

Die kurzen Ausführungen des *BVerfG* zur Begründung seiner Vorgehensweise[10] helfen dabei nicht weiter, zumal sie lediglich in einem kurzen Verweis auf den historischen Verfassungsgeber bestehen, ohne dessen mutmaßlichen Willen näher zu belegen oder auch nur in sich stimmig zu sein. Denn gerade wenn der historische Gesetzgeber durch die explizite Erwähnung der Merkmale sicherstellen wollte, dass Vorschriften zum Schutze der Jugend und der persönlichen Ehre weiterhin zulässig sind, ging er doch offenbar davon aus, dass sie dies als allgemeines Gesetz gerade nicht seien.

Inhaltlich liegt die Begründung für diese Vorgehensweise wohl in dem oben angesprochenen demokratisch-funktionalen Verständnis des allgemeinen Gesetzes. Jedenfalls steht hinter klassischen Anwendungsbereichen des Jugendschutzes, wie etwa bei verrohenden oder gewaltverherrlichenden Schriften i. S. d. § 131 StGB, keine spezifisch ausformulierte Weltanschauung. Derartige Meinungen stellen gerade keine „politische" Meinung dar und trachten auch nicht danach, im politischen Meinungskampf Gehör zu finden. Verbote derartiger Meinungen wenden sich dann zwar

7 *BVerfG* Urt. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, juris Rn. 60.
8 *BVerfG* Urt. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, juris Rn. 61.
9 Statt vieler *Pieroth/Schlink* (Fn. 3), Rn. 635.
10 *BVerfG* Urt. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, juris Rn. 63.

gegen deren spezifische Inhalte, diskriminieren aber nicht innerhalb des politischen Spektrums. Ähnlich sieht es das Gericht wohl auch im Hinblick auf Gesetze zum Schutze der persönlichen Ehre. Anders als der überwiegende Teil der Lehrbuchliteratur hat das *BVerfG* hier, zumindest im Bereich des zivilrechtlichen Schutzes des Persönlichkeitsrechts, die Rechtfertigung auch zuvor meist über die Schranke der allgemeinen Gesetze vorgenommen.[11] Diese steht entsprechenden Verboten also nicht entgegen, jedenfalls sofern derartige Verbote nicht gezielt gegen bestimmte Gruppen eingesetzt werden.

Ihre eigentliche Bedeutung erhalten die Merkmale des Jugend- und Ehrschutzes im System des *BVerfG* damit aber nicht mehr auf der Schrankenebene, sondern kehren erst bei der Bestimmung des zulässigen Schutzgutes wieder, indem sie es dort ermöglichen, rein geistige Wirkungen von Meinungen zu untersagen.[12]

Das Merkmal der persönlichen Ehre ist, in der ihm vom Gericht gegebenen Form, jedenfalls nicht mehr in der Lage, den § 130 Abs. 4 StGB durch eine Berücksichtigung des Schutzes der Opferwürde zu rechtfertigen.[13] Hierin liegt ein erheblicher Vorteil für das Gericht, kann es doch eine tiefer gehende Auseinandersetzung mit diesem – im Vorfeld der Entscheidung kontrovers diskutierten – Schutzgut gerade vermeiden. Wie sehr dem *BVerfG* offenbar genau daran gelegen war, zeigt sich, wenn es an anderer Stelle nochmals ausdrücklich betont, dass es eines Eingehens auf dieses Problem nicht bedürfe.[14]

c) Vorbehalt hinsichtlich der Gewalt- und Willkürherrschaft des Nationalsozialismus

Nach herkömmlich dogmatischem Verständnis müsste der in § 130 Abs. 4 StGB liegende Eingriff also bereits auf der Schrankenebene scheitern. Dennoch kommt das *BVerfG* nicht zur Verfassungswidrigkeit der Vorschrift: Vor dem historischen Hintergrund eines Verständnisses des Grundgesetzes als Gegenentwurf zur Gewalt- und Willkürherrschaft des Nationalsozialismus sei Art. 5 Abs. 1 und 2 GG eine Ausnahme vom Verbot des Sonderrechts für meinungsbezogene Gesetze immanent und es dem Gesetzgeber erlaubt, für Meinungsäußerungen, die eine positive Bewertung des nationalsozialistischen Regimes in ihrer geschichtlichen Realität zum Gegenstand haben, gesonderte Bestimmungen zu erlassen, die an die spezifische Wirkung gerade solcher Äußerungen anknüpfen und ihnen Rechnung tragen.[15]

Das *BVerfG* ignoriert damit das von ihm selbst zunächst gefundene Ergebnis seiner dogmatisch-systematischen Interpretation und bildet eine Ausnahme allein aus dem historisch-teleologischen Blickwinkel heraus, die letztlich ohne Verankerung im Wortlaut bleibt und damit contra legem erfolgt. Der Tragweite und der Gefahren seines Tuns ist sich das *BVerfG* dabei wohl deutlich bewusst, denn der Rest der Ent-

11 *Jarass* in Pieroth/Jarass GG 10. Aufl., Art. 5 Rn. 62 m. w. N.
12 Siehe dazu unten I. 2.
13 *BVerfG* Urt. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, juris Rn. 62 ff.
14 *BVerfG* Urt. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, juris Rn. 79.
15 *BVerfG* Urt. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, juris Rn. 64 ff.

scheidung kann als der Versuch gelesen werden, die Wirkungen dieser Ausnahme so weit wie möglich zu begrenzen.[16] Die Büchse will das Gericht zwar öffnen, aber möglichst nur einen Spalt weit.

2. Schutzgut und Prüfung der Verhältnismäßigkeit

Der zentrale Gedanke dazu ist die Begrenzung des Schutzguts, zu dessen Gunsten Eingriffe in die Meinungsfreiheit vorgenommen werden dürfen. Es komme keine Zielsetzung infrage, die darauf gerichtet ist, Schutzmaßnahmen gegenüber rein geistig bleibenden Wirkungen von bestimmten Meinungsäußerungen zu treffen. Dies hebe das Prinzip der Meinungsfreiheit auf und sei illegitim. Vielmehr könne der Gesetzgeber nur insoweit Meinungsäußerungen einschränken, als mit ihnen die Schwelle zur individualisierbaren, konkret fassbaren Gefahr einer Rechtsgutverletzung überschritten werde.[17]

Mit dieser Formel allein ist allerdings noch nicht viel gewonnen, können doch auch rein geistige Wirkungen, nur abhängig von der jeweiligen Gesetzeslage, sowohl Rechts- als auch Rechtsgutsverletzungen darstellen. Bei genauer Lesart muss das Gericht deshalb wohl so verstanden werden, dass eine Konstruktion rein geistiger Rechtsgüter im Regelfall gerade ausgeschlossen werden soll. Hier kommen dann gerade wieder die Schranken der persönlichen Ehre bzw. des Jugendschutzes ins Spiel, die es erlauben, solche rein geistig bleibenden Rechtsgüter zu konstruieren (z. B. Persönlichkeitsrecht, Ehre, geistige Wirkungen auf die Entwicklung des Jugendlichen).

Außerhalb dieser Schranken bedarf es gleichwohl einer weiteren Präzisierung. Diese ist durch ein Abstellen auf das Schutzgut des öffentlichen Friedens allein noch nicht zu erreichen, könnte doch gerade auch in rein geistigen Wirkungen eine Störung des öffentlichen Friedens gesehen werden.[18]

Das Gericht nimmt deshalb noch weitere Präzisierungen vor. So beschränkt es die Eingriffsmöglichkeiten ausdrücklich auf den Schutz von Rechtsgütern in der „Sphäre der Äußerlichkeit".[19] Insbesondere könne der Gesetzgeber an Meinungsäußerungen anknüpfen, „die über die Überzeugungsbildung hinaus mittelbar auf Realwirkungen angelegt sind und etwa in Form von Appellen zum Rechtsbruch, aggressiven Emotionalisierungen oder der Herabsetzung von Hemmschwellen rechtsgutgefährdende Folgen unmittelbar auslösen können."[20]

Diese Anforderungen überträgt das Gericht wiederum auf das von § 130 Abs. 4 StGB gewählte Schutzgut des öffentlichen Friedens. Dieses stelle nur in einem Verständnis der Gewährleistung von Friedlichkeit ein zulässiges Schutzgut dar. Die Wahrung des öffentlichen Friedens beziehe sich insoweit auf die Außenwirkungen von Meinungs-

16 Dies ist wohl gerade auch als Abgrenzung gegenüber den Positionen des *OVG Münster* und *Battis/Grigoleit* (Fn. 5) zu sehen.

17 *BVerfG* Urt. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, juris Rn. 73 ff.

18 Vgl. *Enders* (Fn. 3), S. 1095.

19 *BVerfG* Urt. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, juris Rn. 74.

20 *BVerfG* Urt. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, juris Rn. 73.

äußerungen etwa durch Appelle oder Emotionalisierungen, die bei den Angesprochenen Handlungsbereitschaft auslösten oder Hemmschwellen herabsetzten oder Dritte unmittelbar einschüchterten.[21]

Hält man an dieser Stelle einen Moment inne, scheint dem Gericht der versuchte Spagat gelungen zu sein: Einerseits konstruiert es eine für die Meinungsfreiheit gefährliche Ausnahmeklausel, um § 130 Abs. 4 StGB über die Schrankenhürde des Art. 5 Abs. 2 GG hinweg zu helfen. Auf der anderen Seite führt es, zur Stärkung der Meinungsfreiheit, Anforderungen an das Schutzgut ein, die im Ergebnis zu einer gestuften Anwendung beider Varianten der Sonderrechtstheorie führen: Die eng gezogene, die bloße Allgemeinheit des Schutzguts nicht ausreichen lassende, *Rothenbücher*-Formel findet wie bisher Verwendung auf der Schrankenebene, die *Häntzschel*-Formel hingegen erst auf der Ebene des Schutzguts. Nun würde erstere Ausnahme indes keinen Sinn ergeben, ließe das Gericht die Vorschrift im zweiten Schritt an den selbst errichteten hohen Hürden scheitern. Es ist also klar, dass das Gericht der Vorschrift auch über diese hinweghelfen muss.

Zunächst parallelisiert das Gericht dazu das Schutzgut des öffentlichen Friedens des § 130 Abs. 4 StGB mit dem Schutzgut anderer Strafvorschriften, die ebenfalls die Billigung von zukünftigen oder vergangenen Straftaten unter Strafe stellen (§§ 111; 126; 140; 130 Abs. 1 bis 3 StGB). Dort gehe es um einen vorgelagerten Rechtsgüterschutz, der an sich abzeichnende Gefahren, welche sich in der Wirklichkeit konkretisierten, anknüpfe. So richte sich der Schutz des öffentlichen Friedens auf die Aufrechterhaltung des friedlichen Miteinanders. In diesem Sinne sei der öffentliche Friede seit jeher ein Schutzgut des Strafrechts.[22]

Letztlich ist nach Ansicht des Gerichts § 130 Abs. 4 StGB nun nicht anders zu bewerten als die oben aufgeführten Vorschriften. Entscheidend ist für das Gericht dabei, dass sich § 130 Abs. 4 StGB auf „die nach außen manifestierte Gutheißung der realen historischen Gewalt- und Willkürherrschaft, wie sie unter dem Nationalsozialismus ins Werk gesetzt wurde" beziehe, womit das „Gutheißen nicht von Ideen, sondern von realen Verbrechen, die in der Geschichte einmalig und an Menschenverachtung nicht zu überbieten sind", bestraft werde. Damit sieht das Gericht die Vorschrift des § 130 Abs. 4 StGB hinreichend auf ein äußeres Rechtsgut bezogen und nicht als Bestrafung bloßer Ideologien.[23]

Die Vorschrift sei auch im Übrigen verhältnismäßig und zwar auch insoweit sie Versammlungen in geschlossenen Räumen mit erfasst. Diese sowie andere untypische Situationen ließen sich über das weitere Tatbestandsmerkmal der Störung des öffentlichen Friedens korrigierend auffangen.[24]

Diese bloße Korrektivfunktion des Tatbestandsmerkmals „öffentlicher Frieden" ist auf der anderen Seite der Grund, aus dem § 130 Abs. 4 StGB nach Ansicht des Ge-

21 *BVerfG* Urt. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, juris Rn. 78.
22 *BVerfG* Urt. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, juris Rn. 78.
23 *BVerfG* Urt. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, juris Rn. 82.
24 *BVerfG* Urt. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, juris Rn. 83, 85.

richts nicht gegen Art. 103 Abs. 2 GG verstößt. Auf den ersten Blick mag diese Qualifizierung des Tatbestandsmerkmals als reines Korrektiv erstaunen, ist es doch gerade das Schutzgut des öffentlichen Friedens, das den durch die Vorschrift bewirkten Eingriff überhaupt erst zulässig macht. Indes sieht das *BVerfG* das Schutzgut als solches bereits durch den Bezug auf die Propagierung von nationalsozialistischer Gewalt- und Willkürherrschaft erfasst, so dass die wörtliche Nennung gerade nur noch einschränkende Funktion besitzen soll.[25]

Bei der konkreten Anwendung des § 130 Abs. 4 StGB seien die allgemeinen Grundsätze zu Art. 5 Abs. 1 GG weiterhin zu beachten. Danach ist für eine Verwirklichung des § 130 Abs. 4 StGB erforderlich, dass die mit dieser Vorschrift erfasste Gutheißung erkennbar gerade auf den Nationalsozialismus als historisch reale Gewalt- und Willkürherrschaft, als zusammengehörigen Begriff für die das NS-Regime kennzeichnenden Menschenrechtsverletzungen, bezogen ist. Als tatbestandlich dürfe insbesondere nur ein Verhalten angesehen werden, das eine erkennbare aktive Billigung darstelle, die ihre Sinnbedeutung in sich selbst trage. Hierunter könnten aber auch konkludente Handlungen fallen, insbesondere auch die glorifizierende Ehrung einer historischen Person, wenn sich aus den Umständen ergebe, dass diese als Symbolfigur für die nationalsozialistische Gewaltherrschaft als solche stehe.[26]

II. Bewertung

1. Der NS-Vorbehalt als Ausnahmeschranke

Unabhängig davon, ob man ihr am Ende zustimmt, ruft die vom *BVerfG* hinsichtlich der NS-Herrschaft gemachte Ausnahme beim Leser gewisse Irritationen hervor.

Dies liegt zum einen wohl daran, dass das Gericht einen expliziten Ausnahmefall hinsichtlich der von ihm zuvor selbst aufgestellten Regeln konstruiert. Es fährt hier zweigleisig: Während es einerseits eine anspruchsvolle Dogmatik formuliert, schränkt es die soeben aufgestellten allgemeinen Regeln sogleich wieder ein. Derartige Ad-hoc-Ausnahmen schwächen aber stets die Wirkung allgemeiner Sätze und sind geeignet, die Überzeugungskraft dogmatischer Regeln insgesamt zu beschädigen.[27]

Hinzu tritt der Umstand, dass das Gericht zu der in seiner Entscheidung liegenden Rechtsprechungsänderung kein Wort verliert.[28] Bislang vertrat auch das Gericht die Ansicht, ein derartiger Rückgriff auf einen übergeordneten Grundsatz sei unstatt-

25 *BVerfG* Urt. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, juris Rn. 90 ff.

26 *BVerfG* Urt. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, juris Rn. 101.

27 *Canaris* Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien JZ 1993, 377 (386 ff.) m. w. N. aus der allgemeinen Wissenschaftstheorie.

28 Auf die außerrechtlichen Umstände – Änderungen in der personellen Besetzung des Gerichts, steter Widerstand aus Politik und Verwaltung etc. – soll hier nicht weiter eingegangen werden.

haft, wenn dies dazu führt, dass genau die Regelungen, aus denen der Grundsatz abgeleitet wird, im Gegenzug wieder ignoriert werden.[29] Denn wenn es richtig ist, dass das Grundgesetz im Wesentlichen eine Reaktion auf die NS-Zeit darstellt,[30] müssten auch gerade die Meinungsfreiheit und die Schranken, mit denen sie der Verfassungsgeber versehen hat, eine solche Reaktion darstellen. Schließlich kann eine derart am Einzelfall orientierte Vorgehensweise nicht vermeiden den Anschein zu erwecken, dass hier allein vom Ergebnis gedacht wurde, so dass die Entscheidung in der ewigen Diskussion um Gesetzesbindung und Richterrecht zukünftig einen prominenten Platz einnehmen wird.

Dennoch lässt sich der Vorgehensweise des *BVerfG* auch Positives abgewinnen. So hat es in Hinsicht auf die Schrankenziehung immerhin für klare Verhältnisse gesorgt und ist gerade nicht den Weg des *BVerwG*[31] gegangen, die existierende Dogmatik so lange zu verbiegen, bis sie schließlich genau das ermöglicht, was sie eigentlich gerade verhindern soll: In diesem Fall nicht meinungsneutrale Gesetze zu erlauben. Stattdessen hat das Gericht einen deutlichen Bruch vollzogen, so dass die Dogmatik in den anderen Fällen in sich stimmig bleiben kann. Insofern gilt der alte Grundsatz: „Ausnahmen bestätigen die Regel." Hinsichtlich der gemachten Ausnahme kann die Diskussion aber nun klar und offen geführt werden und das *BVerfG* wird sich dieser stellen müssen.

2. Der öffentliche Friede als Schutzgut

Wie bereits gesehen, ist das *BVerfG* im Gegenzug stark bemüht, die Wirkungen der von ihm gemachten Ausnahme wieder zu begrenzen. Ob diesem Unternehmen Erfolg beschieden sein wird, beruht dabei im Wesentlichen darauf, ob es dem *BVerfG* gelingt, die Unterscheidung zwischen der rein geistigen Wirkung und der konkreten Rechtsgefährdung mit Leben zu füllen. Dabei handelt es sich um eine höchst diffizile Abgrenzung, die eine der grundlegenden Fragen der Meinungsfreiheit überhaupt betrifft. Um als überzeugende Kategorie einer Dogmatik fungieren zu können, bedürfte es deshalb eines Mehr an theoretischem Unterbau, als das *BVerfG* in der Entscheidung zu liefern bereit ist. Stattdessen zieht sich das Gericht, wie so häufig, auf die Bedeutung von Gesamtschau und Einzelfall zurück, die trennscharfen dogmatischen Kategorien gerade entgegen steht.[32] So entsteht der Eindruck, dass das *BVerfG* von der Tauglichkeit seiner Unterscheidung selbst nicht restlos überzeugt ist.

Darüber hinaus muss die vom *BVerfG* vorgenommene Kategorisierung mit einem schweren Geburtsfehler leben, vermag doch ihre Anwendung bei der Subsumtion des § 130 Abs. 4 StGB alles andere als zu überzeugen. Dies gilt bereits für den Ver-

29 *BVerfG* NJW 2001, 2069 (2070); 2001, 2076 (2077); 2004, 2814 (2816). Den dort offen gelassenen Weg der Einschränkung der Meinungsfreiheit durch kollidierende Grundrechte Dritter ist das *BVerfG* vorliegend hingegen nicht gegangen.

30 Differenzierend etwa *Rühl* (Fn. 5), 532 ff. m. w. N.

31 Vgl. *BVerwG* (Fn. 3).

32 *BVerfG* Urt. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, juris Rn. 75.

weis des *BVerfG* auf die verwandten Vorschriften im StGB – einer der Eckpfeiler, der sehr kurzen Begründung. Denn sagt die Existenz dieser Vorschriften hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Beurteilung des § 130 Abs. 4 StGB vielleicht gerade noch etwas über dessen Allgemeinheit aus, so sagt sie jedenfalls nichts mehr darüber, welcher Art der durch § 130 Abs. 4 StGB geschützte öffentliche Frieden ist. Auch wären diese Vorschriften zunächst einmal selbst anhand der neu gestalteten verfassungsrechtlichen Kategorien zu messen gewesen.

Die Subsumtion des Gerichts bleibt derart vage, dass man davon ausgehen muss, dass das Gericht, nach einer Ausnahmeklausel für NS-Gewalt und Willkürherrschaft, nun auch eine darauf bezogene Regelvermutung entwickelt, nach der entsprechend billigende Aussagen, ohne Weiteres und ohne besondere Beachtung des sonst so hochgeschätzten Einzelfalls, zu einer Gefahr für einen öffentlichen Frieden im Sinne eines Friedlichkeitsvorbehalts hochstilisiert werden.[33] Wenn der Sprung über die scheinbar hohe Hürde der konkreten äußerlichen Rechtsverletzung im Einzelfall aber derart einfach ist, wünscht man sich, das Gericht hätte, wenn es ein derartiges Ergebnis für notwendig hält, wenigstens den Mut des ersten Teiles der Entscheidung bewiesen und den Ausnahmecharakter seines Vorgehens klar und offen benannt. So muss der Versuch einer nachträglichen Begrenzung der Ausnahmeklausel hingegen als gescheitert angesehen werden.

Vielmehr ist zu befürchten, dass die Gesetzgeber von Bund und Ländern versuchen werden, den Spielraum, den ihnen die Entscheidung durch demokratisch-funktionale Interpretation sowie die großzügige Anwendung der konkreten Rechtsgutsgefährdung gibt, dazu zu nutzen, Gesetze zu erlassen, die zwar ihrem äußeren Erscheinungsbild nach meinungsneutral sind, aber dazu taugen, extreme Meinungen unter Verweis auf den öffentlichen Frieden zu unterdrücken. Die Blaupause liefert das Gericht mit dem Verweis auf ein sich auf alle Opfer aller Gewaltherrschaften beziehendes Gesetz sogar mit.[34]

Auch die Chance, einer weiten Ausdehnung des Schutzguts an anderen Punkten gegenzusteuern, lässt das Gericht ungenutzt. Anstatt der Fachgerichtsbarkeit klare Worte mit auf den Weg zu geben, was denn eine Billigung der „konkreten Gewalt- und Willkürherrschaft" darstelle, verweist das Gericht bereits für den, keineswegs unzweifelhaften, Fall der Heß-Demonstration[35] großzügig auf die eingeschränkte Kontrolle des einfachen Rechts.[36]

---

33 Nicht umsonst legt das Gericht bei der Begründung der Ausnahmeklausel auch bereits die besondere Wirkung derartige Meinungen fest, *BVerfG* Urt. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, juris Rn. 66.

34 *BVerfG* Urt. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, juris Rn. 61.

35 Vgl. *Enders* (Fn. 3), S. 1097.

36 *BVerfG* Urt. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, juris Rn. 97 ff., 105 ff.

3. Die neue Dogmatik des Art. 5 Abs. 1, 2 GG

Auch die Bewertung der dogmatischen Neujustierung des Art. 5 Abs. 1, 2 GG fällt, ganz unabhängig von dem Bezug auf rechtsextreme Versammlungen, zwiespältig aus.

Einerseits kann die vom *BVerfG* eingeführte gestufte Prüfung der Sonderrechtslehre die Meinungsfreiheit möglicherweise stärken. Andererseits liegt in der starken demokratisch-funktionalen Fokussierung des Gerichts die Gefahr, die Meinungsfreiheit künftig allein zu einem Schutzinstrument politischer Meinungsgruppen werden zu lassen, sich im rein gesellschaftlichen Bereich abspielende Meinungsäußerung hingegen nur noch am Rande wahrzunehmen. Gerade in Zeiten des Internets, in denen sich Privatbürger verstärkt in der Öffentlichkeit zu Themen aller Art zu Wort melden, erscheint dieses Verständnis problematisch.

III. Schlussbetrachtung und Ausblick

Die Entscheidung dürfte erhebliche Auswirkungen auf die allgemeine Dogmatik des Art. 5 GG haben. Vor allem die Schranken des Jugendschutzes und der persönlichen Ehre bedürfen danach einer neuen Bestimmung. Bei den Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG konstruiert das Gericht – in Abkehr von seiner vorherigen Rechtsprechung – einen irritierenden Ausnahmevorbehalt, der sich gegen die NS-Herrschaft billigende Meinungen richtet. Den Versuch, die Auswirkungen des Ausnahmevorbehalts durch starke abstrakte Anforderungen zu begrenzen, konterkariert das Gericht jedoch durch eine allzu großzügige Anwendung dieser Maßstäbe.

Setzen Sie die richtigen Schwerpunkte!

Die Reihen „Schwerpunktbereich" und „Schwerpunkte Pflichtfach"

- systematische Stoffvermittlung mit Tiefgang
- Vorlesungsbegleitung und Vertiefung oder punktuelle Wiederholung vor der Prüfung
- Übungen zur Fallanwendung und zum Prüfungsaufbau anhand von einleitenden Fällen mit Lösungsskizzen

Prof. Dr. Johannes Wessels
Prof. Dr. Werner Beulke
Strafrecht Allgemeiner Teil
Die Straftat und ihr Aufbau
39. Auflage 2009. € 23,–
Mit höchstrichterlichen Entscheidungen auf CD-ROM: € 27,50

Prof. Dr. Johannes Wessels
Prof. Dr. Michael Hettinger
Strafrecht Besonderer Teil 1
Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte
33. Auflage 2009. € 22,50
Mit höchstrichterlichen Entscheidungen auf CD-ROM: € 26,50

Prof. Dr. Johannes Wessels
Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Hillenkamp
Strafrecht Besonderer Teil 2
Straftaten gegen Vermögenswerte
32. Auflage 2009. € 22,50
Mit höchstrichterlichen Entscheidungen auf CD-ROM: € 27,50

Prof. Dr. Franz Streng
Jugendstrafrecht
2. Auflage 2008. € 20,–

Alle Titel aus der Reihe und mehr Infos unter: **www.cfmueller-campus.de/schwerpunkte**

C.F. Müller Jura auf den gebracht

Caspar Behme/Laura Vásárhelyi-Nagy*

Ersatzansprüche des Mieters bei unwirksamer Endrenovierungsklausel

– *BGH*, Urteil vom 27.5.2009 (VIII ZR 302/07) –

Abstract

Nahezu jeder Mietvertrag enthält eine Klausel, die den Mieter bei Beendigung des Mietverhältnisses zur Durchführung von Schönheitsreparaturen, d. h. insbesondere Streichen der Wände, verpflichtet. Da die meisten Mietverträge unter Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen abgeschlossen werden, ist die Wirksamkeit solcher Klauseln am Maßstab der §§ 307 ff. BGB zu überprüfen. Die Rechtsprechung legt bei der Beurteilung ihrer Angemessenheit einen strengen Maßstab zugrunde und verneint insbesondere die Zulässigkeit von „starren", d. h. vom Zustand der Mietsache unabhängigen Schönheitsreparaturklauseln. Da dies den Parteien oftmals nicht bewusst ist und zudem zahlreiche Mietverträge vor Entwicklung der einschlägigen BGH-Rechtsprechung abgeschlossen wurden, sind in der Praxis zahlreiche Schönheitsreparaturklauseln unwirksam. Renoviert der Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses gleichwohl, obwohl er hierzu nicht wirksam verpflichtet wurde, stellt sich die Frage, ob er die Kosten der Renovierung vom Vermieter ersetzt verlangen kann. Dieser Frage nimmt sich das hier besprochene Urteil des *BGH* vom 27.5.2009 an.

* *Caspar Behme* ist Doktorand an der Universität Heidelberg und ehemaliger Chefredakteur der StudZR. *Laura Vásárhelyi-Nagy* ist Studentin der Rechtswissenschaft an der Universität Heidelberg und Stellvertretende Chefredakteurin der StudZR.

I. Sachverhalt

Der Entscheidung des *BGH* lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Kläger bewohnte als Mieter die Wohnung der Beklagten im Zeitraum von Mai 1999 bis Mai 2006. Der von der Beklagten verwendete Formularmietvertrag enthielt in § 16 Nr. 4 bezüglich der Durchführung von Schönheitsreparaturen folgende Regelung:

> „a) Der Mieter ist verpflichtet, auf seine Kosten die Schönheitsreparaturen (...) in den Mieträumen, wenn erforderlich, mindestens aber in der nachstehenden Reihenfolge fachgerecht auszuführen. (...)
>
> Die Zeitfolge beträgt: Bei Küche, Bad und Toilette 3 Jahre, bei allen übrigen Räumen 5 Jahre.
>
> b) Der Mieter ist auch bei Beendigung des Mietverhältnisses verpflichtet, Schönheitsreparaturen durchzuführen, wenn die Fristen nach § 16 Nr. 4 a) seit der Übergabe der Mietsache bzw. seit den letzten durchgeführten Schönheitsreparaturen verstrichen sind.
>
> c) Bei Beendigung des Mietverhältnisses hat der Mieter die Wohnung in fachgerecht renoviertem Zustand zu übergeben. Weist der Mieter jedoch nach, dass die letzten Schönheitsreparaturen innerhalb der oben genannten Fristen – zurückgerechnet vom Zeitpunkt der Beendigung des Mietverhältnisses – durchgeführt worden sind, und befindet sich die Wohnung in einem einer normalen Abnutzung entsprechenden Zustand, so muss er anteilig den Betrag an den Vermieter zahlen, der aufzuwenden wäre, wenn die Wohnung im Zeitpunkt der Vertragsbeendigung renoviert würde; dasselbe gilt, wenn und soweit bei Vertragsbeendigung die obigen Fristen seit Beginn des Mietverhältnisses noch nicht vollendet sind. Als Preisgrundlage gilt das Angebot einer anerkannten Firma. Der Mieter kann die Zahlungsverpflichtung dadurch abwenden, dass er die Schönheitsreparaturen selbst durchführt."

Zudem enthielt der Mietvertrag unter § 27 („Sonstige Vereinbarungen") folgenden handschriftlichen Eintrag:

> „Die Wohnung wird dem Mieter renoviert übergeben (Erstbezug). Bei Beendigung des Mietverhältnisses erfolgt die Übergabe in renoviertem Zustand."

Der Kläger renovierte die Wohnung im Jahre 2004; nach seinem Auszug führte er im Vertrauen auf die Wirksamkeit von § 16 Nr. 4 c) des Mietvertrags eine Endrenovierung durch. Da es sich bei den vertraglichen Regelungen um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelte, waren diese am Maßstab der §§ 307 ff. BGB zu überprüfen; dabei gingen alle Instanzen von einer Unwirksamkeit der in § 16 Nr. 4 c) des Mietvertrags getroffenen Endrenovierungsbestimmungen nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB aus. Der Mieter wäre zur Durchführung der Endrenovierung mithin nicht verpflichtet gewesen und begehrte nun Ersatz seiner Aufwendungen in Höhe von 1620 Euro nebst Zinsen.

Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen und das *Landgericht Frankfurt am Main* die dagegen gerichtete Berufung zurückgewiesen. Dagegen bejahte der *BGH* einen

Anspruch des Mieters gegen den Vermieter nach §§ 812 Abs. 1, 818 Abs. 2 BGB auf Wertersatz wegen ungerechtfertigter Bereicherung. Einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Verschuldens bei Vertragsschluss (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB) sowie auf Aufwendungsersatz aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 539 Abs. 1, 677, 683 S. 1, 670 BGB) hat der BGH dagegen – insoweit den Vorinstanzen folgend – verneint.

II. Hintergrund: Renovierungsklauseln in AGB

Nach dem gesetzlichen Leitbild fällt die Durchführung von Schönheitsreparaturen in den Pflichtenkreis des Vermieters (§ 535 Abs. 1 S. 2 BGB). Diese Regelung ist dispositiv, d. h. die vertragliche Abwälzung von Schönheitsreparaturen auf den Mieter ist grundsätzlich zulässig,[1] unterliegt jedoch, sofern sie durch Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) erfolgt, der Wirksamkeitskontrolle gem. §§ 307 ff. BGB.

Im Folgenden soll zunächst der Frage nachgegangen werden, in welchem Umfang Schönheitsreparaturklauseln in Mietverträgen überhaupt der AGB-rechtlichen Wirksamkeitskontrolle gem. §§ 307 ff. BGB unterliegen (unter 1.). Sodann soll dargestellt werden, wie sich die Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Schönheitsreparaturklauseln in Formularmietverträgen entwickelt hat; dabei wird deutlich werden, dass der Gestaltungsspielraum von Vermietern insoweit heute sehr begrenzt ist (unter 2.).

1. Die Anwendung des AGB-Rechts auf Mietverträge

Eine Schönheitsreparaturklausel kann nur dann am Maßstab der §§ 307 ff. BGB überprüft werden, wenn es sich dabei um eine Allgemeine Geschäftsbedingung handelt. Nach der Legaldefinition des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB sind Allgemeine Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. In der Praxis wird nahezu jeder Mietvertrag das Merkmal der Vorformulierung erfüllen, weil und wenn der Vermieter dem Mieter einen Vertragsentwurf zusendet, den er zuvor ggf. an die Bedürfnisse des Einzelfalls angepasst hat. Änderungen an diesem Vertragsentwurf finden nur sehr selten statt; das Merkmal der Vorformulierung entfällt jedenfalls erst durch Änderungen des wesentlichen Gehalts einer Klausel, nicht schon durch sprachliche Modifikationen.[2]

Für eine Vielzahl von Verträgen sind Vertragsbestimmungen vorformuliert, wenn sie nicht für einen einzelnen, sondern für mehrere gleichartige Verträge ausgearbeitet worden sind. Dabei braucht der Verwender noch nicht zu wissen, wie oft er die vor-

1 Palandt/*Weidenkaff* 69. Aufl., § 535 Rn. 32; Staudinger/*Emmerich* § 535 Rn. 105 f.

2 Siehe *BGH* NJW 1998, 2600 (2601); *BGH* 1979, 2387 (2388); *Pfeiffer*, in Wolf/Lindacher/Pfeiffer AGB-Recht 5. Aufl., § 305 Rn. 17.

formulierten Vertragsbedingungen einsetzen wird. Hat er sie sie für eine bestimmte Anzahl von Verwendungen vorformuliert, lässt die wohl überwiegende Auffassung eine dreifache Verwendung genügen.[3] In aller Regel wird der Vermieter beim Entwurf des Mietvertrags auf Vorlagen zurückgreifen, entweder auf Altverträge oder auf Vorlagen und Musterverträge aus entsprechenden Handbüchern oder Verbandsempfehlungen, die in einer Vielzahl von Fällen zur Anwendung gelangen sollen. Daher wird regelmäßig auch das Kriterium der Mehrfachverwendungsabsicht erfüllt sein.

Eine Klausel unterliegt gem. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB dann nicht der Inhaltskontrolle, wenn sie zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt wurde. Aushandeln meint mehr als bloßes Verhandeln; vielmehr ist eine Klausel nur dann ausgehandelt, wenn der Verwender ihren von der gesetzlichen Regelung abweichenden Kerngehalt ernsthaft zur Disposition stellt und dem anderen Teil Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt. Der Vertragspartner muss also die reale Möglichkeit erhalten, den Inhalt der Klausel zu beeinflussen.[4] Nachträgliche Textänderungen können ein Indiz für ein Aushandeln darstellen, sind dafür aber weder notwendige noch hinreichende Bedingung. Der Vermieter bedient sich vorformulierter Vertragsbedingungen, weil er auf diese Weise den (zeitlichen und finanziellen) Aufwand für die Erstellung des Vertrags auf eine Vielzahl von Mietverträgen mit unterschiedlichen Mietern verteilen kann. Er wird Änderungsvorschlägen des Mieters daher typischerweise ablehnend gegenüberstehen und den Inhalt der Klauseln nicht zu dessen Disposition stellen. Ein Aushandeln wird daher zu verneinen sein.

Diesen Grundsätzen zufolge konnte der BGH auch im vorliegenden Fall ohne weiteres davon ausgehen, dass die Schönheitsreparaturklausel eine Allgemeine Geschäftsbedingung darstellt und der Inhaltskontrolle unterliegt. Dies dürfte auch für die handschriftlich hinzugefügte Klausel gelten, da diese ebenfalls in solchen Mietverträgen üblich und damit als vorformuliert zu behandeln ist; der Vermieter hat diese auch anderen Mietverträgen zugrunde gelegt. Für ein Aushandeln bestehen vorliegend keine Anhaltspunkte.

2. Zulässigkeit der Abwälzung von Schönheitsreparaturen auf den Mieter durch AGB

Der Rechtsprechung des *BGH* zur Zulässigkeit der Abwälzung von Schönheitsreparaturen auf den Mieter durch AGB stützt sich auf folgende Leitgedanken: Zum einen ergibt sich aus der Erhaltungspflicht des Vermieters gem. § 535 Abs. 1 S. 2 BGB, dass eine Renovierung nur bei entsprechendem Bedarf durchgeführt werden muss.[5] Zum anderen impliziert die Verpflichtung zur Durchführung von Schönheitsreparaturen einen ökonomischen Wert. Die Übernahme dieser Verpflichtung durch den Mieter

3 *BGH* NJW 1998, 2286 (2287); *LG Konstanz* BB 1981, 1420; Palandt/*Grüneberg* 69. Aufl., § 305 Rn. 9; Staudinger/*Schlosser*, § 305 Rn. 20.

4 *BGH* NJW 2005, 2543 (2544); Palandt/*Grüneberg* 69. Aufl., § 305 Rn. 21 m. w. N.

5 *Beyer* Schönheitsreparaturen: Was ist dem Vermieter nach den „BGH-Tonardos" noch geblieben? NJW 2008, 2065.

führt somit dazu, dass ihr ökonomischer Wert als Teil seines für die Nutzung der Mietsache zu zahlenden Entgelts zu betrachten ist (sog. Entgelttheorie).[6] Diese grundlegenden Leitgedanken werden von der Rechtsprechung durch eine strenge Beurteilung der Wirksamkeit von Schönheitsreparaturklauseln in AGB am Maßstab eines verständigen, juristisch nicht vorgebildeten Mieters konkretisiert.[7]

Kritisch betrachtet die Rechtsprechung insbesondere die Klauseln in Mietverträgen, die den Mieter zur Durchführung von Schönheitsreparaturen innerhalb einer starren Frist und unabhängig von der tatsächlichen Renovierungsbedürftigkeit der Mietsache verpflichten. Der VIII. Zivilsenat des *BGH* beurteilte in seiner Entscheidung vom 23.06.2004 eine Renovierungspflicht des Mieters nach Ablauf einer bestimmten Frist als unangemessen i. S. d. § 307 BGB, sofern ein tatsächlicher Renovierungsbedarf nicht gegeben ist. Als Folge dessen wurde die gesamte Schönheitsreparaturklausel, unabhängig von einer gesonderten Festlegung der Fristen, für unwirksam erklärt.[8] Die Unwirksamkeit der gesamten Schönheitsreparaturklausel ergibt sich aus dem inhaltlichen Zusammenhang zwischen der Vereinbarung bestimmter Renovierungsfristen und der allgemeinen Festlegung von Schönheitsreparaturen.[9] Die Verwendung von Regelfristen wurde von der bisherigen Rechtsprechung lediglich in Klauseln gebilligt, die entsprechend dem Mustermietvertrag des Bundesjustizministeriums eine Renovierung im Abstand von mindestens 3, 5 und 7 Jahren vorsahen und durch sprachliche Aufweichungen wie beispielsweise „im Allgemeinen", „normalerweise" oder „grundsätzlich" entsprechend der tatsächlichen Abnutzung der Mietsache flexibilisiert wurden.[10] Die Durchführung von Schönheitsreparaturen orientiert sich dadurch an den individuellen Wohnverhältnissen des Mieters und ist sachlich gerechtfertigt. In Hinblick auf die verbesserte Qualität von Renovierungsmaterialen und die Veränderung der Wohnverhältnisse wird teilweise die Verlängerung der Musterregelfristen gefordert, da diese nicht mehr dem tatsächlichen Renovierungsbedarf entsprächen.[11] Der *BGH* hat die Frage offen gelassen und hält für bestehende Mietverträge an den alten Regelfristen fest.[12]

Die Rechtsprechung problematisiert im Zusammenhang mit der Festlegung starrer Renovierungsfristen auch die sog. Endrenovierungsklauseln. Diese verpflichten den Mieter, die Wohnung bei Auszug zu renovieren. Auch hier kommen die oben genannten Grundgedanken zur Geltung: Bei kurzen Mietzeiten oder einer wenige Jahre vor Auszug durchgeführten Schönheitsreparatur besteht regelmäßig noch kein Renovierungsbedarf.[13] In diesen Fällen führt die Verwendung einer Endrenovie-

6 *Beyer* Schönheitsreparaturen: Was ist dem Vermieter nach den „BGH-Tornados" noch geblieben? NJW 2008, 2065 (2066).
7 Vgl. beispielsweise *BGH* NJW 2006, 1059 (1060).
8 *BGH* NJW 2004, 2586; vgl. für die Festlegung von starren Renovierungsfristen und Schönheitsreparaturen in zwei verschiedenen Klauseln *BGH* NJW 2004, 3775.
9 *BGH* NJW 2004, 2586; vgl. *BGH* NJW 2004, 3775.
10 *BGH* NJW 2007, 3632.
11 So *Langenberg* Die Unangemessenheit der „üblichen" Fristen für Schönheitsreparaturen WuM 2006, 122.
12 Vgl. *BGH* NJW 2007, 3632.
13 Vgl. *BGH* NJW 2007, 3776 (3777).

rungsklausel ohne Rücksicht auf den tatsächlichen Zustand der Mietsache zu einer unangemessenen Benachteiligung des Mieters i. S. d. § 307 BGB. Die Endrenovierungsklausel ist folglich unwirksam.[14]

Sind in einem Mietvertrag eine unwirksame Endrenovierungsklausel und eine an sich gültige Schönheitsreparaturklausel enthalten, sind regelmäßig beide Klauseln unwirksam, wenn sie in ihrer Gesamtwirkung zu einer unangemessen Belastung des Mieters führen (sog. Summierungseffekt).[15] Dies ist auch dann der Fall, wenn nur eine der beiden Vereinbarungen als AGB getroffen worden ist und somit der Inhaltskontrolle gem. §§ 307 ff. BGB unterfällt.[16] Besteht jedoch eine unwirksame Endrenovierungsklausel unabhängig von einer wirksamen Schönheitsreparaturklausel und tritt der oben genannte Summierungseffekt nicht ein, wird die Wirksamkeit der Schönheitsreparaturklausel nicht tangiert.[17]

III. Mögliche Ersatzansprüche des Mieters

Enthält der Mietvertrag eine Schönheitsreparaturklausel, die gem. § 307 Abs. 1 BGB unwirksam ist, und führt der Mieter bei Auszug gleichwohl eine Endrenovierung durch, stellt sich die Frage, ob der Mieter die Kosten hierfür vom Vermieter ersetzt verlangen kann. Der BGH prüft insoweit zunächst einen Anspruch des Mieters gegen den Vermieter auf Schadensersatz aus culpa in contrahendo gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 (unter 1.), sodann einen Anspruch auf Aufwendungsersatz nach den Regeln der GoA gem. 539 Abs. 1, 677, 683 S. 1, 670 BGB (unter 2.) und schließlich einen Anspruch auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung gem. §§ 812, 818 Abs. 2 BGB (unter 3.).

1. Schadensersatz aus culpa in contrahendo, §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB

Gem. §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB besteht zwischen den Parteien auch im Vorfeld des Vertragsschlusses eine gegenseitige Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils. Nach ständiger Rechtsprechung verletzt diese Pflicht, wer als Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen gegenüber seinem Vertragspartner schuldhaft – d. h. vorsätzlich oder fahrlässig (§ 276 Abs. 1 BGB) – Klauseln verwendet, die diesen unangemessen benachteiligen und daher unwirksam sind (§ 307 Abs. 1 BGB). Tätigt der Verwendungsgegner in Unkenntnis der Unwirksamkeit der Klausel Aufwendungen, macht sich der Verwender schadensersatzpflichtig.[18] Diese Grundsätze sollen auch im Mietrecht Anwendung finden, wenn

14 *BGH* NJW 2007, 3776.
15 Vgl. *BGH* NJW 1993, 532; *BGH* NJW 2003, 2234; *BGH* NJW 2006, 2116.
16 *BGH* NJW 2006, 2116.
17 Vgl. *BGH* NJW 2006, 2915.
18 *BGH* NJW 1984, 2816 (2817); *BGH* NJW 1987, 639 (640); *Fuchs* in Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht 10. Aufl., Vorb. v. § 307 BGB Rn. 104.

der Vermieter schuldhaft durch unwirksame AGB die Pflicht zur Durchführung von Schönheitsreparaturen auf den Mieter abwälzt und dieser dann in Unkenntnis der Unwirksamkeit dieser Regelung Renovierungsaufwendungen tätigt.[19]

Im vorliegenden Fall hat der *BGH* einen Schadensersatzanspruch des Mieters verneint. Dem Vermieter gegenüber könne hinsichtlich der Formulierung von § 16 Nr. 4 des Mietvertrages kein Verschuldensvorwurf erhoben werden, da im Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine solche Klausel noch nicht beanstandet worden sei, sondern eine wortgleiche Klausel vom *BGH* ausdrücklich als wirksam anerkannt wurde.[20] Von dem Vermieter hätten Zweifel an der Zulässigkeit einer solchen Klausel folglich nicht erwartet werden können. Hinsichtlich des handschriftlichen Zusatzes in § 27 des Mietvertrags lässt der *BGH* die Frage offen, ob es sich hierbei um eine nicht am Maßstab der §§ 307 ff. BGB zu überprüfende Individualvereinbarung handelt oder ebenfalls um eine vorformulierte Vertragsbestimmung i. S. d. § 305 Abs. 1 BGB. Jedenfalls könne es dem Vermieter nicht vorgeworfen werden, wenn er nicht erkannt hat, dass solche handschriftlich hinzugefügten Regelungen nach der außerhalb des Mietrechts ergangenen Rechtsprechung des *BGH*[21] ebenfalls als AGB zu werten sein können.

Diese Argumentation ist nicht zu beanstanden; für ein fahrlässiges Verhalten des Vermieters bestehen keine Anhaltspunkte. Dem wird entgegengehalten, die Argumentation des *BGH* stehe nicht in Einklang mit der „Risikozuweisung" der *BGH*-Rechtsprechung, derzufolge dem Verwender von AGB, die sich erst auf Grund einer Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung als unwirksam erweisen, grundsätzlich kein Vertrauensschutz zuzubilligen ist.[22] Diese *BGH*-Rechtsprechung betrifft die Frage, ob der Verwender in seinem Vertrauen auf die *Wirksamkeit* von ihm gestellter AGB zu schützen ist, wenn diese sich erst infolge einer Rechtsprechungsänderung als unwirksam erweisen, im Zeitpunkt des Vertragsschlusses jedoch als wirksam beurteilt wurden. Der *BGH* verneint dies im Wesentlichen mit der Erwägung, dass der Verwender, der seine Rechte durch die Verwendung von AGB gegenüber den Regelungen des dispositiven Gesetzesrechts erweitert, nicht dadurch in seinem schutzwürdigen Vertrauen beeinträchtigt sei, dass eine Klausel geraume Zeit unbeanstandet geblieben ist und erst nach Jahren gerichtlich für unwirksam erachtet wird. Vielmehr überwiege das Interesse des Verwendungsgegners, nicht an eine unangemessene Klausel gebunden zu sein, gegenüber dem Vertrauen des Verwenders auf den Bestand der Klausel.[23]

Man mag diese Rechtsprechung sowohl aus Gründen der Rechtssicherheit als auch aus dem Blickwinkel des Gemeinschaftsrechts kritisieren, da Art. 4 Abs. 1 der Richt-

19 *Börstinghaus* Rechtsfolgen unwirksamer Schönheitsreparaturklauseln WuM 2005, 675 (678); *Häublein* in MünchKomm BGB 5. Aufl., § 535 Rn. 126; Palandt/*Weidenkaff* 69. Aufl., § 535 Rn. 47 a.

20 *BGH* NJW 1998, 3114 (3115).

21 *BGH* NJW 1999, 2180 (2181); *BGH* NJW 2005, 2543 (2544).

22 *Krüger* Zu Ansprüchen des Mieters bei rechtsgrundlos durchgeführten Schönheitsreparaturen EWiR 2009, 707 (708) unter Verweis auf *BGH* NZM 2008, 363; siehe ferner *BGH* NJW 1996, 924 (925).

23 *BGH* NJW 1996, 924 (925).

linie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (sog. Klauselrichtlinie)[24] verlangt, dass die Missbräuchlichkeit einer Klausel zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses beurteilt wird.[25] Jedenfalls lässt sich mit ihrer Hilfe ein Verschulden des Vermieters im vorliegenden Fall nicht begründen. Dass der Verwender in seinem Vertrauen auf die Wirksamkeit einer AGB-Klausel nicht schutzwürdig ist, bedeutet nicht, dass ihm hinsichtlich ihrer Verwendung ein Fahrlässigkeitsvorwurf gemacht werden kann. Ein Vermieter, der bei Abschluss eines Mietvertrags AGB verwendet, die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses als zulässig angesehen werden, lässt nicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht (§ 276 Abs. 2 BGB). Darum allein geht es aber bei der Prüfung eines Schadensersatzanspruchs wegen der Verletzung vorvertraglicher Rücksichtnahmepflichten.

Im Ergebnis gilt daher: Der Verwender von AGB kann aus einer im Zuge einer Rechtsprechungsänderung unwirksam gewordenen Klausel keine Rechte mehr herleiten. Für die Verwendung der Klausel haftet er jedoch nur, wenn ihm diesbezüglich Fahrlässigkeit vorgeworfen werden kann. Wurde die Klausel im Zeitpunkt des Vertragsschlusses als zulässig angesehen, ist dies nicht der Fall.

2. Aufwendungsersatz nach den Regeln der GoA, §§ 539 Abs. 1, 677, 683 S. 1, 670 BGB

Gem. § 539 Abs. 1 BGB kann der Mieter vom Vermieter Aufwendungen auf die Mietsache, die nicht im Zuge der Selbstbeseitigung eines Mangels gem. § 536 a Abs. 2 entstanden sind, nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag ersetzt verlangen. Wie der *BGH* zutreffend betont, handelt es sich um eine Rechtsgrundverweisung auf die §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB, deren anspruchsbegründende Voraussetzungen somit erfüllt sein müssen.[26] Erforderlich ist demnach, dass der Geschäftsführer (Mieter) ein Geschäft für einen anderen (Vermieter) besorgt, d. h. mit Fremdgeschäftsführungswillen handelt. Der *BGH* stellt in dem vorliegenden Urteil klar, dass diese Voraussetzung bei der Durchführung von Schönheitsreparaturen aufgrund einer unwirksamen Endrenovierungsklausel nicht erfüllt ist.

Zuvor war die Frage zwischen den Instanzgerichten und in der Literatur umstritten. Teilweise wurde angeführt, die Unwirksamkeit der Schönheitsreparaturenklausel führe zur Geltung von § 535 Abs. 1 S. 2 BGB, wonach der Erhalt der Mietsache Angelegenheit des Vermieters ist; der Mieter besorge mit der Durchführung der Renovierung mithin ein objektiv fremdes Geschäft. Bei diesem könne der Fremdgeschäftsführungswille vermutet werden.[27] Die Gegenauffassung berief sich demgegen-

24 Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.

25 Darauf weist zu Recht *Medicus* Über die Rückwirkung von Rechtsprechung NJW 1995, 2577 (2580) hin.

26 Zum Charakter der Vorschrift als Rechtsgrundverweisung siehe Palandt/*Weidenkaff* 69. Aufl., § 539 Rn. 6.

27 *LG Karlsruhe* NZM 2006, 508; *Dötsch* Nochmals: Geschäftsführung ohne Auftrag bei nicht geschuldeten Schönheitsreparaturen? NZM 2008, 108 (110); *Sternel* Folgen unwirksamer

über darauf, dass der Mieter in Unkenntnis der Unwirksamkeit der Schönheitsreparaturenklausel einer vermeintlichen eigenen Verpflichtung nachkommen wollte, also nicht fremdnützig handelte; er habe nicht gewusst, dass er das Geschäft nicht für sich, sondern für einen anderen wahrnehme, sodass die Annahme eines Fremdgeschäftsführungswillens nicht möglich sei.[28]

Ausgangspunkt der Prüfung ist nach dem Wortlaut des § 677 BGB nicht die Fremdheit des Geschäfts, sondern die Besorgung eines Geschäfts „für einen anderen", also der Fremdgeschäftsführungswille.[29] Erforderlich ist somit, dass der Mieter bei Durchführung der Endrenovierung mit dem Willen handelt, in einen fremden Rechtskreis einzugreifen und sich dabei bewusst ist, dass er das Geschäft nicht für sich selbst, sondern für einen anderen vornimmt.[30] Bejaht werden könnte dies nur dann, wenn der Mieter von der Unwirksamkeit der Schönheitsreparaturklausel gewusst und die Renovierungsarbeiten trotzdem durchgeführt hätte. Dies wird in der Praxis so gut wie nie der Fall sein[31] mit der Konsequenz, dass der Fremdgeschäftsführungswille zu verneinen ist. Es handelt sich vielmehr um einen Fall des § 687 Abs. 1 BGB, wonach die GoA-Vorschriften keine Anwendung finden, wenn jemand ein fremdes Geschäft in der Meinung besorgt, dass es sein eigenes sei. Dem *BGH* ist daher zu folgen.

Der lapidare Verweis der Gegenauffassung auf die Vermutungsregeln bei der GoA vermag nicht zu überzeugen. Es liegt gerade nicht nahe, einen Fremdgeschäftsführungswillen zu vermuten, wenn der Mieter bei Beendigung der Mietzeit Renovierungsarbeiten durchführt oder nachholt, von denen er keinen Nutzen mehr hat und die er „neutral", also nicht nach den eigenen Gestaltungswünschen durchführt.[32] Denn damit wird übersehen, dass der Fremdgeschäftsführungswille neben dem voluntativen auch ein kognitives Element hat: Die GoA begünstigt ihrem Wesen nach altruistisches Handeln; wer nicht weiß, dass er für einen anderen tätig wird, hat keinen Fremdgeschäftsführungswillen. Wer also von der Fremdheit des Geschäfts ausgehend die Vermutungsregeln anwenden will, muss die Vermutung des Fremdgeschäftsführungswillens in solchen Fällen als widerlegt ansehen.[33]

Schönheitsreparaturklauseln und Handlungsmöglichkeiten für den Vermieter NZM 2007, 545 (549).

28 *LG Berlin* GE 2007, 517; *Emmerich* Starre Schönheitsreparaturfristen und die Folgen NZM 2006, 761 (762); *Lange* Geschäftsführung ohne Auftrag bei nicht geschuldeten Schönheitsreparaturen? NZM 2007, 785.

29 *Gursky* Der Tatbestand der Geschäftsführung ohne Auftrag AcP 185 (1985), 13 ff.

30 *Lange* Die Anwendbarkeit der Geschäftsführung ohne Auftrag im Mietrecht ZGS 2009, 442 (446).

31 *Lange* Die Anwendbarkeit der Geschäftsführung ohne Auftrag im Mietrecht ZGS 2009, 442 (446); vgl. zu Verwendungen des Mieters auch *Emmerich* Die Verwendungen des Mieters NZM 1998, 49 (53).

32 So aber *Sternel* Folgen unwirksamer Schönheitsreparaturklauseln und Handlungsmöglichkeiten für den Vermieter NZM 2007, 545 (549).

33 So zutreffend *Lange* Die Anwendbarkeit der Geschäftsführung ohne Auftrag im Mietrecht ZGS 2009, 442 (447).

Schließlich spricht eine weitere grundsätzliche Erwägung gegen die Anwendbarkeit der GoA-Vorschriften in vergleichbaren Fällen. Die Rückabwicklung von Leistungen auf unwirksame vertragliche Verpflichtungen ist Aufgabe des Bereicherungsrechts. Die Tendenz der Rechtsprechung[34] zu einer großzügigen Bejahung der Voraussetzungen der GoA bei der Erfüllung unerkannt nichtiger Verträge mit Hilfe der Vermutung des Fremdgeschäftsführungswillens bei objektiv fremden und „auch fremden" Geschäften hat zur Folge, dass das Bereicherungsrecht insoweit verdrängt wird. Auf diese Weise können grundlegende Vorschriften des Bereicherungsrechts, insbesondere § 817 S. 2 und § 818 BGB, aus Billigkeitsgründen umgangen werden; in der Literatur wird dies zu Recht als „ergebnisorientierte Rechtsanwendung" kritisiert.[35]

3. Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung, §§ 812 Abs. 1, 818 Abs. 2 BGB

Folgerichtig prüft der *BGH* schließlich einen bereicherungsrechtlichen Anspruch des Mieters aus §§ 812 Abs. 1, 818 Abs. 2 BGB, dessen Voraussetzungen er bejaht. Aufgrund der Unwirksamkeit der Schönheitsreparaturenklausel bestand für die Durchführung der Renovierungsarbeiten kein rechtlicher Grund.

Als problematisch erweist sich zunächst der Gegenstand der Bereicherung, also die Frage, was der Vermieter durch die Renovierungsarbeit des Mieters erlangt hat. Denkbar ist es insoweit, auf die durch die Renovierungsmaßnahmen eingetretene Steigerung des Ertragswerts der Mietsache abzustellen, also die Differenz zwischen dem Mietwert der Räume vor und nach der Renovierung.[36] Zu Recht weist der *BGH* darauf hin, dass die als Beleg für diese Sichtweise angeführten Urteile[37] den Bereicherungsausgleich von Aufwendungen auf die Mietsache, nicht aber den Fall einer Renovierung aufgrund einer unwirksamen Schönheitsreparaturklausel betrafen. Anstatt an diese Rechtsprechung anzuknüpfen, stellt der *BGH* vorliegend auf den Wert der üblichen, hilfsweise der angemessenen Vergütung der Renovierungsarbeiten ab. Begründet wird dies damit, dass die Leistung – anders als in den angeführten Entscheidungen – darin bestanden hat, einen rechtlich und wirtschaftlich als Teil des für die Gebrauchsüberlassung der Wohnung vermeintlich geschuldeten Entgelts durch Schönheitsreparaturen und damit durch eine Werkleistung zu erbringen. Bei rechtsgrundlos erbrachten Dienst- und (nicht verkörperten) Werkleistungen bemesse sich der Wert der herauszugebenden Bereicherung grundsätzlich nach dem Wert Vergü-

34 Siehe etwa *BGH* NJW 1993, 3196; ferner *BGH* NJW 2000, 72 (73): Bei Erfüllung unerkannt nichtiger Verträge sei eine Geschäftsführung ohne Auftrag regelmäßig zu bejahen.

35 So *Lorenz* Gescheiterte Vertragsbeziehungen zwischen Geschäftsführung ohne Auftrag und Bereicherungsrecht: späte Einsicht des BGH? NJW 1996, 883; *ders.* Geschäftsführung ohne Auftrag und Bereicherungsausgleich bei Vornahme nicht geschuldeter Schönheitsreparaturen NJW 2009, 2576.

36 So etwa *LG Berlin* BeckRS 2007, 7126; *Hannemann* in FS für Blank, 2006, S. 289 (203); weitere Nachweise bei *BGH* NJW 2009, 2590 (2592).

37 *BGH* NZM 1999, 19; siehe auch *BGH* NJW 1967, 2255; NJW 1990, 1789 (1790).

tung. Dies könne, so der *BGH* unter Verweis auf eine Entscheidung aus dem Jahr 2001,[38] auch bei verkörperten Werkleistungen angebracht sein. Dem ist grundsätzlich beizupflichten, ist doch eine konkrete Wertsteigerung auch durch verkörperte Werkleistungen häufig nicht feststellbar. In diesen Fällen wäre es unbillig und mit dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht vereinbar, wenn der Bereicherungsschuldner das Erlangte unentgeltlich behalten und nutzen könnte. Ist allerdings eine Wertsteigerung feststellbar, so ist auf diese abzustellen. Die §§ 812 ff. BGB regeln Bereicherungs-, nicht Entreicherungsrecht (Prinzip der Vorteilsabschöpfung).[39] Entscheidend ist im Rahmen des Bereicherungsausgleichs die ungerechtfertigte Bereicherung des Vermieters, nicht die damit korrespondierende Entreicherung des Mieters, dessen Kostenaufwand nicht notwendigerweise dem Wertzuwachs auf Seiten des Vermieters entspricht.[40] Grundsätzlich ist daher auf die Wertsteigerung der Mietsache abzustellen; erst, wenn eine solche nicht feststellbar ist, kann aus Billigkeitserwägungen hilfsweise der Wert der Vergütung herangezogen werden.

Der Ansatz des *BGH* wirft die Folgefrage auf, wie der „übliche" Werklohn bei der Durchführung von Schönheitsreparaturen zu bemessen ist. Hierbei will der *BGH* nicht den Betrag zugrunde legen, den der Mieter bei Beauftragung eines Handwerkers hätte aufbringen müssen, sondern er stellt in Rechnung, dass Mieter die Schönheitsreparaturen häufig in Eigenleistung erledigen. Der Wert der Renovierungsleistungen bemesse sich dann lediglich nach den Materialkosten und dem gem. § 287 ZPO zu schätzenden Wert der Eigenleistungen des Mieters. Gleichzeitig kann nach Auffassung des *BGH* ein höherer Wert deshalb anzusetzen sein, weil die Ausführung von Schönheitsreparaturen zugleich Gegenstand eines in selbständiger beruflicher Tätigkeit geführten Gewerbes des Mieters ist. Mit einer solchen individualisierenden Betrachtungsweise verstößt der *BGH* erneut gegen den Grundsatz, dass es nicht auf die konkrete, von den Umständen des Einzelfalls abhängige Entreicherung auf Seiten des Bereicherungsgläubigers, sondern die Bereicherung auf Seiten des Bereicherungsschuldners ankommt.[41] Zu ermitteln ist daher die übliche Vergütung, wobei als „üblich" die Beauftragung eines Handwerkers anzusehen ist. Auf diese Weise ist auch sichergestellt, dass dem Mieter die Ersparnisse infolge seiner eigenen Arbeitsleistung erhalten bleiben, wenn er die Schönheitsreparaturen in Eigenleistung ausführt. Die berufliche Tätigkeit des Mieters kann dabei keine Rolle spielen.

38 *BGH* NJW 2001, 3184 (3186).

39 *Larenz/Canaris* Lehrbuch des Schuldrechts II/2 13. Aufl. (1994), S. 127 f.; *Lorenz* Gescheiterte Vertragsbeziehungen zwischen Geschäftsführung ohne Auftrag und Bereicherungsrecht: späte Einsicht des BGH? NJW 1996, 883 (884).

40 Zutreffend *LG Berlin* BeckRS 2007, 7126; *Hannemann* in FS für Blank, S. 289 (203).

41 So auch *Lorenz* Geschäftsführung ohne Auftrag und Bereicherungsausgleich bei Vornahme nicht geschuldeter Schönheitsreparaturen NJW 2009, 2576 (2577).

IV. Fazit

Dem *BGH* ist zu folgen, soweit er einen Anspruch auf Schadensersatz aus culpa in contrahendo gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB sowie auf Aufwendungsersatz nach den Regeln der GoA gem. §§ 539 Abs. 1, 677, 683 S. 1, 670 BGB verneint. Beizupflichten ist ihm auch, soweit er einen Anspruch auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung gem. §§ 812 Abs. 1, 818 Abs. 2 BGB bejaht. Bei der Bestimmung des Bereicherungsgegenstands verkennt der BGH jedoch, dass es insoweit nicht auf die Entreicherung des Mieters, sondern auf eine Vorteilsabschöpfung beim Vermieter ankommt.

Die Methodik-Beiträge der StudZR können online leider nicht zur Verfügung gestellt werden.
Die StudZR-Redaktion bittet diesbezüglich um Ihr Verständnis.