



Herausgeber

Verein der Zeitschrift JSE e. V.
c/o Prof. Dr. Christian F. Majer
Doblerstrasse 15
D-72070 Tübingen

Vereinsvorstand:

Prof. Dr. Christian F. Majer (Vorsitzender)
Ass. iur. Sascha Sebastian, M.mel. (Stellv. Vorsitzender)
RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M. (Schatzmeister)
RiLG Dr. Guido Philipp Ernst (Ressortleiter Strafrecht)
Prof. Dr. Arne Pautsch (Ressortleiter Öffentliches Recht)

Beirat

RA Dr. Felix E. Buchmann
StA Dr. Ralf Dietrich
Prof. Dr. Jörg Eisele
RAin Dr. Tabea Yasmine Glemser
Prof. Dr. Volker Haas
RA Dr. Roland Haberstroh, LL.M. (Boston University)
ELB Jochen Heinz
Prof. Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA (MDX)
Prof. Dr. Antonios Karampatzos, LL.M (Tübingen)
RA Prof. Rainer Kirchdörfer
Prof. Dr. Alexander Proelß
Prof. Dr. Joachim Renzikowski
Prof. Dr. Gottfried Schiemann
Prof. Dr. Dominik Skauradzun
RiOLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner
MR Dr. Felix Tausch, Mag. rer. publ.
Prof. Dr. Christian Traulsen
RA Dr. Werner Walk
RA Dr. Andreas Wax, Maître en droit (Aix-Marseille)
RA Prof. Dr. Gerhard Wegen, LL.M. (Harvard)
MR a.D. Prof. Dr. Rüdiger Wulf

ISSN 2195-044X
www.zeitschrift-jse.de
redaktion@zeitschrift-jse.de

Aus dem Inhalt

Beiträge

Hendrik Berndt

Künstliche Intelligenz als eigene Rechtsperson -
Die „KI-mbH“

Felix Buchmann

Die Auswirkungen des Gesetzes für faire Verbraucherverträge auf den Telekommunikationssektor

Fallbearbeitung

Christian Picker/Chantal Nastl

Zivilrecht: „Schicksalsschläge eines Landwirts“

Rechtsprechung

BGH

Kann auch ohne (analoge) Anwendung des § 566
Abs. 1 BGB ein Mietvertrag zwischen dem
Erwerber und dem Mieter gegeben sein?

BVerfG

Zur Frage der Verletzung der Chancengleichheit
der politischen Parteien durch Äußerungen
der Bundeskanzlerin

Rezension

Christian F. Majer

Knut-Werner Lange, Erbrecht, 3. Auflage (2022)

Debatte

Christoph Gröpl/Christian F. Majer

Der Wolf im Schafspelz - die „Causa Maaßen“
und das „Canceln“ von Autoren

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|--|---|-------------|
| Beiträge | Hendrik Berndt Künstliche Intelligenz als eigene Rechtsperson - Die „KI-mbH“ | Seite ▶ 103 |
| | Felix Buchmann Die Auswirkungen des Gesetzes für faire Verbraucherverträge auf den Telekommunikationssektor | Seite ▶ 118 |
| Fallbearbeitung | Christian Picker/Chantal Nastl Fortgeschrittenenhausarbeit Zivilrecht: „Schicksalsschläge eines Landwirts“ | Seite ▶ 129 |
| Rechtsprechung Zivilrecht | BGH Kann auch ohne (analoge) Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB ein Mietvertrag zwischen dem Erwerber und dem Mieter gegeben sein? Urteil vom 27.10.2021 (<i>Stjepan Sirovina</i>) | Seite ▶ 149 |
| Rechtsprechung Öffentliches Recht | BVerfG Zur Frage der Verletzung der Chancengleichheit der politischen Parteien durch Äußerungen der Bundeskanzlerin Urteil vom 15.06.2022 (<i>Arne Pautsch/Jana Müser</i>) | Seite ▶ 152 |
| Rezension | Christian F. Majer Knut-Werner Lange, Erbrecht, 3. Auflage (2022) | Seite ▶ 158 |
| Debatte | Christoph Gröpl/Christian F. Majer Der Wolf im Schafspelz - die „Causa Maaßen“ und das „Canceln“ von Autoren | Seite ▶ 159 |

Editorial

Am 1. Oktober 2022 stellte Tesla CEO Elon Musk auf dem alljährlichen A.I.-Day des Unternehmens das neueste Produkt in der Tesla Familie vor: „Optimus“. Dabei handelt es sich um einen humanoiden Roboter, welcher langfristig einfache mechanische Aufgaben übernehmen soll, die bisher aufgrund äußerer Umstände oder der Art der Tätigkeit selbst noch von Menschen wahrgenommen werden müssen. Zur Erfüllung seiner Aufgaben greift der 73kg schwere „Optimus“ auf dieselbe K.I.-Technologie zurück, welche es Teslas Kraftfahrzeugen ermöglicht, sich (weitgehend) autonom auf öffentlichen Straßen fortzubewegen. Auch wenn eine Welt, in der solche selbstfahrenden Autos und Roboter-Buttler für 20.000 Dollar zum Alltag gehören, noch weit entfernt scheint, ist unschwer zu erkennen, dass die schiere Geschwindigkeit der Entwicklung eine Reglementierung entsprechender (teil-)autonomer Systeme – zumindest langfristig – erforderlich machen wird.

Aus diesem Grunde befasst sich der erste **Beitrag** im aktuellen Heft mit eben jenen Fragen von Künstlicher Intelligenz, ihren technischen Grundlagen und den Möglichkeiten ihrer Reglementierung. Konkret setzt sich BERNDT in „*Künstliche Intelligenz als eigene Rechtsperson - Die ‚KI-mbH‘*“ mit den technischen Aspekten künstlicher Intelligenz, einem entsprechenden KI-Verordnungsentwurf der Europäischen Union und der Idee einer hybriden elektronischen Rechtsperson auseinander.

Der zweite **Beitrag** in diesem Heft widmet sich dem (europäischen) Verbraucherschutz. Hier untersucht BUCHMANN „*Die Auswirkungen des Gesetzes für faire Verbraucherverträge auf den Telekommunikationssektor*“.

Die **Fallbearbeitung** glänzt dieses Mal mit einer umfangreichen – an Studierende der Fortgeschrittenenübung gerichteten – **Hausarbeit** aus dem Zivilrecht. Unter dem Titel „*Schicksalsschläge eines Landwirts*“ arbeiten PICKER und NASTL einige Zentrale Fragen des Familien-, Sachen- und Gesellschaftsrechts didaktisch auf.

Die **Rechtsprechung** aus dem **Zivilrecht** umfasst dieses Mal eine Entscheidung des XII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes, der sich mit der Frage auseinandersetzen musste, ob ein Mietvertrag auch ohne (analoge) Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB zwischen dem Erwerber und dem Mieter gegeben sein kann (SIROVINA).

Im **Öffentlichen Recht** war der 2. Senat des Bundesverfassungsgerichts zur Entscheidung über die Frage berufen, ob der Bundeskanzler mit Äußerungen, die unter Verstoß gegen seiner politische Neutralitätspflicht erfolgen, die Chancengleichheit der politischen Parteien verletzen kann (PAUTSCH/MÜSER).

Als **Rezension** hat das Heft eine Auseinandersetzung mit der dritten Auflage des Lehrbuches von Knut-Werner Lange zum Erbrecht zu bieten (MAJER).

Neu im Heft ist die Rubrik **Debatte**, in der es künftig blogähnliche politische Meinungsbeiträge zu verschiedenen aktuellen Themen geben wird. Den Anfang macht die Debatte um die öffentlichen Forderungen, dem ehemaligen Verfassungsschutzchef Hans-Georg Maaßen die Kommentierung zu Art. 16a GG entziehen (GRÖPL/MAJER).



Prof. Dr. Christian F. Majer

Schriftleiter

► redaktion@zeitschrift-jse.de



Sascha Sebastian, M.Mel.

Stellvertretender Schriftleiter

► schlussredaktion@zeitschrift-jse.de

Beitrag

Cand. iur. **Hendrik Berndt**, LL.B

Künstliche Intelligenz als eigene Rechtsperson - Die „KI-mbH“



Hendrik Berndt | Student in der Examensvorbereitung an der EBS Universität für Wirtschaft und Recht in Wiesbaden.

E-Mail-Kontakt: ▶ hendrik.berndt@students.ebs.edu

Inhaltsübersicht

Abstract

A) Technischer Hintergrund

- I. Künstliche Intelligenz
- II. Machine Learning
- III. Neural Network (künstliche Neuronale Netze)
 1. Neuronen
 2. Netzwerk

IV. Zwischenergebnis

B) Rechtlicher Teil

- I. Einführung - Aktuelle Rechtslage
- II. Zeitpunkt einer Regulierung der KI
- III. Art der Regulierung
 1. Der EU- Verordnungsentwurf über Künstliche Intelligenz
 - a) Inhalt
 - b) Vorteile
 - c) Nachteile
 - d) Fazit
 2. Diskussion der e-Person
 - a) Softwareagent
 - b) Rechtliche Problemstellungen
 - aa) Aktuelle Vertragspraxis
 - bb) Vertragliche Haftung
 - cc) Außervertragliche Haftung
 - dd) Kausalität und Beweis
 - c) Kritik am Konzept der e-Person
- IV. Orientierung am Gesellschaftsrecht
 1. Parallelen zur juristischen Person
 - a) Kommunikationstheorie
 - b) Kommunikation
 - c) Die zweckgebundene Organisation
 - d) Praktischer Nutzen
 - e) Begegnung möglicher Kritik
 - f) Zwischenfazit
 2. Als e-Person geeignete KI
 3. Ausgestaltung der e-Person
 - a) Art der Rechtsfähigkeit
 - b) Ausgestaltung des Hybrids
 - aa) Gründungsvertrag und Register
 - bb) Name
 - cc) Stellung der KI
 - dd) Haftung der KI
 - ee) Stellung des Betreibers
 - ff) Haftung des Betreibers
 - gg) Höhe der Haftungssumme
 - hh) Sitz der KI-mbH
 4. Begleitende Regelungen

C) Fazit

Abstract

Vor fast 80 Jahren wurden erstmals die drei Gesetze für „Roboter“ von Science-Fiction Autor Isaac Asimov definiert als:

“First Law

A robot may not injure a human being or, through inaction, allow a human being to come to harm.

Second Law

A robot must obey the orders given it by human beings except where such orders would conflict with the First Law.

Third Law

A robot must protect its own existence as long as such protection does not conflict with the First or Second Law.”¹

Seitdem hat sich die Welt grundlegend verändert, und was damals als „Roboter“ bezeichnet wurde benötigt heute keine physische Schale, sondern kann als Künstliche Intelligenz lediglich in Form von Code existieren.²

Vor allem in den letzten Jahren hatte die Künstliche Intelligenz eine enorme Steigerung an Aufmerksamkeit in der Öffentlichkeit zu verzeichnen. Viel davon mag ein „Hype“ sein und lediglich, wie Asimov, dem Bereich der Science-Fiction angehören. Was bleibt ist jedoch das Erfordernis der gesetzlichen Regulierung für diese neue Technologie.

Dieser Beitrag wird sich vor diesem Hintergrund auf die technischen Aspekte der Künstlichen Intelligenz, den EU-KI-Verordnungsentwurf sowie die Diskussion der e-Person fokussieren. Es soll zudem ein Vorschlag zur Gestaltung einer hybriden elektronischen Rechtsperson anhand des Gesellschaftsrechts präsentiert werden.

B) Technischer Hintergrund

Um die Grundlagen für die Regulierung zu verstehen, ist es wichtig die technischen Zusammenhänge und Funktionsweisen von Künstlicher Intelligenz darzustellen.

I. Künstliche Intelligenz

Künstliche Intelligenz (kurz KI) ist schwer zu definieren und sollte auch eine gewisse Unbestimmtheit für zukünftige Entwicklungen mitbringen.³ So gibt es zahlreiche Definitionsversuche, über Turing⁴ und McCarthy⁵ bis hin zu modernen Ansätzen;

¹ Siehe *Isaac Asimov*, *Runaround* (1942), in: *I, Robot*, 1. Aufl. (1950), S. 27.
² Vgl. *Etzioni*, *AI Magazine* Volume 14(4), 1997, 7-13; *Ertel*, *Grundkurs Künstliche Intelligenz* (2008), S.13.
³ *Bitkom e.V./DFKI*, *Künstliche Intelligenz: Wirtschaftliche Bedeutung, gesellschaftliche Herausforderungen, menschliche Verantwortung* (2017) S.35 f.; *Barfield*, in: *Barfield/Pagallo*, *Research Handbook on the Law of AI* (2018), S. 21; *Herberger*, *NJW* 2018, 2825.
⁴ Vgl. „Turing-Test“ in *A. M. Turing*, *Mind*, New Series, Vol. 59, No. 236 (Oct. 1950), S. 434 ff.
⁵ Vgl. *McCarthy/Minsky/Rochester/Shannon*, *A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence* (August 31, 1955), veröffentlicht in: *AI Magazine*, 27(4) 2006, 12.

insbesondere der Begriff der Intelligenz⁶ bereitet dabei Schwierigkeiten.

Für diese Ausarbeitung wird die Definition der EU-Kommission zugrunde gelegt. „Künstliche Intelligenz (KI) bezeichnet Systeme mit einem „intelligenten“ Verhalten, die ihre Umgebung analysieren und mit einem gewissen Grad an Autonomie handeln, um bestimmte Ziele zu erreichen. KI-basierte Systeme können rein softwaregestützt in einer virtuellen Umgebung arbeiten [...] aber auch in Hardware-Systeme eingebettet sein (z. B. Roboter, autonome Pkw [...]).“⁷

Der grundsätzliche Ansatz dabei ist, dass eine Maschine Aufgaben erledigt, die davor nur von einem Menschen zu bewältigen waren.⁸ Jegliche Programme können dies erfüllen, so ist beispielsweise ein Schach-Computer aus den 1980ern bereits eine Form der Künstlichen Intelligenz.

Bei der Betrachtung von KI lässt sich eine Unterscheidung in schwache und starke KI vornehmen. Eine schwache KI liegt vor, wenn diese den menschlichen Denkprozess zwar imitiert, jedoch ihn nie erreicht. Eine starke KI ist dagegen eine, die tatsächlich mit der richtigen Programmierung und den richtigen Input-Daten einen Denkprozess wie ein Mensch leisten kann.⁹ Die mögliche Existenz einer solchen wird jedoch von vielen abgelehnt.¹⁰

II. Machine Learning

Was im allgemeinen Sprachgebrauch als Künstliche Intelligenz verstanden wird, ist das sogenannte maschinelle Lernen.

Machine Learning ist ein Oberbegriff für die „künstliche“ Generierung von Wissen aus Erfahrung: Ein künstliches System lernt aus Beispielen und kann diese nach Beendigung der Lernphase verallgemeinern. Dazu bauen Algorithmen¹¹ beim maschinellen Lernen ein statistisches Modell auf, das auf Trainingsdaten beruht.¹²

Machine Learning ist, einfach gesagt, eine statistische Auswertung der Wahrscheinlichkeit, mit welcher eine Eingabe eine entsprechende Ausgabe erzeugt.

Ein Beispiel: Ein Scanner im Supermarkt soll Bananen und Orangen mithilfe einer Kamera optisch unterscheiden. Um dies zu erreichen, müssen die Bilder für die Maschine lesbar gemacht werden. Die einfachste Möglichkeit ist die Reduzierung des gesamten Bildes auf einen einzigen Farbpixel.

Nun wird die Maschine mit Trainingsdaten „gefüttert“ bei welchen das Ergebnis bekannt ist. Somit kann eingegeben werden, dass die Durchschnittsfarbe „Orange“ zu 100% einer Orange entspricht, die Farbe „Gelb“ zu 100% einer Banane. Alle Zwischenfarben werden anhand von Trainingsdaten so einer Wahrscheinlichkeit zugeordnet. Zwischen den Ergebnissen ergibt sich bei 50% eine sogenannte „decision boundary“: auf der einen Seite wird das System eine Banane identifizieren, auf der anderen eine

Orange.¹³

Da Bilder mehr als einen Pixel haben, werden selbstverständlich mehr Daten und kompliziertere Unterscheidungsverfahren benötigt. Wobei beim maschinellen Lernen immer vorher bestimmt werden muss anhand welcher Kriterien (zB. Farbe) die Entscheidung zu treffen ist.¹⁴

III. Neural Network (künstliche Neuronale Netze)

Ein neural network ist ein Verfahren des maschinellen Lernens. Die Vorgehensweise ist einem menschlichen Gehirn nachgebildet.¹⁵ Der wichtigste Unterschied zu anderen Methoden des machine learnings dabei ist, dass neural networks nicht auf einem einzigen klaren Algorithmus (If x then y) basieren, sondern auf (bis zu 10^8 bzw. 10^9)¹⁶ einzelnen „Neuronen.“¹⁷

1. Neuronen

Künstliche neuronale Netze bauen üblicherweise auf McCulloch-Pitts-Neuron¹⁸ auf. Hierbei werden einzelne „Zellen“ (mathematische Funktionen) programmiert. Diese sind mit einer beliebigen Anzahl anderer Zellen „Vernetzt“. Wie echte Neuronen im menschlichen Gehirn erhält jede Zelle eine oder mehrere Eingaben (von anderen Zellen, die den Wert 1 oder 0 der Zelle zuleiten). Dabei können gewisse Signale auch inhibitorisch wirken.¹⁹

Das Entscheidende dabei ist, dass in komplexen Netzwerken eine Gewichtung im Neuron stattfindet. Also nicht nur 1 oder 0 ausgegeben wird, sondern jede reelle Zahl dazwischen. Ebenfalls wird nicht nur 1 oder 0 von anderen Neuronen empfangen, sondern ebenfalls eine reelle Zahl zwischen 0 und 1. Das Neuron (bzw. die Funktion, die als „Neuron“ bezeichnet wird) gewichtet dann diese Zahlen, und rechnet alle Ergebnisse der Eingaben multipliziert mit der Gewichtung zusammen, um zu einem Ergebnis zu kommen. Zusätzlich zu den Inputs wird regelmäßig noch ein „Bias“ hinzugefügt, welcher das Ergebnis erhöht oder vermindert. Dieses Ergebnis wird nun in die eigentliche Funktion des Neurons (Bezeichnet mit ϕ) eingesetzt. Funktion ϕ kann so berechnet werden, was wiederum in einem finalen Output von einer reellen Zahl zwischen 0 und 1 resultiert.

2. Netzwerk

Dieser Output wird ebenfalls an ein oder mehrere andere Neuronen gesendet. So entsteht ein Netzwerk aus mindestens 2 Schichten. Einem Input Layer, der Eingaben empfängt, sie mit ϕ berechnet und an den zweiten (Output Layer) schickt. Wobei jedes Neuron sein Ergebnis an mehrere andere Neuronen sendet, sodass jedes Neuron des Output Layers maximal so viele Inputs wie Neuronen im Input Layer haben kann. Durch diese Vernetzung lassen sich Cluster schaffen.

Deep learning ist eine Methode des maschinellen Lernens, die künstliche neuronale Netze mit zahlreichen Zwischenschichten (englisch hidden layers) zwischen Input Layer und Output Layer einsetzt und dadurch eine umfangreiche innere Struktur heraus-

⁶ Herberger, NJW 2018, 2825 (2826 f.).

⁷ EU-Kommission, COM (2018) 237, S.1.

⁸ Vgl. A. M. Turing: Mind, New Series, Vol. 59, No. 236 (Oct. 1950), S. 434 ff.

⁹ Vgl. Erhardt/Mona, in: Gless/Seelmann, Intelligente Agenten und das Recht (2016), S. 74 ff.

¹⁰ The European Commission's HLEG on artificial intelligence, Ethics Guidelines for trustworthy AI, 18.12.2018, S. 13; Penrose, Shadows of the mind (1994) S. 14 ff.; Eraßme, Der Mensch und die „Künstliche Intelligenz“ (2002), S. 50

¹¹ Zur Definition eines Algorithmus: Zech, ZfPW 2019, 198 (Fn. 3).

¹² Reitmaier, Aktives Lernen für Klassifikationsprobleme unter der Nutzung von Strukturinformationen (2015), S. 1.

¹³ Vgl. für ein Beispiel mit Spam-Mails Erhardt/Mona, in: Gless/Seelmann, Intelligente Agenten und das Recht (2016), S. 68 f.

¹⁴ Ertel, Grundkurs Künstliche Intelligenz (2016), S. 13, 130 ff, 181 ff.

¹⁵ Ertel, Grundkurs Künstliche Intelligenz (2016), S. 242; Zech, ZfPW 2019, 198 (201).

¹⁶ Zech, ZfPW 2019, 198 (201).

¹⁷ Vgl. Zech, ZfPW 2019, 198 (201 f.).

¹⁸ McCulloch/Pitts, Bulletin of Mathematical Biophysics, Vol. 5 (1943), S. 115ff.

¹⁹ Vgl. Ertel, Grundkurs Künstliche Intelligenz (2008), S. 244 ff.; Zech, ZfPW 2019, 198 (201 f.).

bildet,²⁰ auch mithilfe unterschiedlicher Funktionen in jedem Layer.

Es handelt sich also um Netzwerke, welche undurchsichtiger und komplexer sind, als die zuvor erklärten einfachen neuronalen Netze. Jedoch nach den genau gleichen Prinzipien funktionieren.

Um qualitativ hochwertige Ergebnisse zu erhalten ist Training der Netze essentiell.

Hierfür ist vor allem die Methode der „backpropagation“ wichtig. Anhand dieser werden Trainingsdaten mit bekanntem In- und Output in das System gefügt. Die Gewichtung der einzelnen Neuronen, sowie der Bias werden anfangs zufällig festgelegt. Das System kommt nun zu einem wahrscheinlich falschen Ergebnis. Ohne jedoch den gesamten Algorithmus ändern zu müssen kann nun dem neuronalen Netz signalisiert werden, dass ein Fehler besteht. Es kann daraufhin Gewichtung und Bias bis auf Ebene einzelner Neuronen zurückverfolgen und feststellen, wo der Fehler entstand.²¹ Jetzt werden die einzelnen Gewichtungen und Biases angepasst, um den Fehler zu minimieren. Dies wird solange wiederholt bis das System nur noch richtige Ergebnisse liefert. Somit lernt es „selbstständig“ aus seinen Fehlern.

IV. Zwischenergebnis

Es zeigt sich, dass der Begriff ‚Künstliche Intelligenz‘ für diese hochdifferenzierten informationstechnischen Prozesse sehr weit gefasst ist und daher für eine allgemeine rechtliche Regelung zu breit.²²

Zudem ist die heutige Leistungsfähigkeit einer KI noch weit von den durch Science-Fiction geprägten Erwartungen entfernt. Dennoch ist es insbesondere im Fall von neuronalen Netzwerken, speziell mit Deep-Learning Architektur, nicht mehr möglich den Programmcode für eine einzelne Entscheidung zu verstehen, geschweige denn diese Entscheidung nachzuvollziehen oder verlässlich zu replizieren.

Es bleibt daher noch eine unsichere Technik mit dem Potenzial hohe Schäden zu verursachen, in Kombination mit Hardware sogar für Leib und Leben. Diese Gefahren bestehen schon jetzt, obwohl sich Technologien wie Deep-Fakes,²³ dynamic pricing²⁴ oder autonom agierende Fahrzeuge und Drohnen²⁵ noch im Anfangsstadium ihrer Entwicklung befinden.

C) Rechtlicher Teil

I. Einführung - Aktuelle Rechtslage

Die Notwendigkeit einer rechtlichen Regelung von KI-Sachverhalten ergibt sich auch beim Betrachten der aktuellen Rechtslage in verschiedenen Rechtsgebieten. Hierzu kursorisch vier Beispiele:

Erstens im Allgemeinen Zivilrecht, wo Probleme bezüglich der Auslegung²⁶ und dem Empfang von Willenserklärungen durch

KI, oder der Vertretung einer Person durch eine solche bestehen. Ein Handlungs- und Erklärungswille mag sich beim zweckgebundenen Einsatz einer KI noch andenkend lassen, jedoch ist der Geschäftswille des Betreibers zu exakt diesem Geschäft bereits problematisch,²⁷ da es die KI durch ihre Autonomie eigenständig aushandelt und abschließt.²⁸

Zweitens bestehen im Haftungsrecht Lücken dergestalt, dass die Verhaltenspflichten der Beteiligten im Umgang mit KI unklar sind und diese nicht selbst haften kann. Zudem müssen die Verkehrssicherungspflichten für Betreiber und Nutzer von Geräten ausdifferenziert werden. Aufgrund der Beweislast von § 823 Abs. 1 BGB wird eine Analogie des § 831 BGB zur Entlastung des Anwenders und zulasten des Betreibers angedacht, da dieser leichter sein verkehrssicherungspflichthaftes Verhalten nachweisen kann. Hierbei soll der Sorgfaltsmaßstab gegenüber Auswahl, Überwachung und Anleitung eines Mitarbeiters analog auf die KI angewendet werden.²⁹ Zusätzlich werden bereits neue Gefährdungshaftungen befürwortet.³⁰

Drittens im Urheberrecht, wo die Zurechnung der Urheberschaft eines mithilfe von KI geschaffenen Werkes problematisch ist. Das Werk kann nicht der KI selbst zugerechnet werden, dem Betreiber möglicherweise aber ebenfalls nicht.³¹ Grundsätzlich ist bei einer Schöpfung durch ein neuronales Netz weder die Methode, noch das approximiert vorhersehbare Ergebnis geschützt.³² Die KI/neural network wird als Zufallskomponente gesehen.³³

Viertens im Datenschutzrecht, in dem Probleme bei der Verantwortlichkeit der KI,³⁴ sowie Probleme bei den Grundsätzen der Datensparsamkeit³⁵ und Diskriminierung auftreten.³⁶ Was allerdings schon besteht ist Art. 22 Abs. 1 DSGVO, welcher ein Verbot für rechtlich relevante Entscheidungen durch nicht-menschliche Programme erteilt.

Das heißt, dass KI bereits jetzt das Rechtssystem herausfordert³⁷ und durch rasante Weiterentwicklung mit wachsender Rechenleistung und zunehmendem Verständnis dieser Prozesse³⁸ die Herausforderung zu einer Überforderung wachsen kann.³⁹

Demnach sollten Anwendungen der KI besser im Voraus als im Nachhinein geregelt werden.⁴⁰ Damit unbekannte⁴¹ und potentiell bedrohliche Dinge gesellschaftliche Akzeptanz finden, müs-

27 Vgl. Pieper: GRUR-Prax 2019, 298 (299 f.); Wettig/Zehndner, The electronic Agent: A Legal Personality under German Law? (2003), S. 5.

28 Vgl. Specht/Herold, MMR 2018, 40 (43).

29 Vgl. Zech, ZfPW 2019, 198 (210).

30 Vgl. Lohmann, ZRP 2017, 168 (169); Zech, ZfPW 2019, 198 (215 f.).

31 Vgl. EuGH, NJW 2019, 753 ff.; Loewenheim/Leistner, in: Schricker/Loewenheim Urheberrecht, 6. Aufl. (2020), § 2 Rn. 38 f.; Ory/Sorge, NJW 2019, 710 (711); siehe auch Bullinger/Czychowski, GRUR 2011, 19 ff.

32 Loewenheim/Leistner, in: Schricker/Loewenheim Urheberrecht, 6. Aufl. (2020), § 2 Rn. 71 ff.

33 Vgl. Ory/Sorge, NJW 2019, 710 (711).

34 Vgl. DSK, Hambacher Erklärung zur KI, 03.04.2019, S. 3 f., Nr. 3, 6.

35 Vgl. Ibid., S. 4.

36 Vgl. Ibid., S. 3; Steege, MMR 2019, 715 (716 ff.).

37 Vgl. hierzu Erhardt/Mona, in: Gless/Seelmann, Intelligente Agenten und das Recht (2016), S. 63 ff.; Koops/Hildebrandt/Jaquet-Chiffelle, Bridging the Accountability Gap: Rights for New Entities in the Information Society?, in: Tilburg University Legal Studies Working Paper No. 017/2010, S. 511 ff.

38 Vgl. Erhardt/Mona, in: Gless/Seelmann, Intelligente Agenten und das Recht (2016), S. 63 ff.

39 Vgl. Koops/Hildebrandt/Jaquet-Chiffelle, Bridging the Accountability Gap: Rights for New Entities in the Information Society?, in: Tilburg University Legal Studies Working Paper No. 017/2010, S. 555, Fn. 206.

40 Vgl. Weaver, in: Barfield/Pagallo, Research Handbook on the Law of AI (2018), S. 170 ff.

41 Vgl. bereits McCarthy/Minsky/Rochester/Shannon, A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence August 31, 1955, veröffentlicht in: AI Magazine, 27(4) 2006, 12.

20 Goodfellow/Bengio/Courville, Deep Learning (2016), S. 164 ff.; Kriesel, Ein kleiner Überblick über Neuronale Netze (2007), S. 164 ff., ▶ http://www.dkriesel.com/science/neural_networks (Abruf am 21.11.21).

21 Wutke/Laurenz, Deep Learning Grundlagen, ▶ <https://datasolut.com/neuronale-netzwerke-einfuehrung/> (Abruf am 21.11.21).

22 Vgl. ähnlich Herberger, NJW 2018, 2825 (2827).

23 Vgl. ausführlich Lantwin, MMR 2019, 574 ff.; Lantwin, MMR 2020, 78 ff.

24 Vgl. Paal, GRUR 2019, 43 f.

25 Vgl. Lange, NZV 2017, 345 (346 f.).

26 Bei der Auslegung von Maschinenerklärungen bzw. Computererklärungen geht der BGH davon aus, dass es keine Konstellation geben kann, in welcher auf den Empfängerhorizont einer Maschine abgestellt werden muss, BGH NJW 2013, 598; vgl. auch Hanisch, in: Hilgendorf/Günther, Robotik und Gesetzgebung (2013), S. 112; Pieper, GRURPrax 2019, 298 (299).

sen diese reguliert werden.⁴² Dies würde eine Technologie kontrollierbar machen.

Bei den aktuellen Rechenleistungen von Neuronalen Netzwerken, die noch weit von tatsächlicher Intelligenz entfernt sind,⁴³ sollten diese Regelungen aber den technischen Möglichkeiten und Realitäten angepasst werden, um weitere Entwicklungen nicht im Keim zu ersticken.

II. Zeitpunkt einer Regulierung der KI

Die Notwendigkeit zur zeitnahen Regulierung der KI, ergibt sich erstens aus dem Umstand, dass eine frühere Regulierung einfacher ist. Ein noch nicht ausgereiftes Feld kann sich Regulierungen besser anpassen,⁴⁴ und es wird weniger ökonomische Schäden durch die Regulierung davontragen. Auch führt ein früherer Zeitpunkt dazu, dass die Industrie sich mit weniger Mitteln gegen eine Regulierung wehren kann⁴⁵ und wird.⁴⁶

Für neue Methoden wie „neural networks“ oder „machine learning“ bedeutet dies, dass mit dem Zeitpunkt des Erreichens von gesellschaftlicher Akzeptanz, sowie der Generierung von substantiellen Profiten eine Regulierung bedeutend schwieriger wird. Wobei insbesondere die Art der Firmen beachtet werden muss, welche diese neuen Technologien entwickeln können. Die meist amerikanischen Großkonzerne⁴⁷ sind aktuell schon in vielen Aspekten dem Regulator überlegen. Mit Ausreifung und Entwicklung von KI könnte sich die Unterlegenheit des Regulators noch verstärken.

Zweitens erlaubt frühzeitige Regulierung einer Gesellschaft die Ausgestaltung der neuen Technologie.⁴⁸ So kann ein, von einer demokratisch gewählten Regierung beauftragter, Regulator bestimmen, was eine noch nicht vollständig ausgereifte Technologie erreichen soll und für welche Zwecke sie eingesetzt werden darf.

Letztlich bestehen auch zahlreiche gesellschaftliche Risiken. So können bestehende Arbeitsplätze durch eine Technologie gefährdet werden, die selbst wenig Neue schafft.⁴⁹

Zudem besteht durch KI-gestützte Datenanalyse⁵⁰ stets die Gefahr der Manipulation unzähliger Bürger; vom Kaufverhalten⁵¹ bis hin zu deren Wahlverhalten.⁵²

Das Recht sollte demnach keinen reaktiven Charakter haben,⁵³ sondern die technische Entwicklung mitgestalten.⁵⁴

42 Vgl. Gruber, in: Hilgendorf/Günther, Robotik und Gesetzgebung (2013), S. 127; Hanisch, in: Hilgendorf/Günther, Robotik und Gesetzgebung (2013), S. 109.

43 Yann LeCun, in: The Verge Interview 26.10.2017, ▶ <https://www.theverge.com/2017/10/26/16552056/a-intelligence-terminator-face-book-yann-lecun-interview> (Abruf am 21.11.2021).

44 Vgl. Weaver, in: Barfield/Pagallo, Research Handbook on the Law of AI (2018), S. 170 f.

45 Weaver, in: Barfield/Pagallo, Research Handbook on the Law of AI (2018), S. 173, Fn.126.

46 Vgl. Ibid., S. 174 f.

47 Barfield, in: Barfield/Pagallo, Research Handbook on the Law of AI (2018), Fn. 120.

48 Weaver, in: Barfield/Pagallo, Research Handbook on the Law of AI (2018), S. 171 f.

49 Ibid., S. 176.

50 Ebers, MMR 2018, 423 f.; Weaver, in: Barfield/Pagallo, Research Handbook on the Law of AI (2018), S. 176 f.

51 Ebers, MMR 2018, 423 f.

52 Ibid.; Vgl. für die Risiken der KI für die Demokratie auch Klaas, MMR 2019, 84 (90).

53 Vgl. auch Beck, JR 2009, 225 (230).

54 Vgl. Beck, in: Hilgendorf/Günther, Robotik und Gesetzgebung (2013), S. 255.

III. Art der Regulierung

Eine solche Regelung kann entweder punktuell erfolgen⁵⁵ oder durch ein einziges umfassendes Rechtsinstrument.

1. Der EU- Verordnungsentwurf über Künstliche Intelligenz⁵⁶

Den bisher am weitesten entwickelten Ansatz für die Regulierung von KI-Systemen stellt der Vorschlag für eine KI-Verordnung der EU-Kommission vom 21.04.2021 dar.

a) Inhalt

Der KI-Verordnungsentwurf (KI-VOE) gilt gemäß Art. 2 Abs. 1 lit. a-c KI-VOE für alle KI-Produkte die entweder in der EU verwendet, entwickelt oder in Verkehr gebracht werden. Auch gilt er für alle Anbieter und Nutzer von KI-Systemen in Drittländern, deren KI-Systeme Ergebnisse hervorbringen, die in der EU verwendet werden. Wichtig ist hierbei, dass sowohl Anbieter und Entwickler, aber auch gewerbliche Nutzer von KI-Systemen von der Verordnung in die Pflicht genommen werden.⁵⁷

Ein KI-System ist dabei in Art. 3 Nr. 1 KI-VOE definiert als: „eine Software, die mit einer oder mehreren der in Anhang I aufgeführten Techniken und Konzepte entwickelt worden ist und im Hinblick auf eine Reihe von Zielen, die vom Menschen festgelegt werden, Ergebnisse wie Inhalte, Vorhersagen, Empfehlungen oder Entscheidungen hervorbringen kann, die das Umfeld beeinflussen, mit dem sie interagieren“. Anhang I listet verschiedene Technologien auf, die allgemein als KI verstanden werden. Hierzu gehören: maschinelles Lernen (lit. a), logik- und wissensgestützte Programmierung (lit. b) sowie generell „statistische Ansätze“ (lit. c). Diese Definition ist bewusst weit gefasst und erlaubt technologieneutral⁵⁸ auch künftige Methoden der KI zu erfassen. Die entscheidende Differenzierung wird bei den Verwendungszwecken bzw. Praktiken getroffen.

Der Verordnungsentwurf unterscheidet in einem risikobasierten Ansatz⁵⁹ zwischen drei Arten von KI-Systemen. Erstens den „verbotenen“ KI-Systemen in Art. 5 KI-VOE, zweitens den „Hochrisiko-Systemen“ in Art. 6,7 KI-VOE und drittens den „sonstigen“ KI-Systemen, welche zwar nicht gesondert definiert werden, aber auf welche lediglich die Art. 52 ff. KI-VOE Anwendung finden.

(1) Verbotene KI-Systeme nach Art. 5 KI-VOE lassen sich in drei Gruppen einteilen. Erstens Systeme zur Verhaltensmanipulation. Es sind gem. Art. 5 Abs. 1 lit. a,b KI-VOE solche Systeme verboten die entweder unterschwellig, oder bei schutzbedürftigen Gruppen wie Kindern, das Verhalten des Betroffenen in einer Weise wesentlich beeinflussen, die geeignet ist diesem oder einem Dritten physischen oder psychischen Schaden zuzufügen. Dieses Verbot ist allerdings dadurch abgeschwächt, dass erstens die Verhaltensänderung erheblich sein muss⁶⁰ und zweitens dadurch, dass die KI genau zu diesem Zweck programmiert wurde.⁶¹

55 Vgl. zB. Borges, NJW 2018, 977 (982).

56 Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (Gesetz über künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union, COM(2021) 206 final, 21.4.2021.

57 Vgl. Bomhard/Merkle, RD 2021, 276 (278); Ebert/Spiecker gen. Döhmman, NVwZ 2021, 1188; Roos/Weitz, MMR 2021, 844 (846).

58 Vgl. Ebert/Spiecker gen. Döhmman, NVwZ 2021, 1188; ErwGr. Nr. 6 KI-VOE; Kritisch Bomhard/Merkle, RD 2021, 276 (277); Ebers/Hoch/Rosenkranz/Ruschmeier/Steinrötter, RD 2021, 528 (529).

59 Vgl. Bomhard/Merkle, RD 2021, 276 (279); Ebers/Hoch/Rosenkranz/Ruschmeier/Steinrötter, RD 2021, 528; Valta/Vasel, ZRP 2021, 142.

60 Bomhard/Merkle, RD 2021, 276 (279); Ebert/Spiecker gen. Döhmman, NVwZ 2021, 1188 (1189).

61 Vgl. ErwGr. Nr. 16 KI-VOE, wonach das System dazu „bestimmt“ sein muss

Zweitens sind in Art. 5 Abs. 1 lit. c KI-VOE Praktiken des „social-scoring“ verboten.⁶² Dies soll Zustände wie in Chinas Sozialkreditsystem dauerhaft verhindern.⁶³ Es ist demnach verboten (i) Daten außerhalb des Zwecks für welchen sie erzeugt wurden oder (ii) Daten ungerechtfertigt und unverhältnismäßig zu nutzen um Personen zu bewerten, einzustufen oder ihr Verhalten zu prognostizieren, wenn dies zu einer Schlechterstellung oder Benachteiligung aufgrund der Daten führt. Das Verbot gilt allerdings nur für Behörden. Private Akteure sind nicht erfasst.⁶⁴

Drittens ist gem. Art. 5 Abs. 1 lit. d KI-VOE die Verwendung biometrischer Echtzeit-Fernidentifizierungssysteme in öffentlich zugänglichen Räumen zu Strafverfolgungszwecken verboten.⁶⁵ Dieses Verbot wird allerdings erheblich eingeschränkt, zB. für die Suche nach vermissten Kindern oder Opfern von Straftaten, für die Verhinderung von Gefahren für Leib und Leben oder für die Aufspürung Täter schwerer Straftaten. Auch dürfen Mitgliedsstaaten noch weiterreichende Ausnahmen nach Art. 5 Abs. 4 KI-VOE einführen.

Wichtig ist auch zu beachten, dass bei allen verbotenen KI-Systemen lediglich das Inverkehrbringen, die Inbetriebnahme oder die Verwendung verboten ist. Die Entwicklung bleibt erlaubt.⁶⁶

(2) Der Schwerpunkt des Verordnungsentwurfs in Art. 6 bis Art. 51 KI-VOE liegt in der Einteilung und Regulierung von Hochrisiko-KI-Systemen.

Ein KI-System gilt als ein Hochrisikosystem, wenn es entweder nach Art. 6 Abs. 1 KI-VOE als Sicherheitskomponente eines in Anhang II genannten, bereits von der EU produktsicherheitsrechtlich regulierten, Produktes verwendet werden soll, oder selbst ein solches Produkt ist. Zusätzlich sind nach Art. 6 Abs. 2 i. V. m. Anhang III der KI-VOE solche KI als hochriskant einzustufen die in gewissen riskanten Bereichen Anwendung finden, wie beispielsweise: Biometrische Identifizierung und Kategorisierung, Bildung, kritische Infrastrukturen, Beschäftigung und Personalmanagement, Zugänglichkeit grundlegender Dienste und Leistungen, Migration und Asyl, Justiz und Demokratie sowie Strafverfolgung.⁶⁷ Hierbei zeigt sich ein teilweise sektorbasierter Regulierungsansatz der EU für die Einordnung.⁶⁸ Wobei es auch auf die zu erwartenden negativen Auswirkungen auf die EU-Grundrechte ankommt.⁶⁹

Für KI-Systeme, die als solche mit hohem Risiko eingestuft werden, muss das System selbst die Anforderungen der Art. 8 – 15 KI-VOE erfüllen. Die Anbieter und Nutzer dieser Systeme müssen zusätzlich den Anforderungen der Art. 16 ff. KI-VOE nachkommen.

Zu den Anforderungen an das System selbst gehören: Risiko-

das Verhalten zu beeinflussen, bzw. mit der „Absicht“ dies zu tun; Ebers/Hoch/Rosenkranz/Ruschmeier/Steinrötter, RD i 2021, 528 (530); *Valta/Vasel*, ZRP 2021, 142 (143).

62 Begründung KI-VOE Nr. 5.2.2; *Ebert/Spiecker gen. Döhmann*, NVwZ 2021, 1188 (1189).

63 *Ebert/Spiecker gen. Döhmann*, NVwZ 2021, 1188 (1189); *Valta/Vasel*, ZRP 2021, 142 (143).

64 Vgl. *Bomhard/Merkle*, RD i 2021, 276 (279); Ebers/Hoch/Rosenkranz/Ruschmeier/Steinrötter, RD i 2021, 528 (530).

65 Private Unternehmen sind ebenfalls nicht erfasst, vgl. *Valta/Vasel*, ZRP 2021, 142 (143).

66 Vgl. Art. 5 Abs. 1 KI-VOE; *Ebert/Spiecker gen. Döhmann*, NVwZ 2021, 1188 (1189).

67 Vgl. Anh. III Nr. 1-8 KI-VOE.

68 Vgl. *Bomhard/Merkle*, RD i 2021, 276 (281); *Ebert/Spiecker gen. Döhmann*, NVwZ 2021, 1188 (1190).

69 ErwGr. 28 - 30 und 32 KI-VOE; *Roos/Weitz*, MMR 2021, 844 (845).

managementsysteme (Art. 9 KI-VOE), Qualitätskontrollen für Training mit Datensätzen (Art. 10 KI-VOE), das Vorliegen einer technischen Dokumentation, bereits bevor das System in Betrieb genommen werden kann (Art. 11 KI-VOE), Integrierte Aufzeichnungsmechanismen sog. „logs“⁷⁰ (Art. 12 KI-VOE), Transparenz- und Anleitungspflichten für Nutzer (Art. 13 KI-VOE), eine menschliche Aufsicht erlaubende Programmierung (Art. 14 KI-VOE) und letztlich eine Entwicklung und Konzipierung, die ein „angemessenes Maß“ an Genauigkeit, Robustheit und Cybersicherheit gewährleistet (Art. 15 KI-VOE).

Die Anbieter dieser Systeme müssen darüber hinaus weitere umfangreiche Pflichten erfüllen.⁷¹ Hierzu gehören erstens die erforderlichen Maßnahmen, um die Einhaltung der Vorschriften der Art. 9 – 15 KI-VOE durch das KI-System selbst zu gewährleisten (Art. 16 Abs. 1 lit. a, 17 KI-VOE). Außerdem müssen Anbieter die weiteren Pflichten der Art. 16, 18 – 29 KI-VOE erfüllen: beispielsweise Konformitätsbewertungen nach Art. 43 KI-VOE vor dem Inverkehrbringen vornehmen (Art. 19 KI-VOE), Korrekturmaßnahmen bei Verdacht der Nichtkonformität mit der KI-VO (Art. 21 KI-VOE) sowie die Benachrichtigung von Behörden in Verdachtsfällen eines Risikos iSd. Art. 65 KI-VOE (Art. 22 KI-VOE). Zusätzlich wird eine generelle Zusammenarbeit mit den Behörden verlangt, um die Konformität des Systems überprüfen zu lassen (Art. 23 KI-VOE).

Auch Einführern, Händlern und Nutzern von Hochrisiko-KI-Systemen werden nach den Art. 26 – 29 KI-VOE erhöhte Pflichten im Vergleich zu Nicht-Hochrisiko-KI-Systemen auferlegt.

(3) Für alle KI-Systeme bestehen nach Art. 52 Abs. 1-3 KI-VOE Transparenzpflichten, unabhängig von ihrer Klassifizierung als Hochrisiko- oder Nicht-Hochrisiko-Systeme in den Bereichen Mensch-Maschinen-Interaktion, Emotionserkennung und biometrische Kategorisierung sowie Deep Fakes. Dies soll bewirken, dass in Bereichen, in denen effektive Kontrolle nur schwer möglich ist, dem Endnutzer zumindest Transparenz verschafft wird.⁷²

Die Einhaltung dieser Pflichten wird zwar größtenteils durch Selbstregulierung kontrolliert, jedoch legen die Art. 56 – 58 KI-VOE die Einrichtung eines Europäischen Ausschusses für künstliche Intelligenz fest, welcher die nationalen Behörden, die nach Art. 59 KI-VOE für die Durchsetzung der Verordnung gem. Art. 63 ff. KI-VOE zuständig sind,⁷³ berät und bei Umsetzung der KI-VO unterstützt.⁷⁴ Für Verstöße kann nach Art. 71 Abs. 3-5 KI-VOE ähnlich wie in der DS-GVO⁷⁵ ein Bußgeld von bis zu 30 Mio. € oder 6 % des weltweiten Jahresumsatzes eines Unternehmens je nach Art des Verstoßes verhängt werden.

Trotz der teils scharfen und einschränkenden Vorschriften werden in Art. 53, 54 KI-VOE auch sogenannte „Regulatory Sandboxes“ eingeführt, welche die Entwicklung von KI-Systemen in einem regulierten Umfeld begünstigen sollen. Hierzu sieht Art. 54 KI-VOE eine Erleichterung der Vorschriften der DS-GVO im Hinblick auf die Weiterverarbeitung personenbezogener Daten vor. Zusätzlich besteht gem. Art. 55 Abs. 1 KI-VOE eine Verpflichtung der Mitgliedsstaaten vornehmend Kleinanbietern (Start-Ups) den Zugang zu diesen Reallaboren zu erleichtern.

b) Vorteile

70 Vgl. *Bomhard/Merkle*, RD i 2021, 276 (280).

71 Vgl. *Roos/Weitz*, MMR 2021, 844 (846).

72 Vgl. *Ebert/Spiecker gen. Döhmann*, NVwZ 2021, 1188 (1191 f.).

73 Vgl. auch *Roos/Weitz*, MMR 2021, 844 (846).

74 Vgl. *Bomhard/Merkle*, RD i 2021, 276 (282).

75 Vgl. *Ebert/Spiecker gen. Döhmann*, NVwZ 2021, 1188 (1192).

Der erste Vorteil des KI-Verordnungsentwurfs besteht darin, dass er überhaupt existiert. Er stellt einen sorgfältig ausgearbeiteten Entwurf der EU zur Regelung von Problemen der KI dar. Eine solche Regelung ist im Hinblick auf die bereits dargestellten aktuellen technischen Entwicklungen längst überfällig. Die Initiative der EU, eine solche Regelung als weltweit erster Gesetzgeber zu entwerfen und anzustreben ist bereits ein großer Schritt.⁷⁶ Auch ist eine EU-Lösung, zumindest in Form eines Grundgerüsts sehr wertvoll, um in der gesamten EU einheitliche Grenzen und Möglichkeiten zu entwickeln.⁷⁷ Hierzu trägt auch die Vorschrift zum sachlichen Anwendungsbereich des Art. 2 Abs. 1 lit. c KI-VOE bei, der auch KI-Systeme in Drittländern in die Pflicht nimmt, wenn deren Ergebnisse in der EU genutzt werden. Ob dies in der Praxis jedoch funktioniert bleibt fraglich.⁷⁸

Einen weiteren Vorteil des Verordnungsentwurfs stellen die klaren Regelungen der verbotenen KI-Systeme in Art. 5 KI-VOE dar. Zwar sind die Verbote der Social-Scoring und verhaltensbeeinflussenden Systeme eher vage gefasst und bergen Risiken der Umgehung, jedoch zeigt die Auflistung in Art. 5 KI-VOE eine deutliche Grenze für KI-Systeme innerhalb der EU auf.⁷⁹

Weitere Vorteile stellen die Regelungen zur Anmeldung und konstanten Überwachung von KI-Systemen mit hohem Risiko dar. So können diese nur genutzt oder angeboten werden, wenn sie bereits bei Einführung gewisse Standards, wie zB. ein Risikomanagementsystem gem. Art. 9 KI-VOE einhalten, sowie während ihrer gesamten Nutzungsdauer überwacht werden. So müssen bspw. gemäß Art. 21 KI-VOE bei Verdacht der nachträglichen Verordnungswidrigkeit die Anbieter ihre Systeme korrigieren und anpassen sowie Risiken gem. Art. 22 KI-VOE den Behörden melden. Zur Kontrolle von Hochrisiko-KI-Systemen werden zudem Einführer, Händler sowie Nutzer nach den Art. 26-29 KI-VOE in die Pflicht genommen, um die Einhaltung der Standards der Verordnung zu garantieren.⁸⁰

Auch sieht Art. 11 KI-VOE eine Pflicht zur technischen Dokumentation vor. Diese stellt sicher, dass eine KI nachvollziehbar bleibt und Fehler, soweit technisch möglich und nicht wie im Falle von neural networks verdeckt, nachvollzogen werden können. Diese Regelung trägt erheblich zur Transparenz von KI-Systemen bei und stellt einen erheblichen Vorteil des Verordnungsentwurfs im Vergleich zur aktuellen Rechtslage dar.

Letztlich stellt auch die Einführung der „Regulatory Sandboxes“ in Art. 53, 54 KI-VOE einen Vorteil des Entwurfs dar. Es wird deutlich, dass nicht lediglich die KI-Entwicklung reguliert und ausgebremst werden soll, sondern auch die Weiterentwicklung und Förderung der Technologie in der EU angestrebt wird. Dies kann auch im internationalen Vergleich dafür sorgen, dass die EU nicht von anderen führenden Nationen wie den USA oder China in der KI-Technologie abgehängt wird.

c) Nachteile

Trotz aller Vorteile bestehen bezüglich des Verordnungsentwurfs zum aktuellen Zeitpunkt noch erhebliche Bedenken.

Erstens werden viele Vorschriften lediglich durch Selbstregulierung kontrolliert. Insbesondere die Konformitätsbewertung der

KI-Systeme mit hohem Risiko wird gem. Art. 19 Abs. 1 KI-VOE durch die Anbieter vorgenommen. In den allermeisten Fällen findet diese Bewertung ohne externe Kontrolle statt.⁸¹

Außerdem bleibt zu befürchten, dass die Anhänge II, III KI-VOE nicht ausreichend alle erdenklichen zukünftigen Möglichkeiten und Anwendungsbereiche von Hochrisiko-KI erfassen können.⁸² Viele ebenso gefährliche Anwendungsbereiche könnten durch die abschließende Aufzählung nicht als Hochrisiko-KI eingestuft werden.

Zusätzlich besteht für den von einem KI-System geschädigten Betroffenen keine neue Rechtsschutzmöglichkeit gegen den Anbieter oder Betreiber.⁸³ Es fehlen insbesondere Beweis- und Kausalitätserleichterungen die bei KI aufgrund der technischen Komplexität erforderlich wären.⁸⁴ Des Weiteren liegen in der KI-VOE viele Parallelen zur DS-GVO, wobei wichtige Instrumente dieser zur Rechtsdurchsetzung nicht übernommen wurden.⁸⁵

Auch bestehen bei den Regelungen des Art. 12, 13 KI-VOE technische Bedenken. Technische Aufzeichnungs- oder Transparenzpflichten können nur soweit greifen wie das KI-System logisch nachvollziehbar ist. Faktisch sind jedoch, wie im technischen Teil dargestellt, insbesondere neuronale Netze so komplex und nicht-linear, dass jegliche Dokumentation entweder unmöglich wäre oder nicht nachvollziehbar.⁸⁶

Letztlich sind viele Wertungen des Entwurfs schwer nachzuvollziehen. Zum Beispiel bleibt gem. Art. 5 Abs. 1 lit. d, Abs. 4 KI-VOE die Echtzeit-Gesichtserkennung für Private erlaubt, sowie auch für staatliche Behörden durch mitgliedstaatliche Genehmigung.⁸⁷ Auch werden gewisse Anwendungsbereiche von KI wie beispielsweise die Emotionserkennung insgesamt in der Verordnung vermisst.⁸⁸ Zudem bestehen für die Entwicklung und Nutzung von KI durch kleine Unternehmen und Start-Ups nur wenige Erleichterungen um den erheblich erhöhten Anforderungen der Richtlinie gerecht zu werden.⁸⁹ Es bleibt zwar die Hoffnung, dass durch klare Regulierung der KI-Entwicklungsstandort Europa ausgeweitet wird, jedoch ist wahrscheinlich, dass diese Regulierungen viele Start-Ups im Keim ersticken und Europa in diesem Feld noch weiter zurückfällt.⁹⁰

d) Fazit

Insgesamt stellt der KI-VOE einen vielversprechenden ersten Regulierungsansatz des komplexen Feldes von Künstlicher Intelligenz dar. Dieser erste Ansatz enthält noch erhebliche Mängel,

76 Vgl. ErwGr. Nr. 1- 5 KI-VOE; *Bomhard/Merkle*, RD i 2021, 276 (283); *Roos/Weitz*, MMR 2021, 844 (851).

77 Siehe ErwGr. Nr. 2, 5 KI-VOE; *Ebers*, RD i 2021, 588 (592).

78 So *Bomhard/Merkle*, RD i 2021, 276 (278).

79 Vgl. *Ebert/Spiecker gen. Döhmman*, NVwZ 2021, 1188 (1193).

80 Vgl. *Roos/Weitz*, MMR 2021, 844 (850).

81 Vgl. *Ebers/Hoch/Rosenkranz/Ruschmeier/Steinrötter*, RD i 2021, 528 (536); *Ebers*, RD i 2021, 588 (596); *Ebert/Spiecker gen. Döhmman*, NVwZ 2021, 1188 (1193).

82 Vgl. *EDSA/EDSB*, Gemeinsame Stellungnahme zum Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz, 5/2021, https://edps.europa.eu/system/files/2021-10/2021-06-18-edpb-edps_joint_opinion_ai_regulation_de.pdf, Rn. 19; *Roos/Weitz*, MMR 2021, 844 (845,851).

83 Vgl. *Bomhard/Merkle*, RD i 2021, 276 (283).

84 *Ebert/Spiecker gen. Döhmman*, NVwZ 2021, 1188 (1193); Vgl. *Bomhard/Merkle*, RD i 2021, 276 (283).

85 zB. Schadensersatz- und Lösungsansprüche aus Art. 17, 83 DS-GVO, Vgl. *Bomhard/Merkle*, RD i 2021, 276 (283); *Ebert/Spiecker gen. Döhmman*, NVwZ 2021, 1188 (1193); *Valta/Vasel*, ZRP 2021, 142 (145).

86 Vgl. *Bomhard/Merkle*, RD i 2021, 276 (280).

87 *Sarah Chander*, auf EDRI 21.04.2021, <https://edri.org/our-work/eus-ai-proposal-must-go-further-to-prevent-surveillance-and-discrimination/> (Abruf 12.01.2022); *Ebers/Hoch/Rosenkranz/Ruschmeier/Steinrötter*, RD i 2021, 528 (531); *Ebert/Spiecker gen. Döhmman*, NVwZ 2021, 1188 (1193).

88 Vgl. *Ebert/Spiecker gen. Döhmman*, NVwZ 2021, 1188 (1193).

89 Vgl. *Bomhard/Merkle*, RD i 2021, 276 (279); *Roos/Weitz*, MMR 2021, 844 (851); *Valta/Vasel*, ZRP 2021, 142 (142, 145).

90 Vgl. auch *Bomhard/Merkle*, RD i 2021, 276 (283); *Roos/Weitz*, MMR 2021, 844 (851); *Valta/Vasel*, ZRP 2021, 142 (144).

welche zwar teilweise durch eine präzisere Ausgestaltung einer finalen Verordnung behoben werden können, insgesamt liest sich jedoch der KI-VO-Entwurf zum jetzigen Stand noch mehr wie eine Wunschliste als ein praktisches Instrument zur Regulierung der KI.

Die größte Lücke besteht in dem, was die KI-VOE nicht regelt. Sie regelt die Produkthaftung und die öffentlich-rechtliche Verkaufs- und Betriebserlaubnis von KI-Systemen in der EU. Der privatrechtliche Bereich, also die Nutzung von KI zwischen Unternehmen oder natürlichen Personen wird nicht geregelt. Die KI-VOE kann zwar durch ihre öffentlich-rechtlichen Vorschriften⁹¹ Leitlinien für den zivilrechtlichen Einsatz von KI bereitstellen,⁹² eine unmittelbare zivilrechtliche Bindungswirkung entfalten sie jedoch nicht.⁹³ Der genaue Einsatz wird in der Praxis daher höchstwahrscheinlich durch Vertragsgestaltungen, Geschäftsbedingungen und etablierte Praktiken ausgestaltet werden. An dieser Stelle wäre ebenfalls gesetzgeberisches Handeln angezeigt, bevor sich die Praxis so festigt, dass eine Regulierung erheblich erschwert wird.

Für diese privatrechtlichen Regelungen bietet sich möglicherweise ein bereits seit langem in der Literatur diskutiertes Instrument an: die e-Person. Diese könnte zusätzlich zu einer KI-Verordnung die privatrechtliche Handhabung dieser Technologie erleichtern.

2. Diskussion der e-Person

Zur privatrechtlichen Handhabung von künstlicher Intelligenz wird das Konzept der Elektronischen Person (e-Person) für autonom agierende Systeme mit oder ohne Hardware-Komponenten (Roboter) diskutiert.⁹⁴

So hat das EU-Parlament bereits 2017 einen rechtlichen Status als elektronische Person für die „ausgeklügeltsten autonomen Roboter“ erwogen.⁹⁵ Diese Forderung wurde allerdings von der EU-Kommission nicht weiter ausgeführt und auch im KI-VO-Entwurf nicht adressiert.⁹⁶

Im Folgenden soll die Diskussion zur Schaffung einer e-Person kurz skizziert werden, um dann nach kritischer Bewertung Verbesserungsvorschläge zur tatsächlichen Ausgestaltung einer solchen darzulegen. Dabei soll lediglich auf die zivilrechtlich-praktischen Aspekte eingegangen werden, nicht auf ethisch/moralische oder grundrechtliche Aspekte.⁹⁷

a) Softwareagent

Im Rahmen der Diskussion um die e-Person wird auf den informationstechnischen Begriff des „Softwareagenten“ abgestellt.⁹⁸

Er bezeichnet ein nicht vollständig kontrollierbares Programm,⁹⁹ das im Kern selbst agieren kann,¹⁰⁰ wie unter „machine learning“ und „neural networks“ beschrieben.

In der Regel erfordert ein Softwareagent Sensoren zur Umweltwahrnehmung sowie eigene, frei definierbare Ausgabemöglichkeiten zur Kommunikation.¹⁰¹

b) Rechtliche Problemstellungen

Die e-Person, basierend auf dem Model des Softwareagenten, wird insbesondere zur Lösung der folgenden Probleme diskutiert.

aa) Aktuelle Vertragspraxis

In der Praxis werden Verträge bereits heute unter der Bedingung geschlossen, dass ein KI gestützter Prozess ein gewisses Ergebnis liefert.¹⁰² Ein Beispiel wäre eine Versicherung, die davon abhängt, ob ihr automatisches System den Versicherungsnehmer als vertrauenswürdig einstuft.¹⁰³ Hier schließt zwar nicht tatsächlich das System einen Vertrag, faktisch allerdings entscheidet das Programm über das „ob“ des Vertragsschlusses. Auch das „wie“ des Vertragsschlusses wird bereits in vielen Bereichen dank maschinellem Lernen optimiert. So wird beispielsweise bei Flugbuchungen „dynamic pricing“ angewendet,¹⁰⁴ wonach der Preis für das Flugticket von einer Reihe von Faktoren abhängt, und automatisch bzw. autonom bestimmt wird.¹⁰⁵

Dieser Umstand sollte durch Art. 22 DSGVO eingegrenzt werden. Dieser genügt in der Praxis allerdings nicht. Es finden sich Ausnahmen in Art. 22 Abs. 2 lit. a DSGVO, welche eine solche automatisierte oder autonome¹⁰⁶ KI-Entscheidung für vertrags erforderliche Zwecke erlaubt. Ebenfalls greift die Ausnahme des Art. 22 Abs. 2 lit. c DSGVO, welche bei ausdrücklicher Einwilligung, die zum Vertragsschluss regelmäßig erteilt wird, den Betroffenen von dem Schutz des Art. 22 DSGVO ausnimmt.

Es werden also aktuell schon viele Entscheidungen faktisch automatisch getroffen, ohne dass die dahinter agierenden Systeme als Vertragspartner auftreten,¹⁰⁷ bzw. in vielen Fällen nicht einmal wahrgenommen werden. Um diesem Problem zu begegnen sieht Art. 52 Abs. 1 des KI-VOE eine Informationspflicht vor. Ob diese ausreicht wird sich zeigen.

bb) Vertragliche Haftung

Nach aktuellem Vertragsrecht¹⁰⁸ wird bei Verletzung einer Vertragspflicht durch eine KI diese Verletzung nicht als rechtliche Handlung der KI selbst gewertet, da die KI nicht als rechtlich eigener „Gehilfe“ iSd. § 278 BGB angesehen werden kann. Eine Haftung für Fehlverhalten des Gehilfen greift nicht, sodass der

91 Roos/Weitz, MMR 2021, 844 (849 f.).

92 Vgl. Roos/Weitz, MMR 2021, 844 (849 f.).

93 Roos/Weitz, MMR 2021, 844 (850).

94 John, Haftung für künstliche Intelligenz (2007), S. 20 ff.; Mayinger, Die künstliche Person (2017), S. 15; Solum, legal Personhood for artificial Intelligence, 790 N.C.L. Review (1992); Solum, legal Personhood for artificial Intelligence, in: 790 N.C.L. Review (1992), S. 1231 ff.; Teubner, AcP 2018, 155; Wettig/Zehender, A legal Analysis of human and electronic Agents, in: Artificial Intelligence and Law 12 (2004), S. 112 ff.

95 EU-Parlament, Zivilrechtliche Regelungen im Bereich Robotik, 16.02.2017, Nr. 59(f); European Parliament's Committee on Legal Affairs/Bertolini, Artificial Intelligence and Civil Liability, 2020, S. 36 ff. (gegen die Schaffung einer e-Person).

96 Ebenfalls wurde der Gedanke im Rahmen des Entwurfs einer „EU-Verordnung über Haftung für den Betrieb von Systemen mit künstlicher Intelligenz“ 20.10.2020, 2020/2014(INL) des EU-Parlaments wieder verworfen.

97 Vgl. hierzu Schliesky, NJW 2019, 3692; Mayinger, Die künstliche Person (2017), S. 189 ff.

98 Mayinger, Die künstliche Person (2017), S. 15.

99 Vgl. Teubner, AcP 2018, 155 (156 f.).

100 Koops/Hildebrandt/Jaquet-Chiffelle, Bridging the Accountability Gap: Rights for New Entities in the Information Society?, in: Tilburg University Legal Studies Working Paper No. 017/2010, S. 506 ff.; Mayinger, Die künstliche Person (2017), S. 15.

101 Vgl. John, Haftung für künstliche Intelligenz (2007), S. 20; Kirn/Müller-Hengstenberg, MMR 2014, 225 (227 f.).

102 Bayern, in: Bärfield/Pagallo, Research Handbook on the Law of AI (2018), S. 147 f.

103 Vgl. Wettig/Zehender, The electronic Agent: A Legal Personality under German Law (2003), S. 3; Wettig/Zehender, A legal Analysis of human and electronic Agents, in: Artificial Intelligence and Law 12 (2004), S. 120 f.

104 Paal, GRUR 2019, 43 f.

105 Ebers, NZKart 2016, 554 ff.; Paal, GRUR 2019, 43 f.

106 Vgl. Martini, in: Paal/Pauly DS-GVO, 2. Aufl. (2018), Art. 22 Rn. 16; Spindler/Horváth, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. (2019), DS-GVO, Art. 22 Rn. 5.

107 Teubner, Elektronische Agenten und grosse Menschenaffen, in LBR Band 25 (2007), S. 11 f.

108 Vgl. Teubner, AcP 2018, 155, 158 f.

Geschäftsherr, welcher die KI einsetzt, lediglich für eine eigene schuldhaftige Pflichtverletzung nach §§ 280, 276 BGB haftet. Kann dieser allerdings nachweisen, dass er die KI sorgfaltsgetreu eingesetzt hat, ohne eine eigene Vertragspflicht zu verletzen, so kann er sich exkulpieren. Dies könnte dazu führen, dass die Gegenseite den Schaden selbst zu tragen hätte.¹⁰⁹

cc) Außervertragliche Haftung

Ähnliche Probleme können sich auch im Bereich der außervertraglichen Verschuldenshaftung ergeben.¹¹⁰ Auch hier kann es ohne eine eigene Rechtspersönlichkeit des eingesetzten, einen Schaden verursachenden, Programms, nur auf die Pflichtverletzung und das Verschulden der Beteiligten ankommen (Programmierer, Hersteller, Verwender).¹¹¹

Werden diese Pflichten nicht verletzt, so besteht auch hier keine Haftung.¹¹² Zwar werden die Sorgfaltspflichten der Beteiligten sehr ausgeweitet,¹¹³ jedoch kann selbst dies noch Lücken lassen.¹¹⁴ Gleichzeitig können so unangemessen hohe Sorgfaltspflichten für die Erstellung oder Verwendung von KI-Systemen entstehen.¹¹⁵ So wird bei einem Schaden, der auf eine Verbindung zwischen einem Menschen und einem entscheidungsfähigen Computer zurückzuführen ist, die schadensauslösende Handlung immer an einem Fehlverhalten des Menschen festgemacht. Die Möglichkeit eines Fehlers des Programmes aus sich selbst heraus wird nicht in Betracht gezogen.¹¹⁶

Ist es wirklich sinnvoll den Geschädigten im Rahmen des „allgemeinen“ Lebensrisikos für Schäden haften zu lassen, welche entstehen können, wenn neue KI-Technologien nicht mehr nachvollziehbar und damit unkontrollierbar sind, und nur noch ähnlich der Evolution per Trial-and-Error verbessert werden können?¹¹⁷

Im Falle einer Ausdehnung der Haftung jedoch wäre die Pflichtverletzung beim Betreiber dann schon in der Inbetriebnahme zu sehen.¹¹⁸ Dies würde innovationshemmend wirken, da die KI selbst bei höchster Sorgfalt des Betreibers nicht haftungsfrei angewendet werden könnte. Oder eine Anwendung würde nur nach einem „deep pocket“ Prinzip stattfinden.¹¹⁹

dd) Kausalität und Beweis

Auch bestehen Kausalitätsprobleme beim Einsatz von KI, insbesondere im Bereich von vernetzten Computern.¹²⁰ Gerade im Falle von intransparenten, tiefen neuronalen Netzwerken lässt sich eine Kausalität nicht mehr einem einzigen Computer oder

Beteiligten klar zuordnen.¹²¹ Solche Fehler bei vernetzten Machine-Learning Systemen können beispielsweise an Börsen Milliardenschäden in Sekunden verursachen.¹²²

Hinzu kommen Beweisprobleme.¹²³ Wie in Teil B gesehen, lassen sich vor allem neuronale Netze nicht mehr vollständig nachvollziehen, was eine Zuordnung des Fehlers zum Hersteller, Betreiber¹²⁴ oder auch zu fehlerhaftem Training¹²⁵ unmöglich macht. Die Folge wäre ebenfalls eine mögliche Schadenszuweisung an den Geschädigten im Sinne des o.g. allgemeinen Lebensrisikos, ohne dass diesem die Interaktion mit einer KI überhaupt bewusst war.

c) Kritik am Konzept der e-Person

Kritisiert wird dabei hauptsächlich, dass das Konzept der e-Person an der Realität vorbeigehe.¹²⁶ So handelt eine e-Person, bzw. eine KI nach technischer Realität nicht eigennützig, sondern abhängig von einer sie betreibenden, natürlichen oder juristischen, Person.¹²⁷ Es entstünde eine Principal-Agent Konstellation.¹²⁸ Ein uneigennützig handelnder Agent sollte nicht als eigenes Rechts-subjekt anerkannt werden.

Ein weiterer Kritikpunkt besteht in der „Vermenschlichung“ von Künstlicher Intelligenz.¹²⁹ So haben Experimente gezeigt, dass Menschen sich weigern humanoide Roboter gegen deren „Willen“ abzuschalten.¹³⁰ Diese Hemmungen würden im Falle einer eigenen Rechtsfähigkeit noch gesteigert werden.¹³¹ Auch besteht die Gefahr, dass diese Rechtsfähigkeit der e-Person eine Vermutung der generellen Rechtsfähigkeit erschaffen würde, welche dann auch Grundrechts-¹³² oder Arbeitnehmerschutz zur Folge hätte.¹³³

Der letzte wichtige Kritikpunkt ist, dass de lege lata nur natürliche Personen unmittelbar am Rechtsverkehr teilnehmen können, sei es im eigenen Namen oder als Vertreter von juristischen Personen oder Personenvereinigungen.¹³⁴

Kritik an der Erforderlichkeit einer solchen e-Person,¹³⁵ kann allerdings entgegengesetzt werden, dass die derzeitige Rechtssituation Problemstellungen nur noch anhand mühevoller Analogien lösen kann. Solche Analogien zu unpassenden Rechtsinstrumenten können das Rechtssystem insgesamt schwächen.¹³⁶ Auch der EU KI-Verordnungsentwurf adressiert die zivilrecht-

109 Grundmann, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. (2019), § 278 Rn. 46; Kirn/Müller-Hengstenberg, Intelligente (software-)Agenten: eine neue Herausforderung für die Gesellschaft und unser Rechtssystem, FZID Discussion Paper 86-2014, S. 16; Teubner, AcP 2018, 155 (158 f.).

110 Vgl. Teubner, AcP 2018, 155 (158 f.).

111 Vgl. Ibid.

112 Vgl. Gruber, in: Hilgendorf/Günther, Robotik und Gesetzgebung (2013), S. 126.

113 Hanisch, in: Hilgendorf/Günther, Robotik und Gesetzgebung (2013), S. 113; Janal, in: Gless/Seelmann, Intelligente Agenten und das Recht (2016).

114 Vgl. Gruber, in: Hilgendorf/Günther, Robotik und Gesetzgebung (2013), S. 151 f.

115 Vgl. Gruber, in: Hilgendorf/Günther, Robotik und Gesetzgebung (2013), S. 155.

116 Teubner, AcP 2018, 155 ff.

117 Vgl. Ibid., 176.

118 Vgl. Hanisch, in: Hilgendorf/Günther, Robotik und Gesetzgebung (2013), S. 112; Zech, in: Gless/Seelmann, Intelligente Agenten und das Recht (2016), S. 192 ff.

119 Hanisch, in: Hilgendorf/Günther, Robotik und Gesetzgebung (2013), S. 113, 118.

120 Vgl. Gruber, in: Beck, Jenseits von Mensch und Maschine (2012), S. 140 f.

121 Specker gen. Döhmann, CR 2016, 698 (700, 703); Zech ZfPW 2019, 198 (206 f.).

122 Kirn/Müller-Hengstenberg, MMR 2014, 225 (227).

123 Vgl. Zech, ZfPW 2019, 198 (217 f.).

124 Vgl. Beck, JR 2009, 225 (227).

125 Vgl. Hanisch, in: Hilgendorf/Günther, Robotik und Gesetzgebung (2013), S. 114 f.

126 Vgl. Schirmer, JZ 2016, 660 ff.; Teubner, AcP 2018, 155 (162 f.).

127 Vgl. Teubner, AcP 2018, 155 (162 f.).

128 Teubner, AcP 2018, 155 (162 f.); Wittig/Zehender, A legal Analysis of human and electronic Agents, in Artificial Intelligence and Law 12 (2004), S. 120 ff.

129 Vgl. Beck, in: Hilgendorf/Günther, Robotik und Gesetzgebung (2013), S. 242 ff.; Gruber, in: Beck, Jenseits von Mensch und Maschine, 1. Aufl. (2012), S. 155 f.

130 So eine Studie von Horstmann et al., Do a robot's social skills and its objection discourage interactants from switching the robot off?, PLoS ONE 13(7) (2018), <https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0201581> (Abruf am 28.11.21).

131 Schirmer, Digitale Rechtssubjekte? Ja, aber nur teilweise, in: Verfassungsblog, 03.10.2019.

132 Vgl. Koops/Hildebrandt/Jaquet-Chiffelle, Bridging the Accountability Gap: Rights for New Entities in the Information Society?, in: Tilburg University Legal Studies Working Paper Series No. 017/2010, S. 524 ff.

133 Schirmer, Digitale Rechtssubjekte? Ja, aber nur teilweise, in: Verfassungsblog, 03.10.2019.

134 Vgl. Mayinger, Die künstliche Person (2017), S. 189.

135 Specht/Herold, MMR 2018, 40 (43 f.).

136 Vgl. Turner, Robot Rules (2018), S. 186.

lichen Problematiken nicht und könnte höchstens mühsam als Auslegungshilfe herangezogen werden¹³⁷ ohne aber Rechtsklarheit zu schaffen.

IV. Orientierung am Gesellschaftsrecht

Die kontroverse Debatte um die e-Person wird nicht verstummen so lange versucht wird diese einer natürlichen Person anzugleichen. Somit kann sie sich nur am Modell juristischer Personen orientieren,¹³⁸ um trotzdem im Rechtsverkehr handeln¹³⁹ und haften zu können.¹⁴⁰

Schließlich müsste der Principal-Agent-Konstellation, welche aktuell in Bezug auf Künstliche Intelligenz besteht, Rechnung getragen werden.¹⁴¹

1. Parallelen zur juristischen Person

Das Wesen der juristischen Person hat zahlreiche Ansätze.¹⁴² Der passendste für diese Untersuchung ist jedoch der von Teubner,¹⁴³ nach welchem eine juristische Person eine Reihe von Mitteilungen bzw. Entscheidungsketten ist.¹⁴⁴ Es komme erstens darauf an, dass diese Kommunikationskette eine Selbstbeschreibung, also einen Zweck herstellt,¹⁴⁵ und zweitens, dass dieser Selbstbeschreibung die kollektiven Handlungen zugeschrieben werden.¹⁴⁶

Anhand dieser Kriterien könnte sich ebenfalls eine e-Person herleiten lassen. Hierfür werden im Folgenden die Parallelen der e-Person und der juristischen Person anhand der Kommunikationstheorie, anhand der zweckgebundenen Organisation und aus praktischer Sicht erforscht. Ebenfalls wird auf die Kritik der Vermenschlichung eingegangen, welche der juristischen Person schon vor 170 Jahren entgegenschlug.¹⁴⁷

a) Kommunikationstheorie

Die Theorie der Kommunikation lässt sich grundsätzlich auch auf leistungsfähige KI-Systeme anwenden, da diese aus mathematisch formalisierten Informationsflüssen bestehen. Solchen Informationsflüssen kann von der Gesellschaft Handlungsfähigkeit zugeschrieben werden.¹⁴⁸

So soll es im Fall der KI, wie auch der juristischen Person nicht darum gehen eine Menschengruppe zu repräsentieren,¹⁴⁹ oder eine KI als Mensch anzusehen, sondern lediglich darum, die Kommunikationsprozesse dieser KI als handlungsfähig zu betrachten.¹⁵⁰

Eine mögliche gesellschaftliche Stellung der KI als juristische Person könnte danach wie bei einem Unternehmen angenommen werden, wenn diese durch kommunikative Prozesse eine

Identität aufbauen kann.¹⁵¹ Dann kann durch die Anerkennung als Sozialsystem mit eigener Handlungsfähigkeit, diesem eine Rechtssubjektivität zugeschrieben werden.¹⁵² Jedoch müsste eine KI hierfür in der Lage sein zu kommunizieren.

b) Kommunikation

Nach Teubner sind Mitteilungen bzw. Informationsausgaben einer KI, welche als Reaktion auf menschliche Eingaben und Kommunikation mit der KI, erzeugt werden, eigene Kommunikationen der KI.¹⁵³ Jedoch ist die Kommunikation einseitig geprägt, insbesondere durch die mangelnde psychische Kompetenz von Maschinen.¹⁵⁴ Eine doppelte Kontingenz,¹⁵⁵ bei welcher ein Kommunikationsteilnehmer sein Verhalten von dem seines Gegenübers abhängig macht, lässt sich jedoch bereits in modernen Chat-Bots oder Sprachassistenten beobachten.¹⁵⁶

So lassen sich in der Informationstheorie für juristische wie elektronische Personen drei Kriterien für eine gewisse Autonomie festlegen. Erstens: Interaktion, zweitens: die Fähigkeit, aus sich selbst Zustandsänderungen herbeizuführen und drittens: eine Möglichkeit der Anpassung von Strategien für Entscheidungen.¹⁵⁷ All dies liegt in den technischen Möglichkeiten eines neuronalen Netzes,¹⁵⁸ sowie komplexer maschinenlernender Algorithmen.

Um dies für den Rechtsverkehr umzusetzen, plädiert Teubner mithilfe seiner Theorie der juristischen Person für eine Unterscheidung von Autonomie anhand von „artificial communication“.¹⁵⁹ So ist eine Handlung autonom, wenn sie selbst bzw. die Kommunikation,¹⁶⁰ sinnvollerweise von der Gemeinschaft der KI an Stelle der dahinterstehenden natürlichen Person, zugeordnet werden kann.¹⁶¹

c) Die zweckgebundene Organisation

Es ist für die Gründung einer juristischen Person allgemein anerkannt, dass nach der Lehre der zweckgebundenen Organisation,¹⁶² diese eine Handlungsorganisation, einen Haftungsverbund und eine Identitätsausstattung benötigt.¹⁶³

An jenen Kriterien sollte sich auch eine potentielle e-Person orientieren. Insbesondere die Identitätsausstattung ist zur Etablierung einer subjektiven Existenz, als Unterscheidung von ande-

¹³⁷ Vgl. *Roos/Weitz*, MMR 2021, 844 (849 f.).

¹³⁸ Vgl. *Turner*, Robot Rules (2018), S. 179; *Teubner*, AcP 2018, 155 (160 ff.).

¹³⁹ Vgl. *Hilgendorf*, in: Beck, Jenseits von Mensch und Maschine, 1. Aufl. (2012), S. 125 ff.

¹⁴⁰ Vgl. *Wettig/Zehnder* The electronic Agent: A Legal Personality under German Law? (2003), S. 9.

¹⁴¹ Vgl. *Wettig/Zehender*, A legal Analysis of human and electronic Agents, in: Artificial Intelligence and Law 12 (2004), S. 111 ff.; *Gruber*, in: Hilgendorf/Günther, Robotik und Gesetzgebung, S. 144 f.; *Teubner*, AcP 2018, 155 (162 f.)

¹⁴² *Raiser* AcP 199 (1999), 104 (122).

¹⁴³ Vgl. *Teuber*, KritV 1987, 61 (63 f.); *Teubner*, AcP 2018, 155 (165 f.).

¹⁴⁴ *Teuber*, KritV 1987, 61 (67 ff.); *Teubner*, AcP 2018, 155 (165).

¹⁴⁵ Vgl. *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 2 (1840), § 86, S. 243; *Teuber*, KritV 1987, 61 (73).

¹⁴⁶ *Teubner*, AcP 2018, 155 (166); *Teuber*, KritV 1987, 61 (69 f., 73).

¹⁴⁷ Vgl. *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 2 (1840), § 86, S. 238 ff., die „moralische Person“.

¹⁴⁸ *Teubner*, AcP 2018, 155 (166).

¹⁴⁹ Vgl. *Teubner*, Elektronische Agenten und grosse Menschenaffen, in: LBR Band 25 (2007), S. 5.

¹⁵⁰ *Teubner*, AcP 2018, 155 (166).

¹⁵¹ Vgl. *Gruber*, in: Beck, Jenseits von Mensch und Maschine (2012), S. 149; *Teubner*, AcP 2018, 155 (168); *Teubner*, Elektronische Agenten und grosse Menschenaffen, in: LBR Band 25 (2007), S. 4 f.

¹⁵² *Teubner*, Elektronische Agenten und grosse Menschenaffen, in: LBR Band 25 (2007), S. 5.

¹⁵³ *Teubner*, AcP 2018, 155 (167).

¹⁵⁴ Vgl. *Teubner*, AcP 2018, 155 (167); *Wettig/Zehender*, A legal Analysis of human and electronic Agents, in: Artificial Intelligence and Law 12 (2004), 111 (117 f.).

¹⁵⁵ Vgl. *Teubner*, Elektronische Agenten und grosse Menschenaffen, in: LBR Band 25 (2007), S. 6.

¹⁵⁶ *Harth/Lorenz*, Systemtheoretische Überlegungen zu einer Soziologie des Algorithmus, in: Kommunikation @ Gesellschaft 18 (2017), ▶ <https://www.ssoar.info/ssoar/handle/document/51502> (Abruf am 28.11.21), S. 1 ff.

¹⁵⁷ Vgl. *Florida*, in: Anderson/Anderson, Machine Ethics (2011), S. 193 ff.; *Teubner*, AcP 2018, 155 (169 f.).

¹⁵⁸ Vgl. *Zech*, in: Gless/Seelmann, Intelligente Agenten und das Recht (2016), S. 170 f.

¹⁵⁹ *Teubner*, AcP 2018, 155 (172).

¹⁶⁰ Vgl. *Teubner*, KritV 1987, 61 (68 f.); *Wettig/Zehender*, A legal Analysis of human and electronic Agents, in: Artificial Intelligence and Law 12 (2004), 111 (117 f.).

¹⁶¹ Vgl. *Teubner*, KritV 1987, 61 (73 ff.).

¹⁶² *Scheyhing*, AcP 158 (1959/60), 503 (519 ff.); *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 2 (1840), § 86, S. 243.; *Teubner*, AcP 2018, 155 (200 f.).

¹⁶³ Vgl. *Erhardt/Mona*, in: Gless/Seelmann, Intelligente Agenten und das Recht (2016), S. 84; *Mayinger*, Die künstliche Person (2017), S. 187; *Reuter*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. (2012), vor § 21 Rn. 2.

ren Rechtsträgern erforderlich.¹⁶⁴ Auch dient sie der öffentlichen Wahrnehmbarkeit und stellt für potentielle Geschäftspartner eine Vertrauensbasis dar.¹⁶⁵ Eine solche Abgrenzung ist, je nach Ausgestaltung, auch für eine KI denkbar. Auf die anderen Aspekte wird im Zuge der genauen Ausgestaltung eingegangen.

Insgesamt könnte eine KI jedoch grundsätzlich ebenfalls als rechtsfähig betrachtet werden.

d) Praktischer Nutzen

Eine solche Rechtsfähigkeit hätte ebenso praktischen Nutzen. So bedienen sich Menschen der juristischen Personen, um wirtschaftliche Entscheidungen mit möglicherweise schwerwiegenden Folgen (wie die Privatinsolvenz, bei fehlgeschlagener Geschäftsidee) abzumildern,¹⁶⁶ oder eine weitere Instanz dazwischen zu kreieren, welche die Verantwortung für diese Entscheidung trägt.¹⁶⁷ Als Beispiel einer solchen Zwischeninstanz dient die GmbH. Um riskante Entscheidungen auszulagern, würde sich ebenfalls eine fortschrittliche KI eignen. Auch diese kann aufgrund von großen Datenmengen Entscheidungen wahrscheinlich besser als ein Mensch treffen.¹⁶⁸ Um dies jedoch anzuerkennen, müsste die KI selbst haften.

Hierin besteht die Neuheit des Konzepts der e-Person. Der „Sprung ins Dunkle“ bezüglich ungewisser Entscheidungen könnte auch Maschinen anvertraut werden.¹⁶⁹ Diese Entscheidungen werden auch bereits aktuell, wie oben gezeigt, oft von Maschinen getroffen, jedoch fehlt die rechtliche Anerkennung hierfür.

Auch aus rein praktischer Perspektive erlaubt die Rechtsordnung einem einzelnen Gründer einer juristischen Person jegliche Haftung für unternehmerische Aktivitäten auf diese abzuwälzen.¹⁷⁰ Vorausgesetzt eine Haftungssumme besteht.¹⁷¹ Eine e-Person könnte das Risiko der selbstentscheidenden KI so von ihrem Betreiber fernhalten. Teilweise wird argumentiert, dass dies noch wichtiger sei als der Schutz durch eine juristische Person, da bei einer juristischen Person immer noch eine kontrollierbare menschliche Entscheidung hinter jeder Handlung steht. Bei einer KI gerade nicht.¹⁷²

e) Begegnung möglicher Kritik

Natürliche Personen sind voraussetzungslos Rechtssubjekte allein durch das „Menschsein“.¹⁷³ Juristische Personen erlangen ihre Rechtssubjektivität erst durch rechtspositivistische Etablierung des Gesetzgebers,¹⁷⁴ sowie durch Einhaltung von Gründungsvoraussetzungen. In diese Richtung muss sich die ePerson ebenfalls orientieren.¹⁷⁵ Eine voraussetzungslose Anerkennung passt weder aus ethischen und grundrechtlichen Gesichtspunkten,¹⁷⁶ noch aus praktischer Sicht.¹⁷⁷ Gewisse Voraussetzungen müssen

bestehen.

Somit wäre festzustellen, dass die KI nicht voraussetzungslos einen rechtlichen Status erhalten würde.¹⁷⁸ Auch stellt eine eigene, von der natürlichen Person abgegrenzte e-Person ein geringeres Risiko der Vermenschlichung dar, als eine Reihe von Analogien zu Vorschriften, welche ausschließlich auf natürliche Personen zugeschnitten sind.¹⁷⁹

Rechtlich besteht auch bereits die Möglichkeit der Anerkennung zuvor nicht rechtsfähiger Vereinigungen. Zwar muss für die e-Person noch eine neue Rechtsform geschaffen werden, jedoch im Kern geht es um die Anerkennung zuvor nicht-rechtsfähiger Akteure.¹⁸⁰ Dies ist bereits wiederholt geschehen, beispielsweise für den nicht-rechtsfähigen Verein, oder die BGB Gesellschaft.¹⁸¹

Gegen die Schaffung einer e-Person analog einer juristischen Person bestehen also keine Bedenken.¹⁸²

f) Zwischenfazit

Insgesamt ist damit die Schaffung einer e-Person analog einer juristischen Person nach Teubners Kriterien des Zwecks, der Kommunikation und der Zuschreibung von kollektiven Handlungen möglich. Auch wäre diese aus denselben praktischen Gründen sinnvoll, die zur Etablierung einer juristischen Person führen. Die möglichen Bedenken, wie Vermenschlichung oder die neue Schaffung von Rechtsfähigkeit, werden ebenfalls ausgeräumt.

Somit bleibt nur noch zu erörtern welche Art der KI sich für eine solche e-Person eignen würde, sowie die genaue Ausgestaltung dieser.

2. Als e-Person geeignete KI

Bisher wird die Diskussion der e-Person anhand einer Untergruppe der KI, des „Softwareagenten“ geführt,¹⁸³ da dies die hauptsächlichste Erscheinungsform von KI-Anwendungen im Recht ist. Der Softwareagent zeichnet sich insbesondere durch „autonome“ Verhaltensweisen aus.¹⁸⁴ Das Kriterium autonom ist zwar passend, jedoch sehr unzuverlässig. Erstens ist es unpräzise:¹⁸⁵ so kann unter den Begriff „autonom“ bereits der Schach-Computer aus 1980 fallen, dieser agiert auch „selbstständig“. Zweitens ist es eine Übertragung von menschlichem Verhalten auf Maschinen, wobei eine Argumentation der „Ähnlichkeit“ aufgrund der grundsätzlich verschiedenen Ansätze unpassend ist.¹⁸⁶

Es werden außerdem zahlreiche andere Kriterien für die Anwendbarkeit bzw. die Abgrenzung von „Autonomie“ diskutiert, wie „rationales Handeln“¹⁸⁷ oder „selbstständiges Lernen“.¹⁸⁸ Eben-

liche Intelligenz (2007), S. 375.

178 Vgl. Schirmer, Digitale Rechtssubjekte? Ja, aber nur teilweise, in: Verfassungsblog, 03.10.2019.

179 Vgl. Beck, in Hilgendorf/Günther, Robotik und Gesetzgebung (2013), S. 239; John, Haftung für künstliche Intelligenz (2007), S. 394; Kritisch Gruber, in: Beck, Jenseits von Mensch und Maschine, 1. Aufl. (2012), S. 136.

180 Vgl. Teubner, AcP 2018, 155 (182 f.); Erhardt/Mona, in: Gless/Seelmann, Intelligente Agenten und das Recht (2016), S. 83 f.

181 BGH NJW 2001, 1056.

182 Vgl. iE. Wettig/Zehender, A legal Analysis of human and electronic Agents, in Artificial Intelligence and Law 12 (2004), 111 (128).

183 Vgl. John, Haftung für künstliche Intelligenz (2007), S. 15 ff.; Mayinger, Die künstliche Person (2017), S. 13 ff.; Teubner, AcP 2018, 155 ff.

184 Kirn/Müller-Hengstenberg, MMR 2014, 225 (226); Wettig/Zehender, The electronic Agent: A Legal Personality under German Law? (2003), S. 1.

185 Corneliu, MMR 2002, 353 ff.; John, Haftung für künstliche Intelligenz (2007), S. 15; Kirn/Müller-Hengstenberg, MMR 2014, 225 (226).

186 Vgl. Beck, in: Hilgendorf/Günther, Robotik und Gesetzgebung, S. 253.

187 Vgl. Dennett, Intentional Systems Theory (2009), S. 2, <https://ase.tufts.edu/cogstud/dennett/papers/intentionalsystems.pdf> (Abruf 28.11.2021).

188 Vgl. John, Haftung für künstliche Intelligenz (2007), S. 42; Teubner, AcP 2018, 155 (172 ff.).

164 Vgl. Mayinger, Die künstliche Person (2017), S. 179 ff., 187.

165 Vgl. Ibid., S. 187.

166 Vgl. Möslin, in: Barfield/Pagallo, Research Handbook on the Law of AI (2018), S. 654 ff.

167 Vgl. Beuthin, JZ 2011, 124 (128 f.).

168 Möslin, in Barfield/Pagallo, Research Handbook on the Law of AI (2018), S. 656.

169 Vgl. Teubner, AcP 2018, 155 (176).

170 John, Haftung für künstliche Intelligenz (2007), S. 376 ff.

171 Turner, Robot Rules (2018), S. 187.

172 Vgl. Turner, Robot Rules (2018), S. 188.

173 Vgl. Kannowski, in: Staudinger BGB-Großkommentar (2018), § 1 Rn. 1; Spickhoff, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. (2021), § 1 Rn. 13 f.

174 Vgl. Beck, in: Hilgendorf/Günther, Robotik und Gesetzgebung (2013), S. 246 f.

175 Mayinger, Die künstliche Person (2017), S. 176.

176 Schliesky, NJW 2019, 3692 (3692 ff.).

177 Vgl. Mayinger, Die künstliche Person (2017), S. 186; John, Haftung für künst-

falls wird auf das Entscheiden unter Ungewissheit abgestellt.¹⁸⁹ Es macht zwar einen Unterschied, ob das System lediglich ein klar definiertes Problem lösen soll, oder ohne vollständige Informationen eine Entscheidung treffen kann. Jedoch müsste auch dieses Kriterium im Einzelfall vor Gericht unter Heranziehung von technischen Experten definiert werden.

Um also das Kriterium der Autonomie sinnvoll auszugestalten,¹⁹⁰ müsste ein Programmierer das Verhalten des Softwareagenten weder ex post erklären, noch ex ante voraussagen können, sondern lediglich nachträglich korrigieren.¹⁹¹

Dieses Kriterium muss allerdings objektifiziert werden. So müsste anhand von Rechenleistung und Eigenschaften unterschieden werden. Anhand dieser Eigenschaften kann sich auch rechtstheoretisch ein Status ableiten,¹⁹² welcher auf den tatsächlichen Eigenschaften beruht.¹⁹³ So wäre bei einfachen Algorithmen, welche keinesfalls vollständig autonom agieren können, eine Klassifikation als eigene Rechtspersönlichkeit nicht nur sinnlos, sondern auch unerwünscht.

Es könnte an die Art der Technologie und deren Rechenleistung angeknüpft werden, d.h. nur tiefe neuronale Netze, oder andere machine-learning Algorithmen, welche eine vergleichbare Rechenleistung besitzen,¹⁹⁴ zu erfassen, (oder technischer: deep learning neural networks mit zB. mindestens 10⁸ Neuronen und ähnliche Algorithmen) welche generell als nicht mehr vom Menschen kontrollierbar eingestuft werden. Eine solche Vermutung müsste aber im Einzelfall widerlegbar sein.

Fraglich bleibt, ob eine KI für eine Gründung gewisse Sicherheitsstandards einhalten müsste.¹⁹⁵ Gerade um Vertragspartner und andere Akteure im Rechtsverkehr zu schützen wäre dies von Vorteil.¹⁹⁶

In diesem Bereich stellt der KI-Verordnungsentwurf bereits einen entscheidenden Vorteil dar. Durch ihn werden zukünftig voraussichtlich klare Regeln für die Nutzung und Veräußerung von KI-Systemen in der EU gelten. Eine CE-Zertifizierung bei KI-Systemen gem. Art. 49 KI-VOE kann in der gesamten Union das Vertrauen in sichere KI-Systeme erhöhen. Nur solche würden voraussichtlich im Rechtsverkehr genug Vertrauen erzeugen, um als e-Person zugelassen zu werden. Jedoch müssen, wie dargestellt, für die Tauglichkeit als e-Person noch weitere Komplexitätsanforderungen neben der CE-Zertifizierung vorausgesetzt werden, um diesen Status nicht für sehr einfach nachvollziehbare Systeme zu gebrauchen.

3. Ausgestaltung der e-Person

Somit sollte die e-Person auf einem gesellschaftsrechtlichen Konstrukt basieren, sowie technisch auf einem objektifizierten Softwareagenten (d.h. mindestens 10⁸ Neuronen). Im Folgenden wird daher eine konkrete Ausgestaltung erläutert.

Wie schon von Teubner angedacht, könnte ein Mensch-Maschinen, bzw. Mensch-Programm Hybrid eine sinnvolle Lösung für

189 Teubner, AcP 2018, 155 (174 ff.).

190 Vgl. Teubner, AcP 2018, 155 (174 f.).

191 Teubner, AcP 2018, 155 (174 f.).

192 Vgl. Beck, in: Hilgendorf/Günther, Robotik und Gesetzgebung (2013), S. 248 f.

193 Beck, in: Hilgendorf/Günther, Robotik und Gesetzgebung (2013), S. 248

194 Vgl. Koops/Hildebrandt/Jaquet-Chiffelle, Bridging the Accountability Gap: Rights for New Entities in the Information Society?, in: Tilburg University Legal Studies Working Paper Series No. 017/2010, S. 551.

195 Befürwortend John, Haftung für künstliche Intelligenz (2007), S. 397.

196 Vgl. Mayinger, Die künstliche Person (2017), S. 247.

die Problematik der KI, bzw. deren logische Folgen sein.¹⁹⁷ Während Teubner jedoch diesen Verbund nur als „Verbundzweck“ für gemeinsames Handeln sieht,¹⁹⁸ könnte durch eine rechtliche Kodifizierung dieses Verbunds eine Reihe weiterer Probleme adressiert werden.

a) Art der Rechtsfähigkeit

Es werden zwei mögliche Arten der Rechtsfähigkeit für Softwareagenten vertreten. Einerseits eine volle Rechtsfähigkeit, mit welcher ein autonomes System eigenständig im Rechtsverkehr teilnehmen kann, unterstützt durch eigenes Vermögen, sowie Rechte und Pflichten.¹⁹⁹ Auf der anderen Seite wird ein Konzept der Teil-Rechtsfähigkeit²⁰⁰ vorgeschlagen, welches besagt, dass eine KI aufgrund ihrer technischen Möglichkeiten stets von einem Menschen abhängig sein wird. Hier werden Regelungen anhand des Stellvertretungsrechts herangezogen,²⁰¹ ergänzt mit Vorschlägen analog der Stellung eines Erfüllungsgehilfen (für haftungstechnische Probleme)²⁰² oder Besitzdieners.²⁰³

Dieser Beitrag plädiert hingegen für eine Hybridlösung zwischen Mensch und KI, ähnlich wie es Latour²⁰⁴ philosophisch überlegt hatte. So könnte der KI eine Stellung ähnlich des „Aktanten“²⁰⁵ gewährt werden, jedoch innerhalb eines Hybrids, welches eine juristische, rechtsfähige e-Person bildet.²⁰⁶ Dieses Hybrid aus Mensch und KI würde durch das Handeln der KI verpflichtet. Dies erlaubt die Möglichkeit, dass zwar grundsätzlich eine KI nie eigenverantwortlich handelt, sondern zumindest mittelbar immer für den Betreiber, während gleichzeitig der Betreiber nicht unmittelbar haften müsste, sondern das Hybrid. Sodass nicht die KI selbst mit einer Haftungssumme ausgestaltet werden müsste.

Dies würde zu einer Teilrechtsfähigkeit²⁰⁷ der KI unmittelbar führen, aber zu einer vollen Rechtsfähigkeit des neu geschaffenen Hybrids, welches von der KI im Rechtsverkehr vertreten wird. Nur durch einen solchen konstitutiven Publizitätsakt kann überhaupt erst begonnen werden die Technologie der KI im Recht transparent und kontrolliert anzuwenden.²⁰⁸

Würde, wie bei einer teilrechtsfähigen Personengesellschaft, ein Publizitätsakt lediglich deklaratorisch vorgenommen, wäre eine Rechtsunsicherheit nicht zu vermeiden, da nicht-Eingetragene teilrechtsfähige KI's in der Lage wären, Rechtsgeschäfte zu schließen. Hiergegen ist auch kein Argument, dass die bloße Teilrechtsfähigkeit einer e-Person bzw. einer KI ebenfalls anhand juristischer Personen konstruiert werden könnte, und dies die „mildere“ Alternative sei.²⁰⁹

197 Teubner, AcP 2018, 155 (200); Teubner, Elektronische Agenten und grosse Menschenaffen, in: LBR Band 25 (2007), S. 14 f.

198 Teubner, AcP 2018, 155 (200 f.).

199 Vgl. Mayinger, Die künstliche Person (2017), S. 238 f.

200 Vgl. Gruber, in: Beck, Jenseits von Mensch und Maschine, 1. Aufl. (2012) S. 138 ff.

201 Vgl. Schirmer, Digitale Rechtssubjekte? Ja, aber nur teilweise, in: Verfassungsblog, 03.10.2019; Specht/Herold, MMR 2018, 40 (43 f.); Teubner, AcP 2018, 155 (182 ff.).

202 Vgl. Teubner, AcP 2018, 155 (186 f.).

203 Schirmer, Digitale Rechtssubjekte? Ja, aber nur teilweise, in: Verfassungsblog, 03.10.2019.

204 Latour, Das Parlament der Dinge, 1. Aufl. (2010), S. 104, 109 f.

205 Teubner, Elektronische Agenten und grosse Menschenaffen, in: LBR Band 25 (2007), S. 13.

206 Vgl. Ähnlich Teubner, Elektronische Agenten und grosse Menschenaffen, in: LBR Band 25 (2007), S. 16.

207 Vgl. Gruber, in: Beck, Jenseits von Mensch und Maschine, 1. Aufl. (2012) S. 155 f.; Rühlicke, ZWE 2007, 261 (262 f.); Teubner, AcP 2018, 155 (177 f.); Wenzel, ZWE 2006, 462.

208 Vgl. Mayinger, Die künstliche Person (2017), S. 181, 185.

209 Vgl. Ibid., S. 185.

Eine konstitutive Eintragung ist aus Transparenzgründen unumgänglich. Die volle Rechtsfähigkeit des Hybrids wird dadurch abgemildert, dass die KI dieses lediglich in bestimmten Bereichen vertreten kann. Dies würde auch den rechtsdogmatischen Bruch einer selbständigen Rechtsfähigkeit der KI vermeiden.²¹⁰

b) Ausgestaltung des Hybrids

aa) Gründungsvertrag und Register

Als erstes müsste ähnlich eines Gesellschaftsvertrages ein ePersonen Gründungsvertrag vorliegen. Hierfür wäre eine natürliche oder juristische Person erforderlich. Eine Orientierung könnte das GmbHG oder das AktG geben.²¹¹ Hauptbestandteile wären Name und Sitz der e-Person, der Gegenstand, also die Bezeichnung und Beschreibung der KI, sowie den Einsatzzweck. Verstößt dieser allerdings gegen gesetzliche Vorschriften oder die guten Sitten²¹² wäre dieser rechtswidrig und der e-Person Gründungsvertrag nichtig. Des Weiteren ist die Höhe des Stammkapitals und die beteiligten Betreiber zu nennen, sowie der Geschäftsführer, falls dieser vom Betreiber abweicht. Für die Form ist analog des Gesellschaftsvertrages ebenfalls eine notarielle Beurkundung zu empfehlen. Der wichtigste Unterschied ist dabei, dass die KI beim Vertragsschluss noch nicht rechtsfähig ist und somit in diesem Vertrag noch als Vertragsgegenstand und nicht als Vertragspartner behandelt wird.

Dazu wäre eine Eintragung in ein besonderes öffentliches ePersonen Register²¹³ konstitutionell.²¹⁴ Dies könnte sich am Vorbild des § 11 GmbHG orientieren,²¹⁵ Was bedeutet, dass jegliche Handlungen der KI vor der Eintragung im Namen des Betreibers persönlich ausgeführt würden. Ein solches Register würde Transparenz und Verkehrsschutz schaffen.²¹⁶ Dies zeigt sich am Konzept des Handelsregisters.²¹⁷ Es besteht, um den tatsächlichen menschlichen Verantwortlichen hinter einer nichtmenschlichen juristischen Person des Rechtsverkehrs, wie der AG oder GmbH, zu identifizieren und einem potenziellen Geschäftspartner eine Einschätzung zu ermöglichen.²¹⁸ Dieser Gedanke kann auch auf Handlungen einer KI angewendet werden.²¹⁹ Durch diese „Publizität“ kann das öffentliche Vertrauen in solche Systeme erhöht werden.²²⁰

Hierfür müsste das Register so viele Informationen wie vernünftigerweise möglich enthalten. Als erstes eine Identifikation der KI, und den Namen unter welcher die e-Person auftreten würde. Daneben noch das Datum der Registrierung, ab welchem die KI im Namen der e-Person am Rechtsverkehr teilnehmen kann. Dazu kommt die Haftungssumme, sowie die natürlichen oder juristischen Personen, welche als Betreiber der KI einzutragen sind, und welche den Einsatz der KI überwachen, sowie die Erlöse aus den Aktivitäten der e-Person abschöpfen. Eine Beschreibung

der KI und der Anwendungsbereich bzw. Zweck dieser (analog § 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG), wie auch eine grobe Beschreibung der Funktionsweise der KI im Register wären von Vorteil. Dieser Zweck müsste ebenfalls in die KI einprogrammiert werden, und überprüfbar auslesbar sein.²²¹

Dadurch kann deutlich gemacht werden, dass ein reputabler Vertragspartner existiert.²²² Hinzu kommt, dass durch eine eigene Bezeichnung der e-Person dem Vertragspartner die Interaktion mit einer KI klar signalisiert wird.

Letztlich müssten im Register noch etwaige Schäden, welche durch die KI entstanden sind oder bisherige Fehlfunktionen aufgenommen werden, sowie Änderungen und Updates, sonst könnte ein Programm als neu und unbelastet eingetragen sein, jedoch in Wirklichkeit nach einigen Jahren Einsatz und möglichen Veränderungen ein tausendfaches an Schädigungs- und Fehlerpotenzial haben.

Das Register müsste, um den hier gestellten, hohen Anforderungen praktisch gerecht zu werden, in elektronischer Form geführt werden.²²³

Ein solcher Ansatz eines KI-Registers verfolgt auch die EU im Entwurf über die KI-Verordnung in Art. 60 i. V. m. Art. 51 der KI-VOE. Der Anhang VIII der KI-VOE enthält ebenfalls bereits Registrierungspflichten bzgl. Anbieter und den Identifikationsmerkmalen der KI sowie bezüglich Beschreibungen und Betriebsstatus. Darüber hinaus werden noch zusätzliche Bescheinigungen, die nach dem KI-VOE erforderlich sind zur Eintragung benötigt. Dieses europäische KI-Register könnte ein „e-Personen Register“ ersetzen, müsste allerdings noch umfassender werden.²²⁴

bb) Name

Als Bezeichnung könnte KI-mbH in Betracht kommen, es zeigt deutlich, dass es sich um eine künstliche, nicht-menschliche Intelligenz handelt und ebenfalls dass die Haftung des Systems beschränkt ist.

Die tatsächliche Ausgestaltung des Hybrids selbst stellt sich allerdings schwieriger dar. Jedenfalls muss die „KI-mbH“ aus einer Künstlichen Intelligenz und mindestens einer natürlichen oder Juristischen Person bestehen.

Denselben Zweck strebt auch bereits die EU in Art. 52 Abs. 1 des KI-VO-Entwurfs an. Hiernach müssen KI-Systeme, die für die Interaktion mit natürlichen Personen bestimmt sind, sich als KI-System zu erkennen geben. Genau diesen Zweck würde auch eine Bezeichnung als KI-mbH erfüllen.

cc) Stellung der KI

Wie oben erwähnt muss die KI eine teilrechtsfähige Position innehaben, für welche die KI-mbH haftet. Hierfür muss rechtsdogmatisch eine Stellung innerhalb der KI-mbH gefunden werden. In Betracht kommen Gesellschafter, Organ und rechtsgeschäftlicher Vertreter bzw. Angestellter.

Um sich als Gesellschafter an einem solchen Hybrid beteiligen zu können, müsste die KI bereits vor Gründung rechtsfähig sein.

210 Vgl. *Gruber*, in: Hilgendorf/Günther, Robotik und Gesetzgebung (2013), S. 123 ff.; *Teubner*, Elektronische Agenten und grosse Menschenaffen, in: LBR Band 25 (2007), S. 24 f.

211 Vgl. *Beck*, in: Hilgendorf/Günther, Robotik und Gesetzgebung (2013), S. 254 f.

212 *Wicke*, in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 3. Aufl. (2018), § 3 Rn. 21.

213 Vgl. ähnlich *Allen/Widdison*, in: Harvard Journal of Law & Technology Volume 9, Number 1 Winter 1996, 25, (42).

214 Vgl. ähnlich *Mayinger*, Die künstliche Person (2017), S. 245.

215 Vgl. ähnlich *Beck*, in: Hilgendorf/Günther, Robotik und Gesetzgebung (2013), S. 256; *Mayinger*, Die künstliche Person (2017), S. 245.

216 Siehe *Hanisch*, in: Hilgendorf/Günther, Robotik und Gesetzgebung (2013), S. 115

217 BGH NJW 2015, 2116 (2116 ff.); *Wettig/Zehender*, A legal analysis of human and electronic agents, in Artificial Intelligence and Law 12 (2004), 111 (128).

218 Vgl. *Beck*, in: Hilgendorf/Günther, Robotik und Gesetzgebung (2013), S. 257.

219 Vgl. *Wettig/Zehender*, A legal analysis of human and electronic agents, in Artificial Intelligence and Law 12 (2004), 111 (128 ff.).

220 *Gruber*, in: Beck, Jenseits von Mensch und Maschine, 1. Aufl. (2012), S. 143.

221 Vgl. *Mayinger*, Die künstliche Person (2017), S. 243.

222 Vgl. ähnlich *Mayinger*, Die künstliche Person (2017), S. 189 ff.

223 Vgl. iE. *Wettig/Zehender*, A legal analysis of human and electronic agents, in Artificial Intelligence and Law 12 (2004), 111 (128).

224 Vgl. *Ebers/Hoch/Rosenkranz/Ruscheheimer/Steinrötter*, RD 2021, 528 (534).

Dies wäre jedoch nach der hier vertretenen Ansicht nicht der Fall, da dies zu einer eigenständigen, unabhängigen Rechtsfähigkeit der KI führen würde, was ebenfalls dogmatischen Problemen ausgesetzt wäre;²²⁵ insbesondere der technischen Realität, dass eine KI (noch) nicht komplett eigenständig handeln kann.

Eine Stellung als rechtsgeschäftlicher Vertreter, würde allerdings in einem Zirkelschluss enden. Um eine solche Stellung zu erlangen, wäre eine Prokura oder Vollmacht an die KI erforderlich. Um eine Vollmacht oder Prokura erteilen zu können müsste die KI-mbH bereits existieren, jedoch wäre eine konstitutive Eintragung der KI eine Gründungsvoraussetzung; also könnte eine KI-mbH nicht ohne die KI existieren.

Somit bleibt lediglich die Stellung als Organ. Dies würde bezüglich der Nennung im Gesellschaftsvertrag, sowie der Eintragung im ePersonen-Register Sinn ergeben. Auch wäre dies dogmatisch passend, da die KI so unmittelbar teilrechtsfähig wäre indem sie lediglich als vertretungsberechtigtes Organ im Namen des Hybrids handeln könnte.

Das Organ der KI sollte allerdings in seinen Rechten beschränkt werden. So sollte dieses zwar außergerichtlich unbeschränkt zur Einzelvertretung berechtigt sein, jedoch nicht zur „Geschäftsführung“.²²⁶ Der Einsatz der KI, bzw. der gesamten „KI-mbH“ muss von einer natürlichen oder juristischen Person bestimmt werden.²²⁷ Wobei für Geschäftsführungsentscheidungen die Hilfe einer KI herangezogen werden kann.²²⁸ Lediglich die Haftung für die Geschäftsführung²²⁹ bzw. die Überwachung der Tätigkeiten muss bei einer natürlichen oder juristischen Person liegen.

dd) Haftung der KI

Die KI selbst würde also in diesem Verbund nicht eigenständig haften, sie hätte kein eigenes Vermögen. Lediglich die KI-mbH als Hybrid hätte für Handlungen der KI zu haften. Somit müsste der KI nicht unmittelbar Vermögen zugeordnet werden, was sachenrechtliche Probleme erspart. Auch würde der Betreiber nicht unmittelbar für Handlungen der KI haften, sondern das Hybrid bis zur eingezahlten Haftungssumme. Dies gibt dem Betreiber ein weiteres „Schutzschild“, während ein möglicher Geschädigter Transparenz bezüglich des Schädigers hätte. Auch würde so eine analoge Anwendung des Minderjährigenrechts, zur Vermeidung der KI-Haftung, umgangen werden.²³⁰

Eine solche Haftung könnte sich dogmatisch aus § 31 BGB ergeben. Dieser wird bereits auf juristische Personen wie GmbH und AG angewandt.²³¹ Die Haftung lässt den Verein für eine schadensersatzpflichtige Handlung eines verfassungsmäßig berufenen Vertreters durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtung haften. Die KI wäre als besonderes (neu einzuführendes) Organ ein verfassungsmäßig berufener Vertreter der KI-mbH und wäre technisch nur in der Lage innerhalb der ihr

zustehenden Verrichtungen zu handeln. Somit wäre im Falle einer Einführung einer KI-mbH eine Ausdehnung des § 31 BGB möglich und für die Wirkung dieses Konzepts auch erforderlich.

ee) Stellung des Betreibers

Die Rolle des Betreibers dagegen wäre zu vergleichen mit der des geschäftsführenden Gesellschafters. Dieser erhält nicht nur die Gewinne, welche die „KI-mbH“ erwirtschaftet, sondern ist gleichzeitig auch für die interne Geschäftsführung zuständig. Beide diese Rollen sollten aber ebenfalls aufgeteilt werden können, jedoch nur unter natürlichen oder juristischen Personen. So muss nicht der Betreiber selbst die Geschäftsführung übernehmen. Als Beispiel könnte man hier einen großen Konzern sehen, welcher zwar als „Gesellschafter“ die KI auf eigene Rechnung betreibt, jedoch der präzise Einsatz der KI durch den Chef des KI Unternehmens oder den Entwickler entschieden wird, welcher nach dem Modell als „Geschäftsführer“ anzusehen wäre. (Jedenfalls solange er nicht im Einzelfall weisungsabhängig ist. Dann würden beide Rollen wieder beim Konzern zusammenfallen).

Dabei ist für den Betreiber keine Vertretungsmacht in Bereichen vorgesehen, in welchen die KI handeln kann (außergerichtliche Handlungen), da die KI-mbH gerade auf die Handlung der KI ausgerichtet ist, und nur für diese Handlungen eine Haftungssumme besteht. Der Betreiber soll im Außenverhältnis im eigenen Namen handeln, oder eben die KI einsetzen. Eine solche Aufteilung würde eine Objektivierung der menschlich-technischen Verantwortungssphären, und damit eine Risikominimierung, begründen.²³²

Die Anerkennung einer juristischen Person als Betreiber (bzw. Geschäftsführer) ist zu befürworten. Dies wäre in der Praxis unvermeidbar, da komplexe KI-Systeme nur selten von Privatpersonen betrieben und finanziert werden können. Außerdem sind juristische Personen bereits etabliert, und können auch selbst Teil einer anderen Gesellschaft werden. Juristische Personen sind transparent genug, um in einem e-Personen Register aufgelistet zu werden, da durch ihre eigene Eintragung im Handelsregister die dahinterstehenden natürlichen Personen, ohnehin einsehbar sind. Auch kann es helfen zu zeigen, dass ein möglicher KI-Vertragspartner von einem großen, reputablen Unternehmen betrieben wird, was die Akzeptanz für potentielle Vertragspartnern steigern würde.²³³

ff) Haftung des Betreibers

Die Aufgaben des Betreibers gleichen in der Überwachung der Aktivitäten,²³⁴ denen eines Geschäftsführers.²³⁵ Ein mögliches Überwachungsverschulden bleibt bestehen, welches auch nicht durch die Haftungssumme abgedeckt wird. Eine persönliche Haftung nach § 823 BGB bleibt ebenfalls.²³⁶ Auch könnte bei Auseinanderfallen des wirtschaftlichen Betreibers und des Geschäftsführers, eine Haftung des Geschäftsführers im Innenverhältnis gegenüber dem Betreiber bei Pflichtverletzungen bestehen.²³⁷

Sind allerdings diese Überwachungspflichten nicht verletzt und verstößt die KI gegen eine Verkehrspflicht, so haftet lediglich die

225 Vgl. Teubner, AcP 2018, 155 (160 ff.).

226 Dies würde zu einer klaren systematischen Abgrenzung der menschlich-technischen Verantwortungssphäre, wie von Gruber, in: Beck, *Jenseits von Mensch und Maschine*, 1. Aufl. (2012), S. 153 gefordert, führen.

227 Vgl. Teubner, AcP 2018, 155 (162).

228 Vgl. Möslein, in: Barfield/Pagallo, *Research Handbook on the Law of AI* (2018), S. 663 f.

229 Vgl. Leuschner, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. (2018), § 27 Rn. 63, 69 ff.; Möslein, in: Barfield/Pagallo, *Research Handbook on the Law of AI* (2018), S. 660 f.

230 Vgl. zB. Specht/Herold, MMR 2018, 40 (42 f.); Wettig/Zehender, *A legal Analysis of human and electronic Agents*, in: *Artificial Intelligence and Law* 12 (2004), 111 (125 f.).

231 Vgl. Leuschner, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. (2018) § 31 Rn. 3.

232 Vgl. ähnlich, jedoch für Gefährdungshaftung: Gruber, in: Hilgendorf/Günther, *Robotik und Gesetzgebung* (2013), S. 155 f.

233 Vgl. Hanisch, in: Hilgendorf/Günther, *Robotik und Gesetzgebung* (2013), S. 109.

234 Vgl. Beck, in: Hilgendorf/Günther, *Robotik und Gesetzgebung* (2013), S. 256.

235 Vgl. Brammsen/Sonnenburg, NZG 2019, 681 (684 ff.); Möslein, in: Barfield/Pagallo, *Research Handbook on the Law of AI* (2018), S. 660 f.

236 Vgl. Hanisch, in: Hilgendorf/Günther, *Robotik und Gesetzgebung* (2013), S. 114.

237 Vgl. ähnlich Mayinger, *Die künstliche Person* (2017), S. 242.

KI-mbH als solche, nicht der Betreiber oder Geschäftsführer (falls keine Personenidentität besteht).

Eine beschränkte Haftung ist sinnvoll, da sonst der Betreiber eine GmbH oder gar UG gründen könnte, die die KI für ihn betreibt, um die unbeschränkte Haftung zu vermeiden.²³⁸ Ebenfalls hilft eine Haftungsbeschränkung die Innovation voranzutreiben. Würden Hersteller von KI für jegliche verursachte Schäden in die Pflicht genommen, würde dies die Entwicklung der KI bremsen.²³⁹

gg) Höhe der Haftungssumme

Die Höhe der Haftungssumme könnte einheitlich oder einzelfallbezogen geregelt werden.

Für einen Einzelfallbezug spricht, dass jedes Programm für unterschiedliche Zwecke eingesetzt wird, und ein unterschiedlich hohes Potential für Schädigungen hat. Eine KI, welche möglicherweise in Zukunft für Google Millionen von Verträgen schließt, hat ein anderes Gewicht als die eines kleinen Start-Ups. Dagegen spricht jedoch die Wertung des GmbHG.²⁴⁰ In § 5 Abs. 1 GmbHG ist ein einheitliches Stammkapital von 25.000€ festgelegt, unabhängig von der Größe der GmbH. Das erzeugt ein gewisses Mindestvertrauen, und eine einheitlich bekannte Haftungssumme. Eine solche wäre bei einer „KI-mbH“ ebenfalls zu befürworten. Dazu kommt, dass analog einer GmbH die Haftungssumme erhöht, und im Register eingetragen werden kann, um ein höheres Vertrauen bei potentiellen Vertragspartnern zu schaffen. Auch wären eine adäquate einzelne Risikobeurteilung und entsprechende Mindestkapitalvoraussetzungen sehr kompliziert, bis technisch fast unmöglich, da es sich eben genau um nicht-vollständig-nachvollziehbare Programme handelt.

Die Höhe der Haftungssumme muss sich allerdings an § 5 Abs. 1 GmbHG bzw. §§ 6 f. AktG orientieren, da sonst durch Auslagerung auf eine GmbH oder AG die Haftung des KI-Betreibers ausgeschlossen werden könnte.²⁴¹ Es ist also eine Haftungssumme bis höchstens 25.000€ sinnvoll, selbstverständlich mit der Möglichkeit der freien Erhöhung zur Steigerung des Vertrauens in das Hybrid. Auch könnte der Betreiber das Konstrukt nicht als „billigere“ GmbH nutzen, da er in seiner Organstellung nicht außergerichtlich vertretungsbefugt wäre.

Eine gemeinsame Eintragung von vernetzten KI's ist ebenfalls aus Transparenzgründen zu befürworten. Hierfür müsste jedoch eine erhöhte Haftungssumme festgelegt werden.

hh) Sitz der KI-mbH

Ein letzter Vorteil an einer solch hybriden Ausgestaltung ist, dass es unerheblich ist wo die KI agiert, oder in welchen Netzen diese handelt. Die nicht physische Existenz einer KI, die sonst rechtliche Probleme schaffen kann, wird durch eine hybride Lösung irrelevant. Es kann auf den Wohnort oder den Sitz des Unternehmens abgestellt werden, welches als Betreiber eingetragen ist.²⁴²

4. Begleitende Regelungen

Neben einer KI-mbH müssen allerdings weitere begleitende Regelungen eingeführt werden, um die Lösung sämtlicher aufgezeigter Problemfelder zu erreichen.

²³⁸ Vgl. *Mayinger*, Die künstliche Person (2017), S. 244 f.

²³⁹ Vgl. *Turner*, Robot Rules (2018), S. 187.

²⁴⁰ Vgl. *John*, Haftung für künstliche Intelligenz (2007), S. 396; *Mayinger*, Die künstliche Person (2017), S. 244.

²⁴¹ Vgl. ähnlich *Mayinger*, Die künstliche Person, S. 244.

²⁴² Vgl. *John*, Haftung für künstliche Intelligenz (2007), S. 395; *Wettig/Zehndner* The electronic Agent: A Legal Personality under German Law? (2003), S. 6.

Die KI-Verordnung der EU könnte bereits eine wertvolle Rahmenregelung bieten, indem durch sie bereits kontrolliert wird, welche KI-Systeme überhaupt in der EU operieren dürfen. Eine grundlegende Sicherheit dieser Systeme wäre hierdurch bereits gewährleistet. Jedoch regelt der KI-VOE nicht den zivilrechtlichen Rahmen. In diesem würden ebenfalls neue Begleitregelungen erforderlich werden.

Hier sind insbesondere zwei zu nennen.²⁴³

Erstens wird eine verschuldensunabhängige Haftung für Handlungen der KI erforderlich werden. Diese kann selbst nicht „verschulden“.²⁴⁴ Das soll jedoch nicht bedeuten, dass eine Gefährdungshaftung eingeführt werden soll. Es handelt sich gerade nicht um eine gefährliche Anlage, welche ein typisches Risiko birgt, sondern der Schaden kann vielmehr durch die Autonomie der maschinellen Entscheidung selbst eintreten.²⁴⁵

Es müsste also eine außervertragliche Haftung für Pflichtverletzungen der KI entstehen.²⁴⁶ Diese sollte jegliche Rechtsgüter abdecken, nicht nur die bei der Gefährdungshaftung üblichen: Leib, Leben und Eigentum.²⁴⁷ Diese Haftung müsste verschuldensunabhängig für rechtswidrige Fehlentscheidungen der KI greifen,²⁴⁸ wenn dem Betreiber keine Pflichtverletzung zuzurechnen ist, aber dennoch ein Schaden entsteht.²⁴⁹ Sie würde dann über § 31 BGB der KI-mbH zugerechnet werden, und diese müsste mit der Haftungssumme eintreten. Hierbei könnte aufgrund von Beweisschwierigkeiten auch eine Kausalitätsvermutung angedacht werden.

Ein zweiter Punkt ist die Willenserklärung der KI. Die KI soll zwar Vertretungsmacht für das Hybrid der KI-mbH haben, jedoch müsste sie, um diese Vertretungsmacht ausüben zu können, auch eine Willenserklärung abgeben können.

Aktuell werden Willenserklärungen von elektronischen Anlagen, egal welcher Art, dem Betreiber als eigene zugerechnet.²⁵⁰ Dieses Konzept kann mit Einführung der KI-mbH nicht bestehen bleiben. Es muss eine eigene Zurechnung auf die entsprechende KI selbst erfolgen, damit diese für das Hybrid handeln kann. Auch ist eine solche Fiktion im Falle einer KI, welche selbst Vertragsinhalt und Vertragspartner bestimmt, nicht tragbar.²⁵¹

Um dies dogmatisch sinnvoll zu lösen, muss ein Rückgriff auf die Theorie der Kommunikation erfolgen.²⁵² Auch der BGH objektifiziert inzwischen teilweise die Rechtsgeschäftslehre. Fehlt dem Erklärenden das Erklärungsbewusstsein und verkennt er zusätzlich fahrlässig, dass sein Verhalten als Willenserklärung aufgefasst werde, und der Gegenüber es als solche verstanden hat, so berührt das die Geltung der Willenserklärung nicht.²⁵³ Der BGH

²⁴³ Vgl. *Turner*, Robot Rules (2018), S. 180 f.

²⁴⁴ Vgl. *Bayern*, in: Barfield/Pagallo, Research Handbook on the Law of AI (2018), S. 151; *John*, Haftung für künstliche Intelligenz (2007), S. 247.

²⁴⁵ Vgl. *Teubner*, AcP 2018, 155 (192 f.).

²⁴⁶ Ähnlich *Teubner*, AcP 2018, 155 (193); vgl. auch *Hanisch*, in: Hilgendorf/Günther, Robotik und Gesetzgebung (2013), S. 118.

²⁴⁷ Vgl. § 7 I StVG, § 1 I ProdHaftG, § 44 LuftVG, § 32 GenTG, § 114 BbergG.

²⁴⁸ *Hanisch*, in: Hilgendorf, Robotik im Kontext von Recht und Moral (2014), S. 46; *Müller*, AJP 2014, 595 (601).

²⁴⁹ Diskutierend eine solche bereits über § 242 BGB einzuführen, aber ablehnend: *John*, Haftung für künstliche Intelligenz (2007), S. 254 ff.

²⁵⁰ *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. (2018), Vor § 145 Rn. 38; *Wettig/Zehender*, A legal Analysis of human and electronic Agents, in: Artificial Intelligence and Law 12 (2004), 111 (123).

²⁵¹ Vgl. *Allen/Widdison*, in: Harvard Journal of Law & Technology Volume 9, Number I Winter 1996, 25 (46 ff.); *Teubner*, AcP 2018, 155 (179).

²⁵² *Teubner*, AcP 2018, 155 (182 f.).

²⁵³ BGH, NJW 1995, 953; BGH, NJW 2002, 3629 (2631); *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. (2018), § 119 Rn. 97.

ersetzt damit das subjektive Erklärungsbewusstsein durch eine „objektive doppelte Normierung“²⁵⁴

Diese könnte auch von einer KI eingehalten werden. Es geht dann darum, dass erstens die soziale Norm, das spezifische Verhalten als Willenserklärung zu verstehen, vorliegen muss.²⁵⁵ Dieses Verhalten kann in den Code einprogrammiert werden. Zweitens besteht die Pflicht des Erklärenden, nicht gegen diese soziale Norm der Auffassung als Willenserklärung fahrlässig zu verstoßen.²⁵⁶ Eine KI kann keinen fahrlässigen Verstoß begehen, sondern wird sich immer entlang der Programmparameter verhalten.

Somit müsste diese Interpretation der Willenserklärung auch für KI-Systeme anerkannt werden.²⁵⁷ Es würde also keine neue Regelung erfordern.

D) Fazit

Als Fazit lässt sich die Ausarbeitung in folgenden Thesen zusammenfassen:

1. Der Entwurf für eine europäische KI-Verordnung stellt bereits einen neuartigen und wertvollen Ansatz für die Regulierung von KI dar. Er ist jedoch noch zu unbestimmt und erfasst den privatrechtlichen Bereich nicht mit seinen Regelungen. Zusätzliche privatrechtliche Vorschriften und Regelungsansätze sind daher erforderlich.
2. Aufgrund der zunehmenden Verselbständigung von KI-Programmen, ist die Schaffung einer e-Person geboten.
3. Eine mögliche e-Person muss sich, aufgrund deutlich stärkerer Parallelen, an juristischen Personen orientieren.
4. Anstatt einer Teil- oder Gesamtrechtsfähigkeit der KI ist eine Hybridlösung zu bevorzugen. Dessen Ausgestaltung sich in Grundzügen an der GmbH orientieren könnte.
5. Haftungstechnische und dogmatische Gründe legen nahe, dass die Stellung der KI innerhalb des Hybrids, die eines neu geschaffenen Organs sein sollte.
6. Innerhalb des Hybrids, sollte das Organ der KI noch durch ein zweites Organ ergänzt werden. Dieses wäre von einer natürlichen oder juristischen Person zu besetzen und sollte die Stellung eines, nicht außergeordentlich Vertretungsbefugten, Geschäftsführers haben.

Eine solche Ausgestaltung ermöglicht eine innovationsfördernde Entwicklung der KI, da Haftungssummen geringer als die der GmbH angesetzt würden, und damit die Hemmschwelle für kleine StartUps gesenkt wird. Dabei wird gleichzeitig durch eine gesteigerte Transparenz die gesellschaftliche Akzeptanz der Technologie erhöht.

Es würden aktuell bestehende Haftungslücken geschlossen, ohne eine uneingeschränkte Haftung für Betreiber, Verwender oder Hersteller zu eröffnen.

Letztlich würden auch die rechtsdogmatischen Bedenken, gegen eine uneingeschränkte Rechtsfähigkeit von Software-Agenten ausgeräumt werden.

Auch wenn Asimov's Computergesetze sicherlich weiter gefasst sind als ein Gesetzentwurf zur e-Person, so wäre diese doch ein erster Schritt zur Bewältigung der KI-Problematik und könnte als Basis für weitere Entwicklungen, beispielsweise in den angesprochenen Problemfeldern des Datenschutzes oder Urheberrechts dienen.

► Inhaltsverzeichnis

²⁵⁴ Teubner, AcP 2018, 155 (182 f.).

²⁵⁵ Ibid.

²⁵⁶ Ibid.

²⁵⁷ Vgl. John, Haftung für künstliche Intelligenz (2007), S. 77 ff.



Beitrag

Prof. Dr. Felix Buchmann

Die Auswirkungen des Gesetzes für faire Verbraucherverträge auf den Telekommunikationssektor



Felix Buchmann | Rechtsanwalt und Partner der Kanzlei Dornkamp in Stuttgart und Professor für Wirtschaftsprivatrecht an der Hochschule Pforzheim

E-Mail-Kontakt: ▶ buchmann@dornkamp.de

Inhaltsübersicht

Abstract

A) Vertragslaufzeit und Kündigungsfrist

I. Ursprüngliche Rechtslage

1. Regelungen im BGB
2. Regelungen im TKG
3. Regelungen zur Kündigung

II. Bedarf einer Neuregelung

1. Deutscher Markt
2. Europäischer Vergleich

III. Entwicklung der Normen im Gesetzgebungsverfahren

1. Gesetz für faire Verbraucherverträge
 - a) Referentenentwurf
 - b) Regierungsentwurf
 - c) Vermittlungsausschuss und finale Fassung
2. Telekommunikationsmodernisierungsgesetz
 - a) Referentenentwurf und Regierungsentwurf
 - b) Wirtschaftsausschuss und finale Fassung

IV. Einordnung und Auswirkungen

1. Anwendungsbereich
2. Laufzeit
3. Stillschweigende Verlängerung
4. Kündigungsfrist
5. Neue Informationspflichten

B) Kündigungsbutton

I. Entwicklung der Norm im Gesetzgebungsverfahren

II. Tatbestandliche Voraussetzungen

III. Ausnahmen

IV. Anforderungen an den Kündigungsprozess auf einer Webseite

1. Kündigungsschaltfläche
2. Bestätigungsseite
3. Bestätigungsschaltfläche

V. Bestätigung und Speicherbarkeit

VI. Sanktionen

C) Stellungnahme und Fazit

Abstract

Das Verbraucherschutzrecht ist schon seit vielen Jahren eine wichtige Domäne der Europäischen Union. Rechtsgrundlage ist Art. 169 AEUV. Nationale Initiativen im Verbraucherschutzrecht sind in der Vergangenheit selten geworden. Häufig überlagert europäisches Recht das nationale Recht und verlangt eine Vollharmonisierung. In diesen Fällen ist es dem nationalen Gesetzgeber verwehrt, eigene weitergehende Maßnahmen zu treffen.

Umso erfreulicher ist es, dass der nationale deutsche Gesetzgeber mit dem Gesetz für faire Verbraucherverträge¹ die Initiative ergriffen hat, um in einem auf europäischer Ebene nicht regulierten Bereich einen für Verbrauchern wichtigen Vorstoß zu wagen. Die Kündigung von Dauerschuldverhältnissen allgemein wird künftig neuen Bedingungen unterliegen. In buchstäblich letzter Sekunde hat der Gesetzgeber zudem einen Kündigungsbutton für Dauerschuldverhältnisse in einen neuen § 312k BGB eingeführt, der für Telekommunikationsanbieter erhebliche Veränderungen mit sich bringen wird.

Gleichzeitig hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/1972 des europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Neufassung) und zur Modernisierung des Telekommunikationsrechts (Telekommunikationsmodernisierungsgesetz) das Telekommunikationsgesetz² neugefasst und in diesem Zuge den Bereich des Kundenschutzes maßgeblich überarbeitet. Insbesondere wurde aus § 43b TKG aF. nunmehr § 56 TKG nF., der eine weitreichendere Regelung der Vertragslaufzeiten und der Kündigung nach stillschweigender Vertragsverlängerung für Telekommunikationsdienste im Besonderen enthält.

Gegenstand dieser Ausarbeitung ist die Entwicklung sowie die Neugestaltung dieser neuen Regelungen im Bürgerlichen Gesetzbuch und im Telekommunikationsgesetz und die Frage der Auswirkungen auf die Praxis von Verbrauchern und Unternehmen.

A) Vertragslaufzeit und Kündigungsfrist

I. Ursprüngliche Rechtslage

Um die Neuregelungen einordnen und die Auswirkungen der Änderungen in der Praxis beurteilen zu können, muss zunächst ein Blick auf die bisherige Rechtslage geworfen werden.

1. Regelungen im BGB

Die Bedingungen zu den Vertragslaufzeiten für Dauerschuldverhältnisse allgemein in Allgemeinen Geschäftsbedingungen waren bislang in § 309 Nr. 9 BGB (Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit) geregelt. Die Norm lautet gegenwärtig noch:

„Auch soweit eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften zulässig ist, ist in Allgemeinen Geschäftsbedin-

¹ BGBl. 2021 Teil I Nr. 53, S. 3433 ff.

² Ibid., S. 1858.

gungen unwirksam [...] bei einem Vertragsverhältnis, das die regelmäßige Lieferung von Waren oder die regelmäßige Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen durch den Verwender zum Gegenstand hat,

a) eine den anderen Vertragsteil länger als zwei Jahre bindende Laufzeit des Vertrags,

b) eine den anderen Vertragsteil bindende stillschweigende Verlängerung des Vertragsverhältnisses um jeweils mehr als ein Jahr oder

c) zu Lasten des anderen Vertragsteils eine längere Kündigungsfrist als drei Monate vor Ablauf der zunächst vorgesehenen oder stillschweigend verlängerten Vertragsdauer;

dies gilt nicht für Verträge über die Lieferung als zusammengehörig verkaufter Sachen sowie für Versicherungsverträge; [...]"

Die anfängliche Vertragslaufzeit darf gegenwärtig noch mithin zwei Jahre nicht übersteigen, sofern ein Verbraucher diesen Vertrag nicht mit einer Frist von drei Monaten gekündigt, verlängert sich die Vertragslaufzeit um ein weiteres Jahr, wobei es zu einer Kettenverlängerung um jeweils ein weiteres Jahr kommen kann, wenn keine Kündigung ausgesprochen wird.

Anders als die besondere Regelung in § 43b TKG (dazu sogleich) ist § 309 Nr. 9 BGB nur anzuwenden, wenn ein Unternehmer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet. Gleichzeitig gilt die Vorschrift für alle auf-, Dienst- und Werkverträge, die ein Dauerschuldverhältnis zum Gegenstand haben.³

2. Regelungen im TKG

Eine besondere Regelung für Verträge über öffentlich zugängliche Telekommunikationsdienste findet sich ergänzend in § 43b TKG. Die Norm lautet in ihrer gegenwärtigen Fassung:

„Die anfängliche Mindestlaufzeit eines Vertrages zwischen einem Verbraucher und einem Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten darf 24 Monate nicht überschreiten. Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten sind verpflichtet, einem Teilnehmer zu ermöglichen, einen Vertrag mit einer Höchstlaufzeit von zwölf Monaten abzuschließen.“

Auch hier wird für öffentlich zugängliche Telekommunikationsdienste eine Höchstgrenze von 24 Monaten für die anfängliche Vertragslaufzeit festgelegt. Inhaltlich umfasst sind davon insbesondere Festnetz-, Mobilfunk- oder Internetzugangsverträge.⁴ Die Regelung war notwendig gewesen, um auch Verträge außerhalb von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in ihrer Laufzeit zu begrenzen. Eine entsprechende Verpflichtung ergibt sich aus Art. 30 Abs. 5 UDRL,⁵ die Norm hat daher neben § 309 Nr. 9 BGB einen eigenständigen Charakter.

Neben der Höchstgrenze von 24 Monaten für die anfängliche Vertragslaufzeit normiert § 43b TKG zudem eine Verpflichtung,

dass einem Teilnehmer auch ein Vertrag mit einer Höchstlaufzeit von zwölf Monaten angeboten werden muss; diese Verpflichtung ergibt sich aus Art. 30 Abs. 5 S. 2 UDRL. Sie gilt gegenüber allen Teilnehmern, folglich auch gegenüber Unternehmern.⁶ Nach Ablauf der zwölf Monats-Frist darf die Versorgungsleistung weiter erbracht werden, der Teilnehmer hat allerdings die Möglichkeit, den Vertrag dann jederzeit zu beenden. Dieser Verpflichtung kommen die Telekommunikationsanbieter typischerweise durch Prepaid-Tarife oder durch höhere Entgelte für einen Vertrag mit einer geringeren Laufzeit als 24 Monate nach.

3. Regelungen zur Kündigung

Weitergehende Regelungen, wie eine Kündigung bzw. das Ermöglichen zur Aussprache einer Kündigung auszusehen hat, fehlten bislang in den einschlägigen Gesetzen. Lediglich § 309 Nr. 13 b) und c) BGB regeln, dass eine Kündigung grundsätzlich auch in Textform ausgesprochen werden kann und nicht von besonderen Zugangserfordernissen abhängen darf.

II. Bedarf einer Neuregelung

Hintergrund der beiden Neuregelungen ist jeweils das Bestreben des Gesetzgebers, Verbraucher bei der automatischen Verlängerung von Verträgen die Möglichkeit zu geben, sich nach Ablauf der Mindestvertragslaufzeit rasch vom Vertrag lösen zu können. Dass es dafür politisch durchaus ein Bedürfnis gab, zeigt ein Blick in die angrenzenden Länder und deren Umgang mit Laufzeitverträgen in einem Vergleich zum deutschen Markt.

1. Deutscher Markt

Die bestehenden Regelungen hatten faktisch ein Einschlafen des Wettbewerbs bei den Vertragslaufzeiten zur Folge. Praktisch alle Anbieter boten zwei Jahresverträge an, die sich mangels Kündigung innerhalb von drei Monaten vor Ablauf des Vertrages um ein weiteres Jahr stillschweigend verlängerten. Die einzelnen Angebote der großen Anbieter hatten typischerweise eine Vertragslaufzeit von 24 Monaten mit einer automatischen Verlängerung um ein weiteres Jahr, wenn nicht mit einer Frist von drei Monaten zuvor gekündigt wurde.

Neben Prepaid-Tarifen finden sich gelegentlich auch Tarife ohne Mindestlaufzeit, die er jederzeit kündbar sind. Diese sind allerdings regelmäßig deutlich teurer. Insgesamt verhält sich der Markt bei den Vertragslaufzeiten gleichförmig.

Der Versuch, bei diesen Anbietern eine Kündigung auszusprechen, stellt sich regelmäßig als sehr komplex dar. Bei Eingabe des Wortes „Kündigung“ erscheinen häufig Nachfragen oder Angebote, damit der Kunde keine Kündigung ausspricht. Erst nach einem umständlichen Durchklicken gelangt man schließlich zu einem Kündigungsformular.

2. Europäischer Vergleich

Ein Blick in die benachbarten Länder zeigt allerdings, dass dies keineswegs so sein muss.

In der Schweiz bietet der Platzhirsch Swisscom Mobilfunk durchweg Verträge mit einer Laufzeit von nur einem Jahr an. Der österreichische Anbieter A1 Mobilfunk schreibt überhaupt nichts von Laufzeiten. Magenta Österreich bestätigt dies, auch hier werden Verträge auf eine unbestimmte Zeit geschlossen, die Kündigung kann jederzeit mit einer Frist von einem Monat zum Monatsende erfolgen. Der französische Anbieter Orange Mobilfunk bietet

³ Wurmnest, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. (2019), § 309 Nr. 9 Rn. 5-7

⁴ Sodalbers, in: Spindler/Schuster, TKG, 4. Aufl. (2019), § 43b Rn. 2, 3

⁵ Richtlinie 2009/136/EG vom 25. November 2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation und der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz.

⁶ Scholz, in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 2. Aufl. (2015), § 43b Rn. 4; Sodalbers, in: Spindler/Schuster, TKG, 4. Aufl. (2019), § 43b Rn. 5.

Verträge mit einer Laufzeit von zwölf oder 24 Monaten an, die in der Folge nach Ablauf der Mindestvertragslaufzeit mit einer Frist von einem Monat gekündigt werden können.

Dies zeigt deutlich, dass das von den Telekommunikationsunternehmen immer wieder gepflegte Bild, die Mindestvertragslaufzeit von zwei Jahren sei eine unumstößliche Notwendigkeit, um die Leistungen marktgerecht anbieten zu können, keineswegs Absolutheit beanspruchen kann. Die obigen Beispiele zeigen, dass auch kürzere oder gar keine Vertragslaufzeiten nicht unmöglich sind.

Auch die Kündigung ist bei diesen Anbietern deutlich einfacher gestaltet und – anders als in Deutschland – auch telefonisch möglich. Angesichts dieser Ergebnisse muss von einem deutlichen Nachholbedarf auf dem deutschen Markt gesprochen werden.

III. Entwicklung der Normen im Gesetzgebungsverfahren

Hintergrund der Neuregelung war die Erkenntnis des Gesetzgebers, es sei „zu beobachten, dass Unternehmen zunehmend bestimmte Vertragsklauseln in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) verwenden, die die Nutzung von Marktchancen durch die Verbraucherinnen und Verbraucher oder die Abtretung ihrer Ansprüche zwecks Geltendmachung durch Dritte unverhältnismäßig erschweren.“⁷ Daher müssten solche Klauseln künftig unwirksam sein. Änderungen erfahren haben sowohl § 309 Nr. 9 BGB, der im Rahmen des Gesetzes für faire Verbraucherverträge⁸ geändert wurde, als auch § 43b TKG, der im Rahmen des Telekommunikationsmodernisierungsgesetzes⁹ überarbeitet wurde und sich nunmehr in § 56 TKG nF. wiederfindet. Ganz neu eingeführt wurde buchstäblich in letzter Sekunde ein neuer § 312k BGB, der nunmehr konkrete Vorgaben zur Gestaltung des Kündigungsprozesses enthält („Kündigungsbutton“); mit dieser Neuregelung soll die Kündigung im elektronischen Geschäftsverkehr ähnlich einfach machen, wie den Abschluss von Verträgen.¹⁰

1. Gesetz für faire Verbraucherverträge

Die Neuregelung des § 309 Nr. 9 BGB hat vom Referentenentwurf über dem Regierungsentwurf bis hin zur finalen Gesetzesfassung eine beeindruckende Entwicklung genommen. Keines der drei Dokumente hat insoweit viel miteinander zu tun. Dies zeigt, wie umstritten die neuen Regelungen waren, was auch insgesamt 39 Stellungnahmen aus der Wirtschaft¹¹ zum Referentenentwurf beweisen; für ein Gesetz mit nur sehr wenigen Ziffern ist dies beeindruckend.

a) Referentenentwurf

Der Referentenentwurf des BMJV¹² vom 24. Januar 2020 nahm auf den ersten Blick lediglich einen homöopathischen Eingriff in § 309 Nr. 9 BGB vor. Gleichwohl stellt sich dieser Vorschlag als der radikalste Einschnitt im Vergleich zu den folgenden Fassungen dar. Nach dem Willen des Ministeriums hätten die Ziffern a) bis c) von § 309 Nr. 9 BGB künftig folgenden Wortlaut:

„a) eine den anderen Vertragsteil länger als ein Jahr bindende Laufzeit des Vertrags,

b) eine den anderen Vertragsteil bindende stillschweigende Verlängerung des Vertragsverhältnisses um jeweils mehr als drei Monate oder

c) zu Lasten des anderen Vertragsteils eine längere Kündigungsfrist als einen Monat vor Ablauf der zunächst vorgesehenen oder stillschweigend verlängerten Vertragsdauer;“

Ergebnis wäre folglich gewesen, dass die Höchstlaufzeit bei Dauerschuldverhältnissen für Kauf-, Werk- und Dienstleistungsverträge grundsätzlich auf ein Jahr beschränkt worden wäre, sofern die Vertragslaufzeit in allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart wird. Eine stillschweigende Verlängerung wäre demnach nur noch um drei Monate möglich gewesen, die Kündigungsfrist hätte grundsätzlich nur noch einen Monat betragen.

Gegen diese Regelung gab es einen Sturm der Entrüstung aus der Wirtschaft.¹³ In der Tat besteht bei einer solchen pauschalen Regelung das Risiko, dass Verbraucher, die über eine zweijährige Vertragslaufzeit insbesondere ihr neues Endgerät finanzieren, ein solches Endgerät bei einer Laufzeit von nur einem Jahr nicht bezahlen können. Dies würde möglicherweise zum Ausschluss ganzer Verbrauchergruppen vom technischen Fortschritt führen.

b) Regierungsentwurf

Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung¹⁴ vom 24.2.2021 wählte daher einen anderen Weg, um das erkannte Problem zu lösen. § 309 Nr. 9 BGB sollte danach künftig folgenden Wortlaut erhalten:

„a) eine Bestimmung, die

aa) eine den anderen Vertragsteil länger als zwei Jahre bindende Laufzeit des Vertrags vorsieht oder

bb) eine den anderen Vertragsteil länger als ein Jahr höchstens bis zu zwei Jahre bindende Laufzeit des Vertrags vorsieht, wenn der Verwender dem anderen Vertragsteil nicht auch einen Vertrag über die gleiche Leistung mit einer Laufzeit von einem Jahr zu einem Preis anbietet, welcher den Preis für den Vertrag mit der längeren Laufzeit nicht um mehr als 25 Prozent im Monatsdurchschnitt übersteigt;

b) eine Bestimmung, die

aa) eine den anderen Vertragsteil bindende stillschweigende Verlängerung des Vertragsverhältnisses um jeweils mehr als ein Jahr vorsieht oder

bb) eine den anderen Vertragsteil bindende stillschweigende Verlängerung des Vertragsverhältnisses um jeweils mehr als drei Monate bis zu einem Jahr vorsieht, es sei denn, die Verlängerung tritt nach der Bestimmung nur ein, wenn der Verwender spätestens zwei Monate, jedoch frühestens vier Monate vor Ablauf der zunächst vorgesehenen oder stillschweigend verlängerten Vertragsdauer in

7 Regierungsentwurf, ▶ [BT-Drs. 19/26915](#), S. 1.

8 BGBl. 2021 Teil I Nr. 53, S. 3433.

9 Ibid., S. 1858.

10 ▶ [BT-Drs. 19/30840](#), S. 15.

11 Die Stellungnahmen sind einzusehen unter: ▶ https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Faire_Verbrauchervertraege.html (zuletzt abgerufen am 05.08.2021).

12 Abrufbar unter: ▶ https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Faire_Verbrauchervertraege.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 05.08.2021).

13 Siehe nur die Stellungnahme der DIHK: Deutscher Industrie- und Handelskammertag (bmjbv.de), die von einer massiven Beschränkung der Vertragsfreiheit spricht; bitkom: 022124_Stellungnahme_bitkom_Reife-faire-Verbrauchervertraege.pdf (bmjbv.de) (Folge seien weniger Angebotsvielfalt, Gefährdung von Preisstabilität, Preissteigerungen und Verringerung von Sonderkonditionen bei Abonnements); Telefonica: SBMJP511920031011540 (▶ [bmjbv.de](#)) (massive Einschränkung der Wahlfreiheit für Verbraucher).

14 ▶ [BT-Drs 19/26915](#).

Textform auf Folgendes hinweist:

aaa) den Zeitpunkt, zu dem die vereinbarte Vertragslaufzeit endet,

bbb) den Zeitraum, um den sich der Vertrag verlängert, wenn er nicht rechtzeitig gekündigt wird, und

ccc) den Zeitpunkt, zu dem die Kündigung beim Verwenden spätestens eingehen muss, oder

c) zu Lasten des anderen Vertragsteils eine längere Kündigungsfrist als einen Monat vor Ablauf der zunächst vorgesehenen oder stillschweigend verlängerten Vertragsdauer;“

Dieser Vorschlag ist an Komplexität nicht zu überbieten. Kern der Regelung war, dass Verträge initial keine Laufzeit von mehr als zwei Jahren haben dürfen, sofern die Laufzeit in allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart wird. Davon wurde jedoch gleichzeitig eine Rückausnahme gemacht. Wenn ein Vertrag mit einer Laufzeit von mehr als einem Jahr angeboten wird, hätte der Unternehmer immer ein Vergleichsangebot mit einer Laufzeit von nur zwölf Monaten vorlegen müssen, das insgesamt nicht mehr als 25 % im Monatsdurchschnitt teurer ist als das Angebot mit der längeren Vertragslaufzeit.

Eine stillschweigende Verlängerung eines Dauerschuldverhältnisses hätte grundsätzlich nie mehr als ein Jahr betragen dürfen, jedoch hätte es auch hier eine Rückausnahme gegeben. Wenn die stillschweigende Verlängerung mehr als drei Monate betragen hätte, so hätte der Diensteanbieter spätestens zwei Monate jedoch frühestens vier Monate vor Ablauf der Mindestvertragslaufzeit den Verbraucher in Textform darauf hinweisen müssen, wann die vereinbarte Vertragslaufzeit endet, um welchen Zeitraum sich der Vertrag verlängert, wenn er nicht rechtzeitig gekündigt wird und den Zeitpunkt, zu dem die Kündigung beim Anbieter eingegangen sein muss.

Die Kündigungsfrist wäre – insoweit gleichbleibend mit dem Referentenentwurf – grundsätzlich auf einen Monat beschränkt worden.

Dieser Regierungsentwurf barg so viele Probleme in sich, dass er praktisch untauglich war. Das System der Vertragslaufzeiten, das an zahlreicher Informationspflichten des Unternehmers geknüpft war, hätte in der Praxis nur zu Problemen, nicht aber zu Vorteilen für die Verbraucher geführt. Insbesondere wäre zu besorgen gewesen, dass die in Ziffer a) genannten höchstens 25 % zu einer Benchmark geworden wären und damit erneut Wettbewerb verhindert hätte. Die Informationen bei der stillschweigenden Vertragsverlängerung in Ziffer b) hätten weitere Fragen aufgeworfen, insbesondere hinsichtlich der Transparenz der Information. Zudem wäre ein massiver Verwaltungsaufwand entstanden, der auch unter ökologischen Gesichtspunkten (ein Versand per E-Mail bedürfte ja der vorherigen ausdrücklichen Einwilligung des Verbrauchers; es hätte also weiteren Briefverkehr gegeben) nicht vertretbar gewesen wäre.

c) Vermittlungsausschuss und finale Fassung

Für den Regierungsentwurf fand sich in der Koalition schließlich keine Mehrheit. Auch die übrigen Fraktionen im Bundestag lehnten den Entwurf ab. Daher wurde im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz am 4. Juni 2021 eine neue Fassung von § 309 Nr. 9 BGB verhandelt. Die Neufassung lautet:

„a) eine den anderen Vertragsteil länger als zwei Jahre bindende Laufzeit des Vertrags,

b) eine den anderen Vertragsteil bindende stillschweigende Verlängerung des Vertragsverhältnisses, es sei denn das Vertragsverhältnis wird nur auf unbestimmte Zeit verlängert und dem anderen Vertragsteil wird das Recht eingeräumt, das verlängerte Vertragsverhältnis jederzeit mit einer Frist von höchstens einem Monat zu kündigen, oder

c) eine zu Lasten des anderen Vertragsteils längere Kündigungsfrist als einen Monat vor Ablauf der zunächst vorgesehenen Vertragsdauer;“

Anders als die vorangegangenen Vorschläge bietet sie weniger Sprengstoff und ist erfrischend einfach. Dennoch ist sie für Verbraucher ein erheblicher Fortschritt.

Grundsätzlich bleibt es bei einer Höchstvertragslaufzeit von zwei Jahren, sofern diese in allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart wird. Gestrichen wurde jedoch die stillschweigende Verlängerung. Nach Ablauf der Mindestvertragslaufzeit kann ein Verbraucher ein Dauerschuldverhältnis folglich jederzeit mit einer Frist von höchstens einem Monat kündigen. Auch die allgemeine Kündigungsfrist wurde – entsprechend den Vorschlägen im Referentenentwurf und im Regierungsentwurf – auf einen Monat beschränkt.

Diese abgestimmte Fassung wurde am Freitag, 25. Juni 2021, gegen 0:30 Uhr mit den Stimmen der Koalition vom Bundestag verabschiedet. Die zweite und dritte Lesung fand faktisch nicht mehr statt. Abgesehen von einem Redebeitrag wurden alle Reden schriftlich eingereicht. Dies ist deshalb beachtlich, weil neben den Vertragslaufzeiten auch ein vollständiger neuer § 312k BGB in das Gesetz eingeführt wurde, der zuvor weder im Referentenentwurf noch im Regierungsentwurf seinen Niederschlag gefunden hatte. Mit diesem neuen § 312k BGB wird ein strenger Prozess zur Kündigung von Dauerschuldverhältnissen im elektronischen Rechtsverkehr eingeführt, einschließlich eines sogenannten „Kündigungsbuttons“. Die Gestaltung lehnt sich zwar an den Bestellbutton (§ 312j Abs. 3 BGB) an, ist allerdings ein Novum und wird weitreichende Konsequenzen für die TK-Branche mit sich bringen.

Das Gesetz trägt im Übrigen das Datum 24. Juni 2021; dies war aus parlamentarischen Gründen notwendig, sonst hätte das Gesetz nicht am 25. Juni 2021 dem Bundesrat vorgelegt werden und hätte in dieser Legislaturperiode nicht mehr verkündet werden können.

2. Telekommunikationsmodernisierungsgesetz

Eine nicht ganz so lange Historie hatte die Novellierung des TKG, das zwar mit dem Gesetz für faire Verbraucherverträge formal in keinem Zusammenhang steht, sondern auf der Umsetzung einer europäischen Richtlinie beruht.¹⁵ Allerdings besteht hinsichtlich des Regelungszwecks ein enger sachlicher Zusammenhang, so dass die Neuerungen hier zumindest kurz mitbehandelt werden sollen. Auch in diesem Gesetzesvorhaben standen sich ganz unterschiedliche Fassungen gegenüber.

¹⁵ Richtlinie (EU) 2018/1972 vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Neufassung) und zur Modernisierung des Telekommunikationsrechts.

a) Referentenentwurf und Regierungsentwurf

Der Referentenentwurf¹⁶ und der Regierungsentwurf¹⁷ dahin jeweils übereinstimmend eine Neuregelung der Vertragslaufzeiten und der Möglichkeit der Kündigung nach stillschweigende Vertragsverlängerung vor. Dafür wurden die Vorschriften zum Kundenschutz (bislang §§ 43a ff. TKG) vollständig neu gefasst und in die §§ 51 ff. TKG überführt. Die Entwurfsfassung von § 56 TKG lautete (soweit hier relevant):

„(1) Die anfängliche Laufzeit eines Vertrages zwischen einem Verbraucher und einem Anbieter öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste, der nicht nur nummernunabhängige interpersonelle Telekommunikationsdienste oder Übertragungsdienste für die Bereitstellung von Diensten der Maschine-Maschine-Kommunikation zum Gegenstand hat, darf 24 Monate nicht überschreiten. Verträge mit einer anfänglichen Laufzeit von mehr als einem Jahr sind unwirksam, wenn der Anbieter dem Verbraucher vor Vertragsschluss nicht unaufgefordert einen Vertrag über die gleiche Telekommunikationsdienstleistung mit einer Höchstlaufzeit von zwölf Monaten zu einem Preis anbietet, der den Preis für den Vertrag mit der längeren Laufzeit um nicht mehr als 25 Prozent im Monatsdurchschnitt übersteigt.“ [...]

(3) Ist in einem Vertrag über öffentlich zugängliche Telekommunikationsdienste nach Absatz 1 vorgesehen, dass er sich nach Ablauf der anfänglichen Vertragslaufzeit stillschweigend verlängert, wenn der Endnutzer den Vertrag nicht rechtzeitig kündigt, kann der Endnutzer einen solchen Vertrag nach Ablauf der anfänglichen Vertragslaufzeit jederzeit unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von einem Monat kündigen. Der Anbieter muss den Endnutzer rechtzeitig vor einer Verlängerung des Vertrages auf einem dauerhaften Datenträger hinweisen auf

1. die stillschweigende Verlängerung des Vertrages,
2. die Möglichkeit, die Verlängerung des Vertrages durch seine rechtzeitige Kündigung zu verhindern, und
3. das Recht, einen verlängerten Vertrag nach Satz 1 zu kündigen.“

Ein Vergleich dieses Vorschlags mit dem Regierungsentwurf des Gesetzes für faire Verbraucherverträge zeigt, dass er sich in seinem Regelungsgehalt an den Regierungsentwurf von § 309 Nr. 9 BGB anlehnt. Die Entwürfe sehen zwar grundsätzlich eine Vertragslaufzeit von zwei Jahren vor, wenn ein Vertrag mit einer Laufzeit von mehr als einem Jahr angeboten wird, muss allerdings ein Vergleichsangebot vorgelegt werden, das im Durchschnitt nicht mehr als 25 % teurer ist als das Angebot mit der längeren Vertragslaufzeit.

Noch weitergehend als im BGB wird allerdings vorgeschlagen, dass sich ein Vertrag nach Ablauf der Mindestvertragslaufzeit nur noch monatlich verlängern darf und damit jederzeit mit einer Frist von einem Monat gekündigt werden kann.

Ebenfalls enthielt der Entwurf bestimmte Informationspflichten des Telekommunikations-Diensteanbieters nach Ablauf der anfänglichen Vertragslaufzeit, wobei sich dies darauf beschränkt,

dass der Vertrag sich stillschweigende verlängert, die Fung des Vertrages durch rechtzeitige Kündigung verhindert werden und danach ein Recht besteht, einen verlängerten Vertrag jederzeit mit einer Frist von einem Monat zu kündigen.

b) Wirtschaftsausschuss und finale Fassung

Der Vorschlag in den Entwürfen nahm den gleichen Weg, wie die Vorschläge im BGB auch. Der Ausschuss für Wirtschaft und Energie nahm umfangreiche Änderungen vor, um einen Konsens in der Koalition zu ermöglichen, unter anderem auch in § 56 Abs. 1 und Abs. 3 TKG nF.¹⁸ diese lauten nun:

„(1) Die anfängliche Laufzeit eines Vertrages zwischen einem Verbraucher und einem Anbieter öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste, der nicht nur nummernunabhängige interpersonelle Telekommunikationsdienste oder Übertragungsdienste für die Bereitstellung von Diensten der Maschine-Maschine-Kommunikation zum Gegenstand hat, darf 24 Monate nicht überschreiten. Anbieter sind vor Vertragsschluss verpflichtet, einem Verbraucher einen Vertrag mit einer anfänglichen Laufzeit von höchstens zwölf Monaten anzubieten.

(3) Ist in einem Vertrag zwischen einem Endnutzer und einem Anbieter öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste, der nicht nur nummernunabhängige interpersonelle Telekommunikationsdienste oder Übertragungsdienste für die Bereitstellung von Diensten der Maschine-Maschine-Kommunikation zum Gegenstand hat, vorgesehen, dass er sich nach Ablauf der anfänglichen Vertragslaufzeit stillschweigend verlängert, wenn der Endnutzer den Vertrag nicht rechtzeitig kündigt, kann der Endnutzer einen solchen Vertrag nach Ablauf der anfänglichen Vertragslaufzeit jederzeit unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von einem Monat kündigen. Der Anbieter muss den Endnutzer rechtzeitig vor einer Verlängerung des Vertrages auf einem dauerhaften Datenträger hinweisen auf

1. die stillschweigende Verlängerung des Vertrages,
2. die Möglichkeit, die Verlängerung des Vertrages durch seine rechtzeitige Kündigung zu verhindern, und
3. das Recht, einen verlängerten Vertrag nach Satz 1 zu kündigen.“

Als Begründung führt der Wirtschaftsausschuss aus, dass an der ursprünglichen Idee des Regierungsentwurfs hinsichtlich eines Vergleichsangebots nicht festgehalten werden soll, in der Begründung heißt es wörtlich: „Es soll vielmehr beim status quo der aktuellen Regelungen im bisherigen §§ 43b TKG bleiben.“¹⁹ Der Gesetzgeber hat damit klargestellt, dass es insoweit keine Veränderungen im Vergleich zur bisherigen Regelung in § 43b TKG geben soll.²⁰ Bei Änderungen bleibt es allerdings nach Ablauf der anfänglichen Vertragslaufzeit. Die schon in den ursprünglichen Entwürfen vorgesehenen Informationspflichten wurden vom Gesetzgeber übernommen. Inwieweit dies wirklich Sinn ergibt, ist fraglich. Ein Verbraucher kann nach Ablauf der Mindestvertragslaufzeit ohnehin jederzeit mit einer Frist von einem Monat kün-

¹⁶ Referentenentwurf des BMWi vom 14.12.2020 (▶ [bmwi.de](https://www.bmwi.de)) (zuletzt abgerufen am 9.8.2021).

¹⁷ ▶ BT-Drs. 19/26108.

¹⁸ ▶ BT-Drs. 19/28865.

¹⁹ Ibid., S. 448.

²⁰ Zur bisherigen Rechtslage: Sodtalters, in: Spindler/Schuster, TKG, 4. Aufl. (2019), § 43b Rn. 1 ff.

digen. Ob dann noch ausdrücklich darauf hingewiesen werden muss, dass die Nichtkündigung dazu führt, dass der Vertrag sich verlängert und in der Folge weiterhin mit einer Frist von einem Monat gekündigt werden kann, ist fraglich. Dies gilt umso mehr, als die Kündigungsfrist nach dem neuen Recht ohnehin nur noch einen Monat beträgt.

IV. Einordnung und Auswirkungen

Im Vergleich zu dem, was sich nach den Regierungsentwürfen angedeutet hatte, sind die tatsächlich eingetretenen Änderungen in § 309 Nr. 9 BGB und § 56 TKG wenig spektakulär. Die TK-Branche wird sich nicht neu erfinden müssen und auch ihre Angebote nicht umstellen (müssen).

1. Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich wurde in seinem Wortlaut nicht verändert und umfasst in § 309 Nr. 9 BGB nF. wie bislang „die regelmäßige Lieferung von Waren oder die regelmäßige Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen“. Unverändert geblieben ist die Ausnahmeregelung in § 309 Nr. 9 Hs. 2 BGB, sodass das Verbot des § 309 Nr. 9 BGB nF. weiterhin nicht für Verträge über die Lieferung zusammengehörig verkaufter Sachen sowie für Versicherungsverträge gilt. Hintergrund ist, dass es sich bei Ersteren um keine Dauerschuldverhältnisse handelt, sondern um Leistungen, die zwar ggf. über einen längeren Zeitraum in Teillieferungen, jedoch in ihrer Gesamtheit als Ganzes erbracht werden. Versicherungsverträge sind hingegen naturgemäß auf eine langjährige Vertragslaufzeit ausgerichtet, weshalb es dem Interesse beider Vertragsparteien entspricht, diese nicht den Einschränkungen der § 309 Nr. 9 BGB nF. zu unterziehen.

2. Laufzeit

Es bleibt künftig dabei, dass die Vertragslaufzeit zwei Jahre betragen darf. § 309 Nr. 9 lit. a) BGB nF. verbietet nach wie vor Vertragslaufzeiten, die einen Verbraucher länger als zwei Jahre binden. Die bestehende Rechtslage wird insoweit nicht geändert. Auch wenn dies zunächst im Vergleich zum Referentenentwurf für den Verbraucher nachteilig zu sein scheint, muss berücksichtigt werden, dass gerade bei Mobilfunkverträgen der Verbraucher sein Endgerät über die Vertragslaufzeit mitfinanziert. Kurze Vertragslaufzeiten hätten zwingend zur Folge, dass ein Verbraucher entweder mit Vertragsschluss eine hohe Einmal-Zahlung oder alternativ vergleichsweise deutlich höhere monatliche Raten bezahlen müsste. Dies könnte dazu führen, dass ganze Verbrauchergruppen vom Erwerb bestimmter Endgeräte ausgeschlossen würden, weil dieses Endgerät für sie schlicht nicht finanzierbar ist. Andererseits werden dadurch auch die Interessen der Unternehmen gewahrt. Über die Vertragslaufzeit amortisieren sich die Kosten für die Kundenakquise. Kürzere Vertragslaufzeiten hätten möglicherweise zu einem deutlich höheren Preisniveau geführt.

3. Stillschweigende Verlängerung

Während bislang die formularmäßige Vereinbarung einer stillschweigenden Verlängerung des Vertragsverhältnisses um höchstens ein Jahr zulässig war, sind nunmehr gemäß § 309 Nr. 9 lit. b) BGB nF. Verlängerungsklauseln grundsätzlich untersagt, es sei denn, das Vertragsverhältnis wird auf unbestimmte Zeit verlängert und dem anderen Vertragsteil dabei das Recht eingeräumt, das verlängerte Vertragsverhältnis jederzeit mit einer Frist von höchstens einem Monat zu kündigen. Damit wird eine substantielle Verbesserung des Verbraucherschutzes erreicht, da sich Verträge nach Ablauf der Mindestvertragslaufzeit nicht mehr automatisch um ein weiteres Jahr verlängern können. Die Möglichkeit, nach Ablauf dieser Mindestvertragslaufzeit jeder-

zeit mit einer Kündigungsfrist von einem Monat aus dem Vertrag aussteigen zu können, bedeutet eine spürbare Verbesserung des Verbraucherschutzes. Dadurch wird insbesondere der faktische Zwang zum Abschluss eines neuen zweijährigen Vertrages mit dem bisherigen Anbieter verhindert. Denn häufig vergisst ein Verbraucher die rechtzeitige Kündigung, möchte allerdings nicht weitere zwölf Monate auf ein neues Endgerät warten.

Der Gesetzgeber hat im Interesse einer einfachen Regelung auf Ausnahmen und Alternativen verzichtet. Dies ist zu begrüßen. Die nunmehr für eine unbefristete Vertragsverlängerung zwingend vorgeschriebene einmonatige Kündigungsfrist schützt Verbraucher vor ungewünschten, langläufigen vertraglichen Bindungen und den damit einhergehenden finanziellen Belastungen und ermöglicht diesen mehr Flexibilität bei der Auswahl der Vertragspartner nach Ablauf der Erstlaufzeit des Vertrages. Unzufriedene Kunden werden nach Ablauf der Mindestvertragslaufzeit leichter zu neuen Anbietern oder Vertragsmodellen wechseln können, zufriedene Kunden können hingegen weiterhin am Vertrag festhalten, wenn dieser für sie vorteilhaft ist, und dies in dem sicheren Wissen, dass der Vertrag auch nach seiner Verlängerung weiterhin einfach kurzfristig gekündigt werden kann.

4. Kündigungsfrist

Gemäß § 309 Nr. 9 lit. c) BGB nF. ist nunmehr eine zu Lasten des anderen Vertragsteils längere Kündigungsfrist als ein Monat vor Ablauf der zunächst vorgesehenen Vertragsdauer unwirksam. Damit wurde die noch in § 309 Nr. 9 lit. c) BGB aF. enthaltene dreimonatige Kündigungsfrist im Einklang mit § 309 Nr. 9 lit. b) BGB nF. durch eine einmonatige Kündigungsfrist ersetzt, die es dem anderen Vertragsteil ermöglicht, im Falle eines befristeten Vertrags von seinem Kündigungsrecht länger Gebrauch zu machen. Daneben bestehende gesetzliche Kündigungsmöglichkeiten, insbesondere das Recht zur außerordentlichen Kündigung nach § 314 BGB, bleiben von der Regelung in § 309 Nr. 9 lit. b) BGB nF. weiterhin unberührt. Auch dies stellt für Verbraucher eine substantielle Verbesserung dar.

Die weiteren Voraussetzungen des §§ 56 Abs. 1 TKG nF. werden durch die bekannten Prepaid-Angebote weiter abgedeckt werden können.

5. Neue Informationspflichten

Die besonderen neuen Informationspflichten des §§ 56 Abs. 3 TKG nF. scheinen hingegen eher ein überflüssiger Formalismus zu sein. Welchen Mehrwert ein Kunde davon haben soll, ist nicht wirklich ersichtlich.

B) Kündigungsbutton

Mit dem Gesetz für faire Verbraucherverträge²¹ wurde zudem ein neuer § 312k BGB nF. in das Bürgerliche Gesetzbuch eingeführt und mit ihm die Verpflichtung zur Vorhaltung eines Kündigungsbuttons für Dauerschuldverhältnisse, deren Vertragsschluss auch im elektronischen Geschäftsverkehr ermöglicht wird. Anders als die neuen Regelungen zur Vertragslaufzeit handelt es sich dabei um eine massive Änderung der Rechtslage, die auf die TK-Anbieter erhebliche Auswirkungen haben wird.

Stand heute wird einem Kündigungswilligen von den großen TK-Anbietern praktisch jeder denkbare Stein in den Weg gelegt, eine Kündigung auszusprechen.²² Dies wird sich künftig ändern.

²¹ BGBl. 2021 Teil I Nr. 53, S. 3433 ff.

²² Vgl. dazu schon oben unter ▶ A) II. 1.

Die Begründung zum Gesetzesentwurf verweist absolut zurecht darauf, dass die Kündigung von im elektronischen Geschäftsverkehr geschlossenen Verträgen Verbraucher oft vor besondere Herausforderungen stelle und oft durch die Webseitengestaltung erschwert werde.²³

I. Entwicklung der Norm im Gesetzgebungsverfahren

Die historische Entwicklung der Einführung des neuen Kündigungsbuttons ist denkbar kurz. Weder der Referentenentwurf noch der Regierungsentwurf enthielten einen solchen Vorschlag. § 312k BGB nF. wurde erst durch die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht und buchstäblich in letzter Sekunde am 25.6.2021 nach nur einer kurzen zweiten und dritten Lesung vom Bundestag verabschiedet. Für eine Vorschrift mit dieser Reichweite ist der kurze Prozess beachtlich.

Die neue Vorschrift wird für Verbraucher erhebliche Vereinfachungen bei der Kündigung von Verträgen mit sich bringen, stellt Unternehmer hingegen – insbesondere auf Plattformen – vor nicht unerhebliche Herausforderungen.

Europarechtliche Vorgaben bestanden nicht. Insbesondere die Verbraucherrechterichtlinie²⁴ sieht in Art. 8 Abs. 2 lediglich die sogenannte „Button“-Lösung für den Vertragsschluss vor, die der deutsche Gesetzgeber in § 312j Abs. 3 BGB umgesetzt hat. Zu Dauerschuldverhältnissen verlangt die Verbraucherrechterichtlinie lediglich besondere Pflichtinformationen zur Laufzeit und zu den Bedingungen der Kündigung unbefristeter oder sich automatisch verlängernder Verträge. Art. 4 der Verbraucherrechterichtlinie normiert zwar den Gedanken der Vollharmonisierung, dies gilt aber nur soweit der Regelungsbereich der Verbraucherrechterichtlinie reicht. Die Kündigung von Dauerschuldverhältnissen ist nicht deren Gegenstand. Dies gilt auch für deren Anpassung durch die Modernisierungsrichtlinie²⁵, die zwar erhebliche Änderungen für das BGB mit sich bringen wird, aber keine Regelung zur Kündigung von Dauerschuldverhältnissen. Der nationale Gesetzgeber war in der Gestaltung der neuen Vorgaben zur Kündigung folglich frei.

II. Tatbestandliche Voraussetzungen

Voraussetzung ist zunächst ein Verbrauchervertrag iSd. § 310 Abs. 3 BGB, folglich ein Vertrag zwischen einem Unternehmer (§ 14 BGB) als Anbieter und einem Verbraucher (§ 13 BGB) als Empfänger der Leistung; dies ist im TK-Bereich regelmäßig gegeben. Für die zu erbringende Leistung ist lediglich entscheidend, dass es sich um ein Dauerschuldverhältnis handelt.

Die Leistung muss gegen ein Entgelt gewährt werden. § 312k BGB nF. beruht dabei nicht auf einer europäischen Vorgabe, so dass eine richtlinienkonforme Auslegung des Begriffs der Entgeltlichkeit nicht angezeigt ist. Würde man den Begriff an die Auslegung des § 312 Abs. 1 BGB anlehnen und weit auslegen, so würde jegliche Gegenleistung des Verbrauchers als Entgelt gewertet wer-

den müssen, so z.B. auch die Hingabe von Daten.²⁶ Dies war aber nicht das Ziel des Gesetzgebers, der ausweislich der Gesetzesbegründung Verbraucher explizit vor finanziellen Schäden schützen wollte, die ihn wegen der nicht rechtzeitigen Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses ereilen können.²⁷ Entgelt im Sinne der Vorschrift ist folglich wörtlich als „Gegenleistung in Geld“ zu verstehen.

Der Vertrag muss über eine Webseite im elektronischen Geschäftsverkehr geschlossen werden können. Der Gesetzgeber verwendet dabei in § 312k Abs. 1 S. 1 BGB nF. ausdrücklich die Formulierung „ermöglicht“ und nicht „geschlossen wurde“, während in § 312k Abs. 2 BGB nF. von einem auf der Webseite „abschließbaren“ Vertrag die Rede ist. Ob ein Vertrag folglich tatsächlich im elektronischen Geschäftsverkehr geschlossen wurde oder nicht, ist für die Frage der Verpflichtung der Zurverfügungstellung des Kündigungsbuttons ohne Relevanz.²⁸ Schließt ein Verbraucher beispielsweise einen Mobilfunkvertrag in einem Ladengeschäft eines Anbieters ab, muss er die Möglichkeit haben, den Vertrag über den Kündigungsbutton auf einer Webseite dieses Anbieters wieder zu kündigen, wenn dieser Anbieter den Vertragsschluss grundsätzlich auch im elektronischen Geschäftsverkehr ermöglicht. Den Begriff „Webseite“ verwendet das geltende Recht bereits in § 312j Abs. 1 BGB; nach dem Willen des Gesetzgebers soll bei der Auslegung dieses Begriffs auf die dazu ergangene Rechtsprechung zurückgegriffen werden.²⁹ Der Begriff des „elektronischen Geschäftsverkehrs“ ist in § 312i Abs. 1 BGB legaldefiniert, der Unternehmer muss sich zum Zwecke des Abschlusses eines Vertrags über die Lieferung von Waren oder über die Erbringung von Dienstleistungen der Telemedien bedienen.³⁰ Der Begriff der Telemedien wiederum ist in § 1 Abs. 1 TMG legaldefiniert, neben dem Internet fällt z.B. auch Teleshopping darunter.³¹

III. Ausnahmen

§ 312k Abs. 1 BGB nF. folgt einem Regel-Ausnahme-Aufbau. Die Ausnahmen (strengere Form als Textform, Finanzdienstleistungen³²) sind im TK-Bereich regelmäßig nicht einschlägig und bleiben in der Darstellung hier daher unberücksichtigt.

IV. Anforderungen an den Kündigungsprozess auf einer Webseite

Die Vorgaben der Gestaltung des Kündigungsbuttons lehnen sich inhaltlich an den Bestellbutton und die Regelungen in § 312j Abs. 3 BGB an, sind aber – systembedingt – umfangreicher. Bei der Verpflichtung handelt es sich um eine Ergänzung zu den weiteren Wegen, eine Kündigung auszusprechen (z.B. E-Mail, Post, Fax). Sie darf daher nicht als einzige Option angeboten werden, und auch eine entsprechende vertragliche Vereinbarung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen wäre unwirksam (§ 309 Nr. 13 c) BGB).³³

Der Aufbau der Kündigungsoption ist zweistufig gewählt worden. Zunächst muss ein Verbraucher über eine Schaltfläche (vom Gesetzgeber zweideutig als „Kündigungsschaltfläche“ bezeichnet) zur Eingabe seiner Daten geleitet werden, nach deren Eingabe muss die Kündigung über eine weitere Schaltfläche (der so-

23 ▶ BT-Drs. 19/30840, S. 15.

24 Richtlinie 2011/83/EU vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates

25 Richtlinie (EU) 2019/2161 vom 27. November 2019 zur Änderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 98/6/EG, 2005/29/EG und 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union.

26 Brönneke, VuR 2014, 3; Buchmann, K&R 2014, 369.

27 ▶ BT-Drs. 19/30840, S. 16: „Kostenfallen“.

28 Ibid., S. 16 f.

29 ▶ BT-Drs. 19/30840, S. 15.

30 Vgl. dazu Schirmbacher, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. (2019), § 312i BGB Rn. 5.

31 Vgl. dazu Ricke, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. (2019), § 1 TMG Rn. 2; 12 f.

32 ▶ BT-Drs. 19/30840, S. 16: an § 312j Abs. 5 S. 2 BGB angelehnt.

33 Ibid.

genannten „Bestätigungsschaltfläche“) bestätigt werden. Beide Schaltflächen unterliegen besonderen Bedingungen.

Damit einem Verbraucher ermöglicht wird, seinen Kündigungswunsch zu äußern, muss er zunächst in die Lage versetzt werden, seine kündigungsrelevanten Daten einzugeben; nur so lässt sich für den Unternehmer der Vertragspartner und der zu kündigende Vertrag identifizieren. Dazu müssen nach § 312k Abs. 2 S. 4 BGB nF. „die Schaltflächen und die Bestätigungsseite [...] ständig verfügbar sowie unmittelbar und leicht zugänglich sein“. Diese Anforderungen an die Transparenz lassen hinreichend Spielraum für Auslegung und Streit. Der Gesetzgeber unterscheidet leider nicht zwischen der Kündigungsschaltfläche und der Bestätigungsschaltfläche, wobei diese Unterscheidung aufgrund der gewählten Struktur notwendig gewesen wäre. Auch die Verknüpfung der Schaltflächen mit der Bestätigungsseite macht inhaltlich wenig Sinn, weil der Verbraucher durch Anklicken der Kündigungsschaltfläche unmittelbar auf die Bestätigungsseite geführt werden muss. Kündigungsschaltfläche und Bestätigungsseite sind folglich unmittelbar miteinander verknüpft.

Die Kündigungsschaltfläche muss den Verbraucher „unmittelbar“ zur Bestätigungsseite führen, wo er seine Daten eingeben kann. Unmittelbar bedeutet, dass der Verbraucher keine weiteren Handlungen vornehmen muss, um zu seiner Dateneingabe zu gelangen. Der Unternehmer darf folglich weder weitere Unterseiten zwischenschalten noch Popups oder sonstige Einblendungen (z.B. mit der Frage, ob der Verbraucher wirklich kündigen oder nicht doch von einem besonderen Angebot profitieren möchte), die der Verbraucher zunächst wegklicken oder weiterklicken muss, um sodann seine Daten eingeben zu können. Die aktuell vorgehaltenen Informationen, die ein Verbraucher erhält, ehe er umständlich die Kündigung aussprechen kann, gehören damit ab Inkrafttreten des Gesetzes am 1. Juli 2022 (Art. 4 Gesetz für faire Verbraucherverträge) der Vergangenheit an.

Die Bestätigungsseite ihrerseits muss die Bestätigungsschaltfläche enthalten, wobei hier über deren Anordnung oder Erreichbarkeit nichts geregelt ist. Da es sich um einen abschließenden Button handelt, wird man ihn räumlich unterhalb nach Eingabe der Daten erwarten. Ein Unmittelbarkeitserfordernis, wie dies für einige Pflichtinformationen etwa in § 312j Abs. 2 BGB geregelt ist, gibt es jedoch nicht. Jedenfalls der Wortlaut der Norm lässt es daher zu, dass der Unternehmer zwischen der Eingabe der Daten und der Bestätigungsschaltfläche weitere Informationen platziert, so z.B. ein besonderes Angebot, mit dem versucht werden soll, den Verbraucher von der Kündigung abzuhalten oder z.B. von Nachfragen, ob der Vertrag wirklich gekündigt werden soll. Auch ein extensives Scrollen, bis man den Button erreicht, ist nicht untersagt. Dies ist aus Sicht des Verbraucherschutzes ein erhebliches Defizit.

1. Kündigungsschaltfläche

Die Kündigungsschaltfläche soll ausweislich des Wortlauts der Norm „gut lesbar“ sein und mit nichts anderem als den Wörtern „Verträge hier kündigen“ oder einer entsprechend eindeutigen Formulierung beschriftet sein. Der Wortlaut lehnt sich damit weitestgehend an § 312j Abs. 3 BGB (Bestellbutton) an, so dass auf die dazu vorhandene Literatur³⁴ und Rechtsprechung³⁵ verwiesen werden kann.

34 Vgl. dazu *Wendehorst*, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. (2019), BGB § 312 Rn. 96 f.; *Buchmann/Majer*, K&R 2010, 635 ff.

35 Z.B. OLG Köln, 7.10.2016 – 6 U 48/16; OLG München, 10.1.2019 – 29 U 1091/18; OLG Nürnberg, 29.5.2020 – 3 U 3878/19.

Gut lesbar ist die Kündigungsschaltfläche dann, wenn auf einem Button keine weiteren grafischen Elemente verwendet werden und sich die Schrift hinreichend (z.B. durch farbliche Hervorhebung) von der Farbe des Buttons abhebt.³⁶ Auch ein sprechender Link wird – sofern farblich deutlich vom Hintergrund abgesetzt – diesen Voraussetzungen gerecht.

Anders als der Bestellbutton ist der Bereich der möglichen Gestaltung der Beschriftung allerdings deutlich eingeschränkt. Während der Bestellbutton für alle Formen von Verträgen vorgesehen ist, so dass auch andere Worte als „bestellen“ dem üblichen Sprachgebrauch entsprechen (etwa „kaufen“³⁷, „buchen“, „mieten“, „beauftragen“), dient der Kündigungsbutton stets nur einem Zweck, nämlich der Beendigung eines Dauerschuldverhältnisses, für das es abhängig vom Vertragstyp keine Besonderheiten gibt. Formulierungen, die von dem gesetzlichen Beispiel abweichen, sind daher nur sehr beschränkt denkbar. Schon der Hinweis „Vertrag beenden“ weckt Bedenken, weil das Wort „kündigen“ – gerade auch aus der Verbrauchern bekannten Arbeitswelt – klarer ist.

2. Bestätigungsseite

Den Inhalt der Bestätigungsseite gibt der Gesetzgeber dem Grunde nach vor. Einem kündigungswilligen Verbraucher muss zunächst die Möglichkeit gegeben werden, hinsichtlich der Art der Kündigung – also zwischen ordentlicher und außerordentlicher Kündigung – zu unterscheiden, wobei er bei einer außerordentlichen Kündigung den Grund angeben können muss. Letzteres Erfordernis geht über die Anforderungen an eine wirksame außerordentliche Kündigung hinaus (vgl. § 314 BGB³⁸). Es ist zu besorgen, dass ein Verbraucher durch die Verpflichtung zur Angabe eines Grundes schon im ersten Schritt von der Ausübung des Kündigungsrechts abgehalten wird. Genau aus diesem Grund bedarf es für die Ausübung des Widerrufsrechts bei Fernabsatzverträgen keiner Angabe eines Grundes (§ 355 Abs. 1 S. 4 BGB).³⁹ Zwar muss für eine wirksame außerordentliche Kündigung ein außerordentlicher Kündigungsgrund vorliegen; der außerordentlich Kündigende muss diesen allerdings erst auf Nachfrage dartin.⁴⁰ Dann ist die Kündigungserklärung aber schon ausgesprochen und es geht im zweiten Schritt nur noch um die Frage von deren Wirksamkeit.

Zur eindeutigen Identifizierbarkeit des kündigungswilligen Verbrauchers dürften die Angaben Vorname, Nachname und Adresse genügen. In Betracht kommen könnte auch noch die zusätzliche Angabe des Geburtsdatums, dies würde aber voraussetzen, dass der Unternehmer über dieses personenbezogene Datum auch verfügt, insbesondere vor dem Hintergrund der möglichst sparsamen Erhebung von Daten (Art. 5 Abs. 1 c) DSGVO). Für die eindeutige Bezeichnung des Vertrags dürfte eine Bestell- oder Vertragsnummer ausreichend sein. Eine Kundennummer hingegen genügt den Anforderungen nur, wenn der Kunde nur einen einzigen Vertrag beim jeweiligen Anbieter besitzt. In beiden Fällen muss verhindert werden, dass der Verbraucher durch zu viele Identifizierungsmerkmale faktisch von der Kündigung abgehalten wird, weil ihm der Aufwand des Zusammensuchens der angeforderten Daten zu groß wird.

36 *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 80. Aufl. (2021), § 312j, Rn. 9.

37 Vgl. dazu AG Köln, K&R 2014, 754, mAnm. *Buchmann*.

38 *Gaier*, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. (2019), § 314 Rn. 29.

39 BGH, Urt. v. 12.07.2016 – XI ZR 564/15, *Fritsche*, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. (2019), § 355 Rn. 47.

40 vgl. zu § 626 Abs. 2 S. 3 BGB *Plum*, in: Hau/Poseck, BeckOK-BGB, 61. Ed. (01.02.2022), § 626 Rn. 52; *Henssler*, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. (2019), § 626 Rn. 69.

Der Verbraucher soll auch den Zeitpunkt angeben, zu dem die Kündigung das Vertragsverhältnis beenden soll. Üblicherweise wird dies der nächstmögliche Zeitpunkt sein. Um zu verhindern, dass ein Verbraucher an der Berechnung der richtigen Kündigungsfrist scheitert, stellt § 312k Abs. 5 BGB nF. klar, dass die Kündigung im Zweifel zum frühestmöglichen Zeitpunkt erfolgt, falls der Verbraucher bei seiner Kündigung keinen Zeitpunkt angibt, zu dem das Vertragsverhältnis enden soll. Daraus wird deutlich, dass es sich bei Art. 312k Abs. 2 S. 3 Nr. 1 d) BGB nF. nicht um ein Pflichtfeld handeln kann.⁴¹ Der Gesetzgeber schlägt daher vor, dass die Option „schnellstmöglich“ oder ähnlich vorgehalten werden soll.⁴² Verpflichtend ist dies aber nicht. Gleichzeitig verlangt das Gesetz keinen Hinweis darauf, dass das Nichtausfüllen des Feldes für den Verbraucher keine Konsequenzen hat. Dies verlangt auch die Zweifels-Regelung in § 312k Abs. 5 BGB nF. nicht. Auch hier besteht daher im Sinne des Verbraucherschutzes Korrekturbedarf.

Schließlich muss der Verbraucher eine Möglichkeit zur schnellen elektronischen Übermittlung der Kündigungsbestätigung angeben; dies wird in der Regel eine E-Mail-Adresse sein.⁴³ Auch hier stellt sich die Frage, welche Konsequenz die Nichteingabe haben soll. Dem Kündigungswilligen kann ohne Angabe einer E-Mail-Adresse das Absenden seiner Kündigung nicht verwehrt werden, da er dadurch keinen Nachteil erleidet. § 312k Abs. 4 S. 1 BGB nF. verlangt vom Unternehmer lediglich, den Zugang unverzüglich auf elektronischem Weg in Textform zu bestätigen, dies kann also auch auf dem Postweg geschehen. Gleichzeitig schafft die Vermutung in § 312k Abs. 4 S. 2 BGB nF. kein Bedürfnis für die Angabe einer E-Mail-Adresse. Schließlich hat der Unternehmer ohnehin keine Möglichkeit zu prüfen, ob die eingetragene E-Mail-Adresse richtig ist oder nicht. Von der Eingabe einer E-Mail-Adresse darf die Möglichkeit des Absendens der Kündigungserklärung daher nicht abhängig gemacht werden.

3. Bestätigungsschaltfläche

Das Anklicken der Bestätigungsschaltfläche auf der Bestätigungsseite schließt den Kündigungsvorgang des Verbrauchers ab. Auch hier kann auf die Rechtsprechung und Literatur zum Bestellbutton und § 312j Abs. 3 BGB verwiesen werden.⁴⁴

V. Bestätigung und Speicherbarkeit

Der Gesetzgeber hat erkannt, dass eine über ein Online-Formular ausgesprochene Kündigung Risiken hinsichtlich der Beweisbarkeit des Absendens und des Zugangs birgt. Dem begegnen § 312k Abs. 3 und 4 BGB nF.

§ 312 Abs. 3 BGB nF. sieht vor, dass dem Verbraucher ermöglicht werden muss, die abgegebene Kündigungserklärung mit Datum und Uhrzeit der Abgabe auf einem dauerhaften Datenträger zu speichern. Aus diesem gespeicherten Dokument muss zudem erkennbar sein, dass die Kündigungserklärung abgegeben wurde. Dies verlangt zwingend, dass sich nach Anklicken des Kündigungsbuttons eine weitere Seite öffnet, die die Kündigungserklärung (dies beinhaltet alle Angaben nach § 312k Abs. 2 S. 4 Nr. 1 BGB nF.) und die weiteren verlangten Informationen (Sie haben Ihre Kündigungserklärung zum oben genannten Vertragsverhältnis am [Datum] um [Uhrzeit] an uns abgeschickt) beinhaltet. Diese Seite muss der Verbraucher abspeichern können, wobei es der Gesetzgeber hier unterlassen hat, Anforderungen an diesen

Vorgang zu formulieren; die Gesetzesbegründung verweist nur auf § 126b S. 2 Nr. 1 BGB und die dort normierte Möglichkeit der Speicherung auf einem dauerhaften Datenträger. Auch ein (für einen Laien nicht so einfach zu erstellender) Screenshot ist eine Möglichkeit einer Speicherung. Im wohlverstandenen Interesse des Verbraucherschutzes darf dies nicht genügen. Vielmehr muss ein Button oder sprechender Link vorgehalten werden, mit dessen Anklicken der Verbraucher ein dadurch erstelltes Dokument in einem gängigen und unveränderbaren Format (z.B. als PDF, jpg oder tiff-Datei) auf seinem Computer abspeichern kann oder ihm durch ein entsprechendes Symbol der Ausdruck ermöglicht wird.

Eine doppelte Absicherung enthält § 312k Abs. 4 BGB nF., wonach der Unternehmer dem Verbraucher sofort nach Anklicken des Kündigungsbuttons eine Bestätigung in Textform zusenden muss, die die gleichen Informationen enthält, wie die nach Abs. 3 speicherbare Kündigungsbestätigung. Hat der Verbraucher entgegen § 312k Abs. 2 S. 4 Nr. 1 e) BGB nF. keine E-Mail-Adresse oder eine andere Möglichkeit zur schnellen elektronischen Übermittlung angegeben, muss die Bestätigung auf dem Postweg an die nach § 312k Abs. 2 S. 4 Nr. 1 b) BGB nF. angegebene Adresse erfolgen.

VI. Sanktionen

Unternehmer, die die Kündigungsschaltfläche, die Bestätigungsseite und die Bestätigungsschaltfläche nicht vorhalten, werden vom Gesetzgeber bestraft. Auch dies entspricht dem Mechanismus von § 312j Abs. 4 BGB; dort kommt der Vertrag nicht zustande, wenn der Unternehmer die gesetzlichen Vorgaben zur Gestaltung des Bestellbuttons nicht einhält. Damit möchte der Gesetzgeber (außerhalb des Risikos der Abmahnbarkeit wegen eines Verstoßes gegen § 3, 3a UWG) einen Anreiz schaffen, dass Unternehmer die Kündigungsmöglichkeit nach den gesetzlichen Vorgaben umsetzen.⁴⁵ Hält sich der Unternehmer nicht kumulativ an alle Vorgaben in § 312 Abs. 1 und Abs. 2 BGB nF., kann ein Verbraucher einen Vertrag jederzeit ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen. Wann die noch vertretbare Zeit endet, in der eine Website nicht erreichbar ist, und ab wann das gezielte Vorenthalten der Kündigungsmöglichkeit nach § 312k BGB nF. beginnt, bleibt eine Auslegungsfrage im Einzelfall. Ist die Website des Unternehmers erreichbar, funktioniert allerdings der Kündigungsprozess nicht fehlerfrei und/oder entspricht nicht den gesetzgeberischen Vorgaben, so muss dies das fristlose Kündigungsrecht des Verbrauchers zur Folge haben, weil ansonsten in der Praxis nicht mehr handhabbare Abgrenzungsschwierigkeiten entstehen würden.

Für das Vorliegen der Voraussetzungen soll laut Gesetzesbegründung der Verbraucher beweispflichtig sein. Dies entspricht den allgemeinen Beweisregeln, weil dies für ihn vorteilhaft ist, widerspricht aber § 312k Abs. 2 BGB aF. (= künftiger § 312l BGB nF.), der dem Unternehmer die Beweislast für das Einhalten der in diesem Untertitel (folglich auch für § 312k BGB nF.) geregelten Informationspflichten auferlegt. Dazu gehört aber auch die Gestaltung einer Webseite nach den Vorgaben von § 312k Abs. 1 und Abs. 2 BGB nF., da es sich faktisch um eine Informationspflicht handelt.⁴⁶ Im Sinne des Verbraucherschutzes wäre es zu befürworten, dass auch hier dem Unternehmer die Beweislast auferlegt wird. Allerdings bringt diese Beweislastverteilung schon beim Bestellbutton in § 312j Abs. 4 BGB erhebliche Beweisprobleme

⁴¹ So die Gesetzesbegründung, ▶ *BT-Drs. 19/30840, S. 17.*

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Vgl. dazu schon oben.

⁴⁵ ▶ *BT-Drs. 19/30840, S. 18.*

⁴⁶ *Wendehorst*, in: *MüKo-BGB*, 8. Aufl. (2019), BGB § 312j Rn. 39; *Buchmann*, *K&R* 2014, 453, 457.

mit sich.⁴⁷

C) Stellungnahme und Fazit

Auch wenn sich die TK-Branche nicht neu erfinden muss, bringen die Neuerungen in § 309 Nr. 9 BGB und § 312k BGB für die Anbieter Änderungen mit sich, die nicht unerheblich sind. Es ist zu erwarten, dass Verbraucher künftig nach Ablauf der initialen Vertragslaufzeit von zwei Jahren eher Gebrauch von ihrem Kündigungsrecht machen, weil sie sich dann jederzeit mit einer kurzen Frist von einem Monat vom Vertrag lösen können. Konsequenz wird sein, dass künftig der Kampf um Neukunden um den Kampf um Bestandskunden ergänzt wird, die bislang eher stiefmütterlich behandelt werden, während Neukunden mit sehr attraktiven Angeboten gelockt werden. Der Hintergrund ist verständlich: wer einmal Kunde ist, bleibt es unter den noch bestehenden Regelungen auch eher. Genau hier hat der Gesetzgeber eingehakt und eine substantielle Neuerung für die Marktteilnehmer geschaffen.

Im Sinne des Verbraucherschutzes handelt es sich bei den Neuregelungen um einen willkommenen Schritt in die richtige Richtung. Die Umsetzung ist insgesamt zu begrüßen und ist hinreichend ausgewogen, um sowohl die Interessen der TK-Anbieter zu wahren, die mit der Mindestvertragslaufzeit ihre Akquisekosten für die Neukundengewinnung amortisieren können, als auch die Interessen der Verbraucher, die nach Ablauf der Vertragslaufzeit einfach und kurzfristig einen Anbieterwechsel durchführen können. Das Gesetz für faire Verbraucherverträge ist ein damit ein gelungener Ansatz für mehr Verbraucherschutz in Deutschland.

► Inhaltsverzeichnis

⁴⁷ Buchmann, K&R 2014, 453, 457.



Andere sitzen noch im Büro, Sie stehen schon vor der Bühne.*

© iuratio / Adobe Stock / 91251401



Hohe Spezialisierung, direkte Mandatsarbeit, persönlicher Partnerkontakt und ein kollegiales Arbeitsumfeld gehören für uns ebenso zu Ihrem neuen Job in unserer Wirtschaftskanzlei wie die richtige Balance zwischen Arbeit und Privatleben. Wir suchen für unsere Teams in Stuttgart und Frankfurt am Main

Rechtsanwälte (m/w/d)

Referendare (m/w/d)

Wissenschaftliche Mitarbeiter (m/w/d)

Bewerben Sie sich jetzt. Sie haben vorab Fragen?

Wir stehen Ihnen gerne persönlich zur Verfügung:

Sibylle Günther | +49 711 16445-307 | karriere@brp.de | www.brp.de/karriere



BRP Renaud und Partner mbB · Rechtsanwälte Patentanwälte Steuerberater · Stuttgart Frankfurt · www.brp.de

*Mit unserem BRP-Kultur-Abo erhalten Sie freien Eintritt zu ausgewählten Kultur- und Konzertveranstaltungen.

Fallbearbeitung - Zivilrecht

Prof. Dr. Christian Picker/Chantal Nastl

„Schicksalsschläge eines Landwirts“

Fortgeschrittenenhausarbeit



Prof. Dr. Christian Picker | Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Unternehmensrecht an der Universität Konstanz.

E-Mail-Kontakt: ▶ christian.picker@uni-konstanz.de



Chantal Nastl | Rechtsreferendarin und wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Unternehmensrecht an der Universität Konstanz (Prof. Dr. Christian Picker)

E-Mail-Kontakt: ▶ chantal.nastl@uni-konstanz.de

Sachverhalt¹

Landwirt Bruno (B) ist Alleineigentümer eines Bauernhofes mit 100 Milchkühen im idyllischen Oberschwaben. Das mit dem Hof bebaute Grundstück und die Kühe machen im Wesentlichen sein gesamtes Vermögen aus. Von seiner Ehefrau Frieda (F), die das Großstadtleben im fernen Berlin bevorzugt, lebt B seit langem getrennt. Einen Ehevertrag haben die beiden nicht geschlossen.

Ende 2016 beschließt B, sein restliches Leben als Schafzüchter im schottischen Hochland zu verbringen. Daher verkauft er „seinen Bauernhof mit allem Zubehör“ am 2.1.2017 durch notariell beurkundeten Kaufvertrag für 1.000.000 Euro an den benachbarten Landwirt Gustav (G). Noch am selben Tag erklären B und G vor dem Notar die Auflassung des Hofgrundstücks von B an G. B bewilligt die Eintragung des G im Grundbuch, woraufhin G beim zuständigen Grundbuchamt die Umschreibung des Hofgrundstücks auf sich als neuen Eigentümer beantragt.

G ist zwar mit den Vermögensverhältnissen des B bestens vertraut. Er weiß aber nicht, dass B verheiratet ist. Denn F hat ihren Mann B nicht nur seit Jahren nicht mehr besucht; vielmehr hatte sich B ihm, dem G, gegenüber stets als „überzeugter Junggeselle“ ausgegeben. Auch die Frage des beurkundenden Notars, ob er verheiratet sei, verneint B wahrheitswidrig. Dabei ist B felsenfest davon überzeugt, dass seine Ehe mit F keinen Einfluss auf die Wirksamkeit des Geschäfts mit G hat: Schließlich gehöre der gesamte Hof ihm allein. Auch sei seine Ehe zerrüttet und ohnehin gehe sein Liebesleben niemanden etwas an. Am 15.3.2017 wird G als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen.

In der Folgezeit hat G an dem von B gekauften Bauernhof wenig Freude. Er verkauft und übergibt deshalb am 1.6.2017 die 100 Milchkühe für 100.000 Euro an den Viehhändler V. G und V vereinbaren, dass V sofort deren Eigentümer ist. Außerdem vereinbaren sie zugunsten des V ein einmonatiges Rücktrittsrecht. Am 15.6.2017 erfährt V, der bislang fest davon ausgegangen war, dass die Kühe immer schon G gehörten, zufällig, dass G den Bauernhof mit den Kühen von B erhalten hat und B zu diesem Zeitpunkt mit F verheiratet war. V befürchtet, dass G ihm deshalb „kein richtiges Eigentum“ an den Kühen verschaffen konnte, und

tritt noch am selben Tag wirksam vom Kaufvertrag zurück. Die Kühe, die V zwischenzeitlich auf sein eigenes Landgut transportiert hatte, bringt er umgehend zu G zurück. Daraufhin zahlt G ihm den Kaufpreis iHv. 100.000 Euro zurück. Erst jetzt erfährt auch G, dass B mit F verheiratet ist. G ist aber davon überzeugt, dass er dennoch „vollwertiges“ Eigentum an „Hof und Kühen“ erlangt hat. Da er für die von V zurückgegebenen 100 Kühe, die einen Gesamtwert von 100.000 Euro haben, keine Verwendung hat, schlachtet und verarbeitet er sie zu Fleischwaren im Gesamtwert von ebenfalls 100.000 Euro.

Das weitere Leben von B verläuft wenig glücklich: Das schottische Hochland erreicht er nie. Vielmehr bleibt er im Rotlichtviertel von Glasgow hängen und verprasst dort den gesamten Verkaufserlös. Im Oktober 2017 kehrt er schließlich vermögenslos, alkoholkrank und obdachlos nach Oberschwaben zurück. Im gleichen Monat erfährt F zufällig von der Eintragung des G und dem übrigen Geschehen. Sie verlangt daraufhin das Hofgrundstück von G „umgehend zurück“. Außerdem will F von G „Ersatz“ für die Kühe. G weigert sich jedoch entschieden: Schließlich sei B Alleineigentümer des Grundstücks wie der Kühe gewesen. Zudem sei die Ehe von B und F – was zutrifft – im August 2017 rechtskräftig geschieden worden. Über eine Rückgabe des Hofgrundstücks könne man allenfalls reden, wenn ihm sein Kaufpreis zurückgezahlt werde.

Auch finanziell läuft es bei G nicht mehr rund. Für die Modernisierung seines eigenen Gutshofs benötigt er dringend ein Darlehen über 200.000 Euro. Die C-Bank, mit der er darüber verhandelt, ist dazu nur gegen Erhalt entsprechender Sicherheiten bereit. G kann sein bereits belastetes Grundstück jedoch nicht weiter belasten. Aus Liebe zu ihrem Sohn bestellt schließlich seine verwitwete Mutter (M) eine Höchstbetragshypothek über 100.000 Euro an ihrem kleinen Hausgrundstück (mit gleichem Verkehrswert) zugunsten der C-Bank. Dieses Hausgrundstück ist praktisch ihr einziger Vermögenswert; ihre monatliche Rente von 400 Euro reicht ihr gerade zum Leben.

Zusätzlich verbürgt sich die volljährige Tochter (T) von G formwirksam und selbstschuldnerisch gegenüber der C-Bank für die Darlehensschuld ihres Vaters in Höhe von maximal 200.000 Euro. T verfügt zwar über kein eigenes Vermögen. Sie hat den Bürgschaftsvertrag mit der C-Bank aber nicht aus persönlicher Verbundenheit mit ihrem Vater G geschlossen, sondern weil sie als promovierte Agraringenieurin dessen Gutshof bald übernehmen und selbstständig fortführen will und soll. Daraufhin zahlt die C-Bank das Darlehen iHv. 200.000 Euro an G aus. Ein paar Monate später wird G zahlungsunfähig und kann die zwischenzeitlich fällige Darlehensschuld nicht mehr an die C-Bank zurückzahlen.

¹ Dieser Sachverhalt wurde an der Universität Konstanz im Sommersemester 2018 als Ferienhausarbeit in der Übung im Bürgerlichen Recht für Fortgeschrittene gestellt.

Aufgaben:

1. Welche Ansprüche kann F gegen G geltend machen?
2. Welche Ansprüche hat G im Zusammenhang mit dem Kauf von Hof und Kühen? Ansprüche wegen Mängelgewährleistung sind nicht zu prüfen.
3. Kann die C-Bank von T Zahlung von 200.000 Euro verlangen?
4. Unterstellt, dass der Zahlungsanspruch der C-Bank gegen T begründet ist: Kann T nach Zahlung an die C-Bank bei M Regress nehmen?

Bearbeiterhinweis: Auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen ist – gegebenenfalls hilfgutachterlich – einzugehen. Vorschriften außerhalb des BGB sind nicht zu prüfen.

Gliederung**Aufgabe 1**

- A) Ansprüche der F
B) Geltendmachung von Ansprüchen des B gegen G in Prozessstandschaft
- I. Revokationsbefugnis der F gem. § 1368 BGB iVm. § 1365 Abs. 1 BGB
1. Verfügung über das „Vermögen im Ganzen“
 - a) Gesamtheorie
 - b) Einzeltheorie
 - c) Stellungnahme
 2. Irrelevant: Gegenleistung des G
 3. Subjektiver Tatbestand
 - a) Kenntnis von den Vermögensverhältnissen
 - b) Kenntnis vom Familienstand
 4. Fehlende Zustimmung
 5. Irrelevant: Getrenntleben
 6. Folgen der rechtskräftigen Scheidung
 - a) Keine Heilung der Rechtsgeschäfte nach Scheidung
 - b) Geltendmachung gem. § 1368 BGB
 7. Ergebnis
- II. Ansprüche des B wegen des Hofgrundstücks
1. § 894 BGB
 - a) Anspruch entstanden
 - aa) Eigentumsübertragung am Grundstück
 - (1) Auflassung und Eintragung
 - (2) Berechtigung
 - (3) Gutgläubiger Erwerb gem. §§ 892, 873, 925 BGB
 - (4) Gutgläubiger Erwerb gem. § 135 Abs. 2 BGB iVm. §§ 892, 873, 925 BGB
 - bb) Ergebnis
 - b) Durchsetzbarkeit des Anspruchs
 - aa) § 242 BGB
 - bb) § 273 BGB
 - c) Ergebnis
 2. § 899 BGB
 3. § 985 BGB
 - a) Bestehen eines Herausgabeanspruchs
 - b) Herausgabeverlangen
 4. § 823 Abs. 1 BGB
 5. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB
 - a) Anspruchsvoraussetzungen
 - b) Umfang des Revokationsrechts
 - c) Ergebnis
- III. Ansprüche des B wegen der Kühe
1. § 985 BGB
 - a) Eigentümerstellung des B
 - aa) Eigentumsübertragung B an G gem. §§ 926 Abs. 1 S. 1, 97, 90a BGB
 - bb) Eigentumsübertragung G an V gem. §§ 929 S. 1, 932 S. 1 BGB
 - cc) Rückwerb des Nichtberechtigten
 - (1) Automatischer Rückfall des Eigentums an den ursprünglichen Eigentümer
 - (a) Auflösende Bedingung
 - (b) Verfügungsgeschäft für den, den es angeht
 - (c) Gesetzliche Erwerbsermächtigung
 - (d) Teleologische Reduktion der Gutgläubensvorschriften
 - (e) Teleologische Reduktion des Abstraktionsprinzips
 - (2) Ablehnung eines automatischen Rückfalls
 - (3) Stellungnahme

- (a) Keine Unbilligkeit des Rückerwerbs
- (b) Wertungen der § 892, §§ 932 ff. BGB
- (c) Verstoß gegen das Abstraktionsprinzip

b) Ergebnis

2. Ansprüche des B gegen G auf Ersatz wegen der Weiterveräußerung der Kühe an V

- a) Reichweite der Revokationsbefugnis
- b) §§ 990 Abs. 1 S. 1, 989 BGB
- c) § 823 Abs. 1 BGB
- d) § 687 Abs. 2 S. 1 iVm. § 678 BGB
- e) Ergebnis

3. Ansprüche des B gegen G auf Herausgabe des Erlöses aus dem Weiterverkauf an V

- a) § 285 BGB
- b) §§ 687 Abs. 2 S. 1, 681 S. 2 iVm. § 667 BGB
- c) § 816 Abs. 1 S. 1 BGB
 - aa) Anwendbarkeit
 - bb) Wirksame Verfügung eines Nichtberechtigten
 - cc) Umfang des Anspruchs
 - (1) Veräußerungserlös oder Wertersatz
 - (2) Rückübereignung der Kühe?
 - (a) Teleologische Auslegung von § 816 Abs. 1 S. 1 BGB
 - (b) Gleiches Ergebnis aus § 818 Abs. 1 BGB?
 - (c) Hier: Herausgabe der Fleischwaren

(3) Ergebnis

d) § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB

4. Ansprüche des B gegen G wegen der Schlachtung

- a) Reichweite der Revokationsbefugnis
- b) Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 iVm. § 292 Abs. 1 iVm. § 989 BGB
 - aa) Bereicherungsanspruch
 - bb) Positive Kenntnis des G
 - cc) Voraussetzungen des § 989 BGB
 - dd) Rechtsfolge: Schadensersatz nach §§ 249 ff. BGB

5. Hilfgutachten

- a) § 985 BGB
 - aa) Eigentümerstellung des B
 - (1) Eigentumsverlust durch Verarbeitung?
 - (2) Ergebnis
 - bb) Weitere Voraussetzungen und Ergebnis
- b) § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB
- c) Ansprüche des B gegen G wegen der Schlachtung
 - aa) §§ 990 Abs. 1 S. 2, 989 BGB
 - bb) § 823 Abs. 1 BGB
 - cc) §§ 687 Abs. 2 S. 1, 678 BGB
 - dd) § 951 Abs. 1 BGB iVm. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB

Aufgabe 2

A) Anspruch des G gegen B auf Kaufpreistrückzahlung aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

- I. Tatbestandsvoraussetzungen
- II. Rechtsfolge

1. Entreicherung gem. § 818 Abs. 3 BGB
2. Verschärfte Haftung gem. §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 BGB
3. Hilfsweise: Rückabwicklung synallagmatischer Verträge
 - a) Strenge Zweikondiktionenlehre
 - b) Saldotheorie
 - c) Modifizierte Zweikondiktionenlehre
 - d) Stellungnahme

III. Ergebnis

B) Schadensersatzansprüche des G wegen der wahrheitswidrigen Aussage des B vor dem Notar

I. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2 BGB

1. Schuldverhältnis
2. Pflichtverletzung und Vertretenmüssen
3. Schaden
4. Ausschluss aufgrund von § 1365 Abs. 1 BGB?
5. Ergebnis

II. Deliktische Ansprüche

1. § 823 Abs. 2 BGB iVm. § 263 StGB
2. § 826 BGB

Aufgabe 3

A) Anspruch der C-Bank gegen T auf Zahlung von 200.000 Euro aus §§ 765 Abs. 1, 766, 767 Abs. 1 BGB iVm. § 488 BGB

I. Wirksamer Bürgschaftsvertrag

1. Einigung, Inhalt und Form des Vertrages
2. Sittenwidrigkeit?
 - a) Sittenwidrigkeit von Angehörigenbürgschaften
 - b) Ablehnung der Vermutungsregel
 - c) Ergebnis

II. Bestand der zu sichernden Hauptforderung gem. § 767 Abs. 1 BGB

III. Gegenrechte des Bürgen

B) Ergebnis

Aufgabe 4

A) Regressanspruch der T gegen M aus §§ 1147, 774 Abs. 1, 412, 401 Abs. 1 Var. 1, 1153 Abs. 1 BGB

I. Inhaberin der Hypothek

1. Bestellung der Hypothek zugunsten der C-Bank
 - a) Erwerbsvoraussetzungen
 - b) Keine Sittenwidrigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB
 - c) Ergebnis
2. Übergang der Hypothek auf T gem. §§ 774 Abs. 1, 412, 401 Abs. 1 Var. 1, 1153 Abs. 1 BGB
3. Begrenzung des Übergangs
 - a) Wettlauf der Sicherungsgeber
 - aa) Wortlautgetreue Gesetzesanwendung
 - bb) Keine Regressmöglichkeit
 - cc) Privilegierung des Bürgen
 - dd) Anteilige Haftung
 - ee) Stellungnahme
 - b) Höhe des Ausgleichsanspruch
 - aa) Stufenmodell
 - bb) Quotenmodell
 - cc) Berechnung

c) Ergebnis

II. Fälligkeit und Gegenrechte

III. Ergebnis

B) Regressanspruch der T gegen M aus § 426 Abs. 1 BGB analog?

Gutachten

Aufgabe 1

A) Ansprüche der F

B war Alleineigentümer des Hofgrundstücks. Seine Ehe mit F ändert daran nichts: B und F lebten mangels anderslautender Vereinbarung im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, weshalb nach dem damit einschlägigen § 1363 Abs. 2 S. 1 BGB jeder Ehegatte Alleineigentümer seiner Sachen bleibt. F hat daher keine eigenen Ansprüche aus Eigentum.

B war zudem Alleinbesitzer des Hofgrundstücks, sodass die in Berlin lebende F auch keine eigenen Ansprüche aus Besitz(-recht) hat. Weiter besteht zwischen G und F kein vertragliches oder gesetzliches Schuldverhältnis. Auch ist § 1365 Abs. 1 BGB kein Schutzgesetz iSd. § 823 Abs. 2 BGB.²

B) Geltendmachung von Ansprüchen des B gegen G in Prozessstandschaft

I. Revokationsbefugnis der F

gem. § 1368 BGB iVm. § 1365 Abs. 1 BGB

F könnte jedoch nach § 1368 BGB berechtigt sein, Ansprüche ihres Ehemanns B im eigenen Namen gegenüber G geltend zu machen.

Eine solche gesetzliche Prozessstandschaft³ liegt vor, wenn B ohne die nach § 1365 Abs. 1 BGB erforderliche Einwilligung der F über sein Vermögen im Ganzen verfügt hat. Dabei erstreckt sich § 1368 BGB – entgegen seines (zu engen) Wortlauts – auch auf die außergerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen.⁴

B und F lebten zum Zeitpunkt der Verfügung im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft (§ 1363 Abs. 1 BGB), so dass die §§ 1363 ff. BGB anwendbar sind.

1. Verfügung über das „Vermögen im Ganzen“

B müsste nach § 1365 Abs. 1 BGB zunächst über sein Vermögen im Ganzen verfügt haben. Hier macht das Hofgrundstück mit den Kühen zwar das wesentliche, nicht aber das gesamte Vermögen des B aus. Ob dies ausreicht, ist umstritten.

a) Gesamttheorie

Nach Ansicht der sog. Gesamttheorie handelt es sich nur dann um eine Verfügung über das Vermögen im Ganzen, wenn nach dem übereinstimmenden Parteiwillen tatsächlich über das gesamte Vermögen verfügt werden soll.⁵

Hier wollte B seinen Bauernhof samt Zubehör an den G übertragen. Dem Inhalt der Erklärungen nach sollte aber nicht das gesamte Vermögen des B Verfügungsobjekt sein. Damit wäre § 1365 Abs. 1 BGB hier nicht anwendbar.

b) Einzeltheorie

Nach der von der hM. vertretenen sog. Einzeltheorie ist es hingegen ausreichend, wenn der Ehegatte (bei wirtschaftlicher Betrachtung) nahezu über sein gesamtes Vermögen verfügt.⁶

² Ganz hM., vgl. nur *Budzikiewicz*, in: Erman BGB, 16. Aufl. (2020), § 1368 Rn. 4a mwN.; aA. OLG Celle NJW 1970, 1882 (1883).

³ HM., vgl. nur *Siede*, in: Grüneberg, 81. Aufl. (2022), § 1368 Rn. 3 mwN.

⁴ Allg. Ansicht, vgl. nur *Koch*, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. (2022), § 1368 Rn. 12; „extensiver Interpretation“; *Thiele*, in: Staudinger, (2017), § 1368 Rn. 24; *Czeguhn*, in: Soergel, 13. Aufl. (2013), § 1368 Rn. 8.

⁵ *Tiedau*, MDR 1961, 721 (725); *Barz*, ZHR 1963/64, 170 (172); *Rittner*, FamRZ 1961, 1 (10).

⁶ BGH NJW 1961, 1301 (1303); BGH NJW 1965, 909 (910); *Koch*, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. (2022), § 1365 Rn. 19; *Thiele*, in: Staudinger, (2017), § 1365 Rn. 19.

Danach kann auch ein Rechtsgeschäft über einen einzelnen Gegenstand unter § 1365 Abs. 1 BGB fallen, wenn dieser im Wesentlichen das gesamte Vermögen des Verfügenden ausmacht.⁷

Hier bilden das mit dem Hof bebaute Grundstück und die Kühe das wesentliche Vermögen des B, sodass B nach dieser Auffassung über sein Vermögen im Ganzen verfügt hat.

c) Stellungnahme

Die sog. Gesamttheorie kann sich auf die Entstehungsgeschichte und den Wortlaut des § 1365 Abs. 1 BGB berufen; auch spricht für sie der systematische Zusammenhang mit § 311b Abs. 3 BGB, der ausdrücklich die Übertragung des gesamten Vermögens verlangt.⁸ Schließlich lässt sich teleologisch argumentieren, dass der Grundsatz der selbstständigen Vermögensverwaltung (vgl. § 1364 BGB) zu stark beschränkt wird, wenn schon die Verfügung eines einzelnen Gegenstands unzulässig ist, obwohl dieser nicht das gesamte Vermögen ausmacht.⁹ § 1365 Abs. 1 BGB ist danach als Ausnahmetatbestand eng auszulegen,¹⁰ wofür auch der Schutz der Sicherheit des Rechtsverkehrs spricht.¹¹

Dagegen und für die sog. Einzeltheorie spricht jedoch, dass das BGB keine Verfügungen über das Vermögen im Ganzen kennt; „Totalvermögensgeschäfte“ sind wegen des sachenrechtlichen Spezialitätsgrundsatzes ausgeschlossen.¹² Ein „Restvermögen“ verbleibt dem Verfügenden somit stets. Zudem beschränkt eine derart enge Interpretation, wie sie die Gesamttheorie vornimmt, den Anwendungsbereich des § 1365 Abs. 1 BGB auf einige wenige Extremfälle¹³, wodurch Umgehungsgeschäfte erheblich erleichtert werden¹⁴. Dies widerspricht jedoch dem Schutzzweck der Norm¹⁵ – die wirtschaftliche Grundlage des Familienlebens und einen zukünftigen Zugewinnausgleich des Ehegatten zu sichern¹⁶.

Im Interesse eines effektiven Familienschutzes (und damit auch im Lichte des Art. 6 Abs. 1 GG) ist § 1365 Abs. 1 BGB daher mit der hM. dahingehend auszulegen, dass auch die Verfügung über einen Einzelgegenstand ausreicht, wenn dieser im Wesentlichen das gesamte Vermögen des Verfügenden ausmacht.¹⁷

Folglich hat B hier über sein Vermögen im Ganzen verfügt.

2. Irrelevant: Gegenleistung des G

Dass G mit der Kaufpreiszahlung eine Gegenleistung erbracht hat, ändert daran nichts. Nach allgemeiner Ansicht kommt es nämlich für die Anwendbarkeit des § 1365 Abs. 1 BGB nicht darauf an, ob die Verfügung eine wirtschaftliche (Vermögens-) Einbuße zur Folge hat.¹⁸ Anderenfalls wäre § 1365 Abs. 2 BGB, der die Zustimmungsbedürftigkeit auch vorteilhafter Geschäfte

⁷ BGHZ 35, 135 (143); *Wellenhofer*, Familienrecht, 6. Aufl. (2021), § 14 Rn. 8; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 7. Aufl. (2020), § 34 Rn. 25.

⁸ *Barz*, ZHR 1963/64, 170 (172); *Benthin*, FamRZ 1982, 338 (342); *Liebs*, AcP 1975, 1 (28); *Rittner*, FamRZ 1961, 1 (16).

⁹ *Benthin*, FamRZ 1982, 338 (342); *Rittner*, FamRZ 1961, 1 (2).

¹⁰ *Barz*, ZHR 1963/64, 170 (172); *Tiedau*, MDR 1961, 721 (721).

¹¹ *Tiedau*, MDR 1961, 721 (721 f.); *Benthin*, FamRZ 1982, 338 (339).

¹² *Braga*, FamRZ 1967, 652 (653); *Tiedke*, JZ 1984, 1018 (1019).

¹³ *Sandrock*, Festschrift für Bosch (1976), S. 841 (845 f.); *Budzikiewicz*, in: Erman BGB, 16. Aufl. (2020), § 1365 Rn. 8a.

¹⁴ *Mülke*, AcP 1962, 129 (139 f.).

¹⁵ *Czeguhn*, in: Soergel, 13. Aufl. (2013), § 1365 Rn. 6; *Wellenhofer*, Familienrecht, 6. Aufl. (2021), § 14 Rn. 8; *Koch*, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. (2022), § 1365 Rn. 18 f.

¹⁶ BT-Drs. II/224 S. 41 (<https://dserver.bundestag.de/btd/02/002/0200224.pdf#page=42>); BGHZ 35, 135; *Gernhuber*, Familienrecht, 7. Aufl. (2020), § 34 Rn. 4.

¹⁷ *Mülke*, AcP 1962, 129 (130).

¹⁸ BGHZ 35, 134 (145); OLG Hamm, FamRZ 1997, 675 (676); *Koch*, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. (2022), § 1365 Rn. 29.

anordnet, bedeutungslos.¹⁹

3. Subjektiver Tatbestand

a) Kenntnis von den Vermögensverhältnissen

Umstritten ist, ob der Erwerber positive Kenntnis haben muss, dass der Gegenstand der Verfügung (nahezu) das gesamte Vermögen des veräußernden Ehegatten ausmacht.

Die von der hM. vertretene subjektive Theorie verlangt diese Kenntnis bei der Verfügung über einen einzelnen Gegenstand als ungeschriebenes subjektives Tatbestandsmerkmal des § 1365 Abs. 1 BGB.²⁰ Dies sei geboten, um den durch die Einzeltheorie sehr weit gezogenen Anwendungsbereich zu begrenzen und den Verkehrsschutz bei der Abwägung der gegenseitigen Interessen nicht vollständig zu vernachlässigen.²¹

Dem widersprechen die Vertreter der objektiven Theorie, die dem Schutz der Familie auch hier Vorrang vor dem Schutz des Rechtsverkehrs einräumen wollen.²² Der Gesetzgeber habe sich im Grundsatz für die Verfügungsfreiheit jedes einzelnen Ehegatten entschieden (§ 1364 BGB) und den Gedanken des Familienschutzes insoweit nur in zwei Ausnahmetatbeständen berücksichtigt, nämlich bei Verfügungen über das Vermögen im Ganzen (§ 1365 BGB) und über Haushaltsgegenstände (§ 1369 BGB). Dem Wortlaut des § 1365 BGB könne kein (zusätzliches) subjektives Tatbestandsmerkmal entnommen werden.²³ Indem die Rechtsprechung ein solches verlange, überschreite sie die Grenzen zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung.²⁴

Hier war G mit den Vermögensverhältnissen des B bestens vertraut. Damit ist auch das von der hM. zusätzlich verlangte subjektive Tatbestandsmerkmal erfüllt, weshalb es keines Streitentscheidungs bedarf.

b) Kenntnis vom Familienstand

Fraglich ist weiter, ob der Erwerber auch wissen muss, dass der Verfügende verheiratet ist.

Hier hatte G nämlich weder Kenntnis davon, dass B verheiratet ist, noch hätte er dies wissen müssen. Der gute Glaube, dass der Vertragspartner unverheiratet ist, ist jedoch nur für den Widerruf von Bedeutung (vgl. § 1366 Abs. 2 S. 2 BGB). Im Umkehrschluss ist die Unkenntnis über den Familienstand grundsätzlich irrelevant.²⁵ Der gute Glaube des G steht § 1365 Abs. 1 BGB daher nicht entgegen.

4. Fehlende Zustimmung

F hat weder in den schuldrechtlichen Kaufvertrag noch in die dingliche Verfügung eingewilligt. Verträge, die ohne die nach § 1365 Abs. 1 BGB erforderliche Einwilligung geschlossen worden sind, sind schwebend unwirksam. F hat ihre Genehmigung gem. §§ 1366 Abs. 1 BGB, 184 Abs. 1 BGB auch (konkludent) verweigert, indem sie das Grundstück von G im Oktober 2017 zurückforderte. Damit ist nicht nur das Verpflichtungs-, sondern auch das Verfügungsgeschäft gem. § 1366 Abs. 4 BGB grundsätzlich unwirksam.²⁶

¹⁹ BGHZ 43, 174 (176); Siede, in: Grüneberg, 81. Aufl. (2022), § 1365 Rn. 6.

²⁰ BGH FamRZ 1989, 475; BGH FamRZ 1993, 1302; BGH FamRZ 2015, 121 (123); Siede, in: Grüneberg, 81. Aufl. (2022), § 1365 Rn. 8; Thiele, in: Staudinger, (2017), § 1365 Rn. 20.

²¹ Sandrock, Festschrift für Bosch (1976), 841 (848); Olzen, Jura 1988, 13 (16).

²² Finger, JZ 1975, 461 (466 ff.); Schulz-Kersting, JR 1959, 134 (138).

²³ Braga, FamRZ 1967, 653 (655).

²⁴ Braga, FamRZ 1967, 653 (657).

²⁵ Olzen, Jura 1988, 13 (18); Wellenhofer, Familienrecht, 6. Aufl. (2021), § 14 Rn. 10; Finke, in: BGB-RGRK, § 1365 Rn. 13.

²⁶ Vgl. BGH FamRZ 1989, 475 (476); Siede, in: Grüneberg, 81. Aufl. (2022), §

5. Irrelevant: Getrenntleben

Fraglich ist, ob das Getrenntleben der beiden Ehegatten etwas an der Zustimmungsbedürftigkeit der Verfügung ändert. Dies ist zu verneinen, da § 1365 Abs. 1 BGB nicht nur die wirtschaftliche Lebensgrundlage der Familie, sondern auch den Zugewinnausgleich nach erfolgter Scheidung schützen will; Verfügungen müssen daher so lange zustimmungsbedürftig bleiben, wie der Güterstand besteht.²⁷

6. Folgen der rechtskräftigen Scheidung

a) Keine Heilung der Rechtsgeschäfte nach Scheidung

Das an sich unwirksame Verfügungsgeschäft zwischen G und B könnte allerdings durch die rechtskräftige Scheidung gem. § 1564 BGB während der Scheweizeit geheilt worden sein, da diese den Güterstand beendet.

Teilweise wird vertreten, dass die bereits vorgenommene Verfügung analog § 185 Abs. 2 BGB *ex nunc* konvalesziert wird, wenn der Ehegatte seine unbeschränkte Verfügungsbefugnis durch die Scheidung wiedererlangt.²⁸

Dem wird entgegnet, dass sich in vergleichbaren Fällen eine solche Heilung auf eine wirksame Verpflichtung des Nichtberechtigten stützt, an welcher es in den Fällen des § 1365 Abs. 1 BGB gerade fehlt. Deswegen wird vereinzelt eine Genehmigungsmöglichkeit des verfügenden Ehegatten gem. § 108 Abs. 3 BGB analog befürwortet, um zusätzliche Kosten einer nun möglichen Neuvernahme des Geschäfts zu verhindern.²⁹

Gegen beide Ansichten spricht jedoch der Schutzzweck des § 1365 Abs. 1 BGB, ist doch der Zugewinnausgleichsanspruch aus § 1378 BGB gerade auch nach Beendigung der Ehe gefährdet.³⁰ Je nach befürworteter *ex tunc* oder *ex nunc* Wirkung der Konvaleszenz würde nämlich entweder die Höhe des Ausgleichsanspruchs oder dessen Durchsetzbarkeit beeinträchtigt.³¹ Dem widerspricht auch nicht, dass es dem verfügenden Ehegatten nach der Scheidung möglich ist, das Rechtsgeschäft neu – und diesmal wirksam – vorzunehmen. Denn zum einen bleibt dieses bei der Berechnung des Endvermögens nach § 1376 Abs. 2 BGB unberücksichtigt und zum anderen besteht bis zur Neuvernahme zumindest die Chance, den Anspruch durchzusetzen, woran es gerade fehlt, wenn die Wirksamkeit der Verfügung und die Entstehung des Ausgleichsanspruchs zusammenfallen.³²

Die Beendigung des Güterstandes führt somit nicht zur Heilung des unwirksamen Rechtsgeschäfts.

b) Geltendmachung gem. § 1368 BGB

Das Revokationsrecht der F ist auch nicht durch die im August 2017 erfolgte Scheidung ausgeschlossen. Aufgrund des Schutzzwecks des § 1365 Abs. 1 BGB kann F Ansprüche des B auch nach der Scheidung über § 1368 BGB in eigenem Namen geltend machen.³³

1365 Rn. 1.

²⁷ Czeguhn, in: Soergel, 13. Aufl. (2013), § 1365 Rn. 3; Koch, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. (2022), § 1365 Rn. 4.

²⁸ Dölle, Familienrecht Band I, § 52 III 1, S. 761; Haegeler, Rpfleger 1976, 274 (276); BayObLGZ 1972, 144 (150).

²⁹ Künzel, FamRZ 1988, 452 (455, 459).

³⁰ Thiele, in: Staudinger, (2017), § 1365 Rn. 105; OLG Celle, NJW-RR 2001, 866 (867).

³¹ BGH NJW 1978, 1380 (1381); Reinicke, NJW 1972, 1786 (1787).

³² BGH NJW 1978, 1380 (1381).

³³ Vgl. Thiele, in: Staudinger, (2017), § 1368 Rn. 48; Budzikiewicz, in: Erman BGB, 16. Aufl. (2020) § 1368 Rn. 3.

7. Ergebnis

Die Voraussetzungen des § 1365 Abs. 1 BGB liegen vor, sodass F ein Revokationsrecht aus § 1368 BGB zusteht.

II. Ansprüche des B wegen des Hofgrundstücks

1. § 894 BGB

B könnte gegen G einen Anspruch auf Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs und damit auf Wiedereintragung als Eigentümer haben. Dafür müsste das Grundbuch unrichtig sein. Unrichtig ist das Grundbuch, wenn die formelle (d. h. die durch seinen Inhalt dargestellte) Rechtslage nicht mit der materiellen (wirklichen) Rechtslage bezüglich des Eigentums am Grundstück übereinstimmt.³⁴

a) Anspruch entstanden

G ist als Eigentümer des mit dem Hof bebauten Grundstücks im Grundbuch eingetragen. Tatsächlich war ursprünglich B dessen Alleineigentümer; B könnte das Eigentum am Grundstück jedoch gem. §§ 873, 925 BGB an G übertragen haben.

aa) Eigentumsübertragung am Grundstück

(1) Auflassung und Eintragung

B und G haben sich über den Eigentumsübergang des Grundstücks geeinigt und die Auflassung gem. §§ 873, 925 BGB vor einem Notar erklärt. G hat als Berechtigter gem. § 13 Abs. 1 GBO einen Antrag auf Eintragung beim zuständigen Grundbuchamt gestellt. Als formell Betroffener bewilligte B die Eintragung (vgl. §§ 19, 29, 39 Abs. 1 GBO). Die Eintragung erfolgte mithin ordnungsgemäß (unabhängig davon, dass nur evidente Verfahrensmängel die Nichtigkeit der Eintragung begründen³⁵ und die Eintragungsbewilligung als verfahrensrechtliche Ordnungsvorschrift nicht dem Schutzbereich des § 1365 BGB unterfällt³⁶). B und G waren sich auch zum Zeitpunkt der Eintragung über den Eigentumsübergang einig.³⁷

(2) Berechtigung

Als Alleineigentümer ist B zwar grds. verfügungsbefugt. Wegen des aus §§ 1365, 1366 Abs. 4 BGB folgenden Verfügungsverbots war B dazu aber nicht berechtigt, sodass seine Verfügung unwirksam ist.

(3) Gutgläubiger Erwerb

gem. §§ 892, 873, 925 BGB

Das Zustimmungserfordernis des § 1365 Abs. 1 BGB ist nicht eintragungsfähig, weshalb die fehlende Berechtigung auch nicht vom Rechtsschein des Grundbuchs überwunden werden kann.³⁸

(4) Gutgläubiger Erwerb

gem. § 135 Abs. 2 BGB iVm. §§ 892, 873, 925 BGB

§ 135 Abs. 2 BGB ist nur anwendbar, wenn § 1365 Abs. 1 BGB ein relatives Verfügungsverbot enthält. Dies wird zwar vereinzelt angenommen.³⁹ Nach ganz hM. enthält § 1365 Abs. 1 BGB jedoch ein absolutes Veräußerungsverbot.⁴⁰ Hierfür spricht zunächst, dass das BGB den guten Glauben an die Verfügungsmacht (anders nur § 366 HGB) grundsätzlich nicht schützt. Dafür spricht weiter der Schutzzweck der Norm, die wirtschaftliche Existenzgrundlage der Familie zu sichern.⁴¹ Und dies bestätigt schließlich

der Wortlaut des § 1368 BGB, nach dem „auch“ der andere Ehegatte berechtigt ist, die Unwirksamkeit des Geschäfts geltend zu machen. § 1368 BGB geht mithin davon aus, dass in erster Linie der verfügende Ehegatte die sich aus der Unwirksamkeit der Verfügung ergebenden Rechte geltend machen kann, was wiederum impliziert, dass die Vorschrift nicht allein dem Schutz des anderen – nicht verfügenden – Ehegatten dient.⁴²

G konnte das Grundstück somit nicht gutgläubig erwerben.

bb) Ergebnis

G ist somit nicht Eigentümer des Grundstücks geworden. Das Grundbuch ist damit unrichtig und der Anspruch auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung entstanden.

b) Durchsetzbarkeit des Anspruchs

aa) § 242 BGB

Aufgrund des nach §§ 1365 Abs. 1 BGB, 1366 Abs. 4 BGB unwirksamen Kaufvertrags scheidet eine dolo-agit Einrede aus § 242 BGB aus.

bb) § 273 BGB

G könnte jedoch ein Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB haben. F übt eine Prozessstandschaft aus, weshalb sie grundsätzlich die im Verhältnis zwischen B und G bestehenden Einreden gegen sich gelten lassen muss.⁴³

Fraglich ist jedoch, ob dem Vertragspartner die Einrede des § 273 Abs. 1 BGB nicht wegen des Normzwecks des § 1365 Abs. 1 BGB zu versagen ist.

Einzelne Stimmen im Schrifttum verneinen dies: Den Interessen des zustimmungsberechtigten Ehegatten werde durch die absolute Unwirksamkeit und das Revokationsrecht ausreichend Rechnung getragen und § 273 Abs. 1 BGB führe lediglich zu einer Verzögerung der Rückgabe.⁴⁴ Dem gutgläubigen Erwerber soll danach über das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB ein „Mindestschutz“ gewährt werden.⁴⁵

Demgegenüber ist es dem Vertragspartner nach h. L.⁴⁶ verwehrt, sein Zurückbehaltungsrecht aus § 273 Abs. 1 BGB geltend zu machen – sowohl wegen seiner Ansprüche auf Rückzahlung des Kaufpreises als auch wegen seiner Ansprüche auf Verwendungs- oder Schadensersatz. Der Gesetzgeber habe sich mit § 1365 Abs. 1 BGB gerade für einen umfassenden Schutz von Ehe und Familie ausgesprochen.⁴⁷ Dieser sei aber nur dann effektiv gewährleistet, wenn die Folgen der unwirksamen Verfügung auch nicht nur vorübergehend nach § 274 BGB aufrechterhalten werden.⁴⁸ Dem ist zuzustimmen: Oft fehlen die Mittel zur Ablösung des Zurückbehaltungsrechts und eigene Besitzansprüche bestehen

³⁵.

⁴² BGHZ 40, 218 (219 f.); *Olzen*, Jura 1988 (10), 13 (18).

⁴³ *Scheller/Sprink*, in: BeckOK BGB, 63. Ed. (01.08.2022), § 1368 Rn. 5.

⁴⁴ *Gamillscheg*, in: Erman BGB, 12. Aufl. (2008), § 1368 Rn. 8; *Hartung*, Verfügungsbeschränkungen bei ehelichem Hausrat: Zur Auslegung der §§ 1365 bis 1369 BGB unter besonderer Berücksichtigung des § 1369 BGB (1962), S. 100 f.

⁴⁵ *Boehmer*, FamRZ 1959, 81 (84); *Braga*, FamRZ 1967, 661; *Gamillscheg*, in: Erman BGB, 12. Aufl. (2008), § 1368 Rn. 8.

⁴⁶ *Finke*, in: BGB-RGRK, § 1368 Rn. 15; *Siede*, in: Grüneberg, 81. Aufl. (2022), § 1368 Rn. 2; *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. (2009), § 22 Rn. 20; *Budzikiewicz*, in: Erman BGB, 16. Aufl. (2020), § 1368 Rn. 8; *Koch*, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. (2022), § 1368 Rn. 5; *Thiele*, in: Staudinger, (2017), § 1368 Rn. 50; *Czeguhn*, in: Soergel, 13. Aufl. (2013), § 1368 Rn. 8.

⁴⁷ *Petermann*, Rpfleger 1960, 233 (237); *Brox*, FamRZ 1961, 281 (286).

⁴⁸ *Thiele*, in: Staudinger, (2017), § 1368 Rn. 51; *Budzikiewicz*, in: Erman BGB, 16. Aufl. (2020), § 1368 Rn. 8; *Czeguhn*, in: Soergel, 13. Aufl. (2013), § 1368 Rn. 10.

³⁴ *Picker*, in: Staudinger, (2019), § 894 Rn. 19.

³⁵ *Kohler*, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. (2022), § 873 Rn. 101.

³⁶ *Koch*, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. (2022), § 1365 Rn. 60.

³⁷ Vgl. *Vieweg/Lorz*, Sachenrecht, 9. Aufl. (2022), § 13 Rn. 19.

³⁸ *Gernhuber*, Familienrecht, 7. Aufl. (2020), § 34 Rn. 18.

³⁹ *Braga*, FamRZ 1967, 652 (661); *Frank*, NJW 1959, 135 (135 f.).

⁴⁰ *Siede*, in: Grüneberg, 81. Aufl. (2022), § 1368 Rn. 2 mwN.

⁴¹ *Czeguhn*, in: Soergel, 13. Aufl. (2013), § 1365 Rn. 2; aA. *Frank*, NJW 1959,

meist nicht. Der Schutzzweck der Norm kann dann aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse nicht erreicht werden.⁴⁹ Zudem verliert der Dritte seine Ansprüche durch die Verweigerung eines Zurückbehaltungsrechts nicht.

G kann F damit kein Zurückbehaltungsrecht aus § 273 Abs. 1 BGB entgegenhalten.

c) Ergebnis

B hat gegen G einen Anspruch auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung.

2. § 899 BGB

Weiter kann F die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs beantragen.

3. § 985 BGB

a) Bestehen eines Herausgabeanspruchs

G ist gegenwärtig Besitzer und B Eigentümer des Grundstücks. Aufgrund des unwirksamen Kaufvertrags besteht auch kein relatives Recht zum Besitz gem. § 986 Abs. 1 S. 1 BGB. Ob das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 Abs. 1 BGB ein Recht zum Besitz begründet,⁵⁰ kann offenbleiben, da G ein solches der F hier nicht entgegenhalten kann. B hat somit gegen G einen Anspruch auf Herausgabe des Grundstücks.

b) Herausgabeverlangen

Fraglich ist, ob F die Herausgabe des Grundstücks trotz mangelnden vorherigen Mitbesitzes an sich selbst oder zumindest an beide Ehepartner gemeinsam⁵¹ verlangen kann.

Teilweise wird vertreten, dass der übergangene Ehegatte auch auf Herausgabe an sich selbst klagen kann und die Sache dem verfügenden Ehegatten anschließend überlassen muss.⁵² Begründet wird dies damit, dass der verfügende Ehegatte anderenfalls den Schutzzweck des § 1368 BGB dadurch vereiteln könnte, dass er die Annahme verweigert.⁵³

Hiergegen spricht jedoch, dass das Revokationsrecht den übergangenen Ehegatten nicht besserstellen soll und ihm durch die Prozessstandschaft keine eigenen materiellen Rechte verliehen werden; vielmehr soll allein der *status quo ante* wiederhergestellt werden.⁵⁴ Es erscheint daher vorzugswürdig, wenn der revozierende Ehegatte analog §§ 869 S. 2 Hs. 2, 986 Abs. 1 S. 2 BGB primär Herausgabe an den verfügenden und nur subsidiär an sich selbst fordern kann.⁵⁵ Somit wird zugleich verhindert, dass die Rechtsfolgen des § 1368 BGB vom Willen des verfügenden Ehegatten abhängen, wodurch die Norm zu einem *nudum ius* würde.

Folglich muss F Herausgabe des Grundstücks primär an B verlangen – an sich selbst kann sie dies nur, wenn B den Besitz nicht selbst übernehmen kann oder will.

49 OLG Köln, MDR 1968, 586 f.; *Petermann*, Rpfleger 1960, 233 (237).

50 Bejahend: BGHZ 64, 122 (124); BGHZ 149, 326 (333); verneinend: *Wilhelm*, Sachenrecht, 7. Aufl. (2021), Rn. 1200; *Berger*, in: Jauernig BGB, 18. Aufl. (2021), § 986 Rn. 8; *Vieweg/Lorz*, Sachenrecht, 9. Aufl. (2022), § 7 Rn. 23; *Herrler*, in: Grüneberg, 81. Aufl. (2022), § 986 Rn. 5.

51 So OLG Köln FamRZ 1959, 460.

52 *Reinicke*, BB 1957, 564, 568; *Maßfeller/Reinicke*, Das Gleichberechtigungsgesetz: (vom 18.6.1957); mit Erläuterungen (1958), § 1368 Anm. 2.

53 *Petermann*, Rpfleger 1960, 233 (236); *Gamillscheg*, in: Erman BGB, 12. Aufl. (2008), § 1368 Rn. 13.

54 *Rimmelspacher*, NJW 1969, 1997 (1998); *Thiele*, in: Staudinger, (2017), § 1368 Rn. 30 ff.

55 *Budzikiewicz*, in: Erman BGB, 16. Aufl. (2020), § 1368 Rn. 13; *Koch*, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. (2022), § 1368 Rn. 16; *Scheller/Sprink*, in: BeckOK BGB, 62. Aufl. (2022), § 1368 Rn. 4; *Rauscher*, Familienrecht, 2. Aufl. (2007), Rn. 390.

4. § 823 Abs. 1 BGB

Ein Anspruch scheidet jedenfalls am fehlenden Verschulden des G.

5. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

a) Anspruchsvoraussetzungen

G hat Besitz an dem Grundstück sowie die Grundbuchposition⁵⁶ durch bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens, mithin durch Leistung des B, erlangt. Dies geschah wegen der Nichtigkeit des Kaufvertrages gem. §§ 1365 Abs. 1, 1366 Abs. 4 BGB auch ohne Rechtsgrund.

b) Umfang des Revokationsrechts

Fraglich ist jedoch, ob sich das Revokationsrecht des übergangenen Ehegatten auch auf den Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB bezieht.

Nach dem Wortlaut des § 1368 BGB kann der übergangene Ehegatte nur die „sich aus der Unwirksamkeit der Verfügung ergebenden Rechte“ gegen den Dritten geltend machen. Bei bereicherungsrechtlichen Ansprüchen wird aber gerade auf den Rechtsgrund des Behaltendürfens abgestellt. Es handelt sich demnach um Ansprüche aus der Unwirksamkeit des zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäfts.⁵⁷

Eine derart enge Betrachtung widerspricht indes dem Zweck des § 1368 BGB, den übergangenen Ehegatten umfassend zu schützen.⁵⁸ Entsprechend ist nach § 1365 Abs. 1 BGB sowohl das Verpflichtungs- als auch das Verfügungsgeschäft unwirksam. § 1368 BGB erstreckt sich daher in teleologischer Extension auch auf die Leistungskondiktion.

c) Ergebnis

F kann somit auch den Anspruch des B aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 geltend machen.

III. Ansprüche des B wegen der Kühe

1. § 985 BGB

B könnte einen Anspruch auf Herausgabe der Fleischwaren haben.

a) Eigentümerstellung des B

Ursprünglich war B Eigentümer der Kühe.

aa) Eigentumsübertragung B an G gem. §§ 926 Abs. 1 S. 1, 97, 90a BGB

Die Milchkühe sind gem. §§ 97, 98 Nr. 2 BGB Zubehör des Grundstücks. Da G und B den Kaufvertrag über den „Bauernhof mit allem Zubehör“ geschlossen haben, haben sie sich auch auf dinglicher Ebene über den Übergang des Zubehörs gem. § 926 Abs. 1 S. 1 BGB geeinigt.⁵⁹

Weiter müsste B verfügungsberechtigt gewesen sein. Zwar war B Alleineigentümer der Kühe, doch stellen diese und das mit dem Hof bebaute Grundstück im Wesentlichen das gesamte Vermögen des B dar, weswegen mangels Zustimmung der F die Verfügung des Grundstücks gem. §§ 1365 Abs. 1, 1366 Abs. 4 BGB un-

56 § 812 I 1 Alt. 1 BGB ist neben § 894 BGB anwendbar: *Picker*, in: Staudinger, (2019), § 894 Rn. 170.

57 *Wellenhofer*, Familienrecht, 6. Aufl. (2021), § 14 Rn. 16; *Thiele*, in: Staudinger, (2017), § 1368 Rn. 6, 20; *Czeguhn*, in: Soergel, 13. Aufl. (2013), § 1368 Rn. 2; aA.: *Koch*, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. (2022), § 1368 Rn. 7; *Budzikiewicz*, in: Jauernig BGB, 18. Aufl. (2021), § 1368 Rn. 2.

58 *Braga*, FamRZ 1967, 652 (661 f.) will § 1368 hier zumindest analog anwenden.

59 *Grün*, in: BeckOK BGB, 62. Aufl. (2022), § 926 Rn. 4.

wirksam ist. B konnte das Eigentum an den Milchkühen daher nicht auf G übertragen.⁶⁰

bb) Eigentumsübertragung G an V gem. §§ 929 S. 1, 932 S. 1 BGB

B könnte sein Eigentum jedoch durch Übereignung des G an V verloren haben. G und V waren sich bei Übergabe der Milchkühe über den Eigentumsübergang einig. Da G wegen §§ 1365 Abs. 1, 1366 Abs. 4 BGB selbst kein Eigentum erworben hat, war er dazu freilich nicht berechtigt.

In Betracht kommt deshalb nur ein gutgläubiger Erwerb des V gem. §§ 929 S.1, 932 S.1 BGB. Um die Sicherheit des Rechtsverkehrs nicht zu gefährden, gilt § 1365 Abs. 1 BGB nicht für den gutgläubigen Zweiterwerb.⁶¹ Die Veräußerung des G stellt ein Rechtsgeschäft iS. Verkehrsgeschäfts dar.⁶² Ein objektiver Rechtscheintatbestand liegt vor, da G Besitzer der Kühe ist (vgl. § 1006 Abs. 1 BGB).⁶³ V glaubte bei Veräußerung auch, dass die Kühe G gehören und war damit gutgläubig. B hat den unmittelbaren Besitz an den Kühen schließlich freiwillig aufgegeben, sodass ihm diese nicht nach § 935 Abs. 1 S. 1 BGB abhandengekommen sind.⁶⁴ V hat das Eigentum an den Milchkühen damit gutgläubig erworben.

cc) Rückerwerb des Nichtberechtigten

Grundsätzlich müsste G daher durch die (Rück-)Übereignung der Kühe durch V am 15.6.2017 nach § 929 S. 1 BGB Eigentum an diesen erworben haben. Auf eine etwaige Gutgläubigkeit des G kommt es dabei nicht an, da V zuvor selbst Eigentum an den Kühen erworben und insofern als Berechtigter verfügt hat.

Fraglich ist jedoch, ob dieses Ergebnis nicht korrigiert werden muss. Denn G selbst konnte wegen des absoluten Verfügungsverbots von B kein Eigentum an den Kühen erwerben. Eigentum an diesen hat er vielmehr nur wegen des (zufälligen) Rückererwerbs vom gutgläubig erwerbenden V erlangt.

(1) Automatischer Rückfall des Eigentums an den ursprünglichen Eigentümer

Teilweise wird – mit unterschiedlichen Begründungssätzen – die Ansicht vertreten, dass der Nichtberechtigte im Fall der Rückübereignung vom gutgläubigen Erwerber kein Eigentum erwirbt. Vielmehr solle das Eigentum hier automatisch auf den Alteigentümer zurückfallen.⁶⁵

(a) Auflösende Bedingung

Vereinzelte geht man davon aus, dass der Nichtberechtigte hier unter einer auflösenden Bedingung übereignet. Seine Verfügung sei unmittelbar mit der Rechtsbedingung verknüpft, wonach bei Unwirksamkeit oder Rückabwicklung der *causa* zugleich die Übereignung an den Zwischenerwerber unwirksam ist; daher falle das Eigentum bei Eintritt der Bedingung automatisch an den Altberechtigten zurück.⁶⁶ Die Annahme einer solchen Rechtsbedingung ist jedoch reine Fiktion und daher abzulehnen.⁶⁷

(b) Verfügungsgeschäft für den, den es angeht

Andere wollen die Grundsätze des Geschäfts für den, den es angeht, auf die Rückübereignung des Zwischenerwerbers an den Nichtberechtigten anwenden.⁶⁸

Selbst wenn man diese Grundsätze hier überträgt, führt dies jedoch nicht zum Eigentumserwerb des Altberechtigten: Das Geschäft für den, den es angeht, ist eine Ausnahme vom stellvertretungsrechtlichen Offenkundigkeitsprinzip nach § 164 Abs. 1 S. 1 BGB. Damit führt es allenfalls dazu, dass die dingliche Einigung für den Altberechtigten wirkt. Dafür muss der Nichtberechtigte aber mit Vertretungsmacht handeln (§ 164 Abs. 1 S. 1 BGB) und an dessen (rechtsgeschäftlicher) Vertretungsmacht fehlt es gerade, sodass der Nichtberechtigte zum Zwangsvertreter des Altberechtigten gemacht werden müsste.⁶⁹ Für eine Übereignung an den Altberechtigten fehlt dann weiter ein Übergabebetstand. Somit mündet auch hier jede Subsumtion in einer Fiktion. Zudem ist eine Übertragung der Grundsätze des Geschäfts für den, den es angeht, hier auch deshalb abzulehnen, weil es an einer vergleichbaren Interessenlage fehlt. Diese Ausnahme vom Offenkundigkeitsprinzip ist nämlich nur für Bargeschäfte des täglichen Lebens anerkannt, bei denen es dem Geschäftspartner gleichgültig ist, für wen sein Gegenüber handelt. Dies ist beim Rückerwerb des Nichtberechtigten aber gerade nicht der Fall.⁷⁰

(c) Gesetzliche Erwerbsermächtigung

Den Rückfall des Eigentums auf den Altberechtigten versucht man weiter mit einer gesetzlichen Erwerbsermächtigung zu begründen.⁷¹ § 932 Abs. 1 S. 1 BGB verseehe den Nichtberechtigten bei der Übereignung zwar mit Verfügungsmacht. Bei der Rückübereignung aber werde er (nur) mit Erwerbsmacht zu Gunsten des Eigentümers ausgestattet.⁷²

Selbst wenn § 932 Abs. 1 S. 1 BGB eine solche Aussage enthält, folgt daraus jedoch kein automatischer Rückfall des Eigentums auf B. Zum einen übergibt V die Kühe nämlich nur an G – und nicht an B.⁷³ Zum anderen ist unklar, ob der Nichtberechtigte von seiner Erwerbsermächtigung tatsächlich Gebrauch gemacht hat; denn nur weil er eine solche Ermächtigung hat, muss er von ihr nicht notwendig zugunsten des Berechtigten Gebrauch machen.⁷⁴

(d) Teleologische Reduktion der Gutgläubensvorschriften

Vertreten wird ferner, dass das Eigentum bei der Rückübereignung an den Nichtberechtigten automatisch an den ursprünglichen Eigentümer zurückfallen muss, wenn die Rückübereignung ein sog. Innenverkehrsgeschäft ist.⁷⁵ Innenverkehrsgeschäfte sind solche Geschäfte, die zur Rückabwicklung des Geschäfts führen, in dessen Rahmen der gutgläubige Erwerb stattfand.⁷⁶ Dagegen sind sog. Außenverkehrsgeschäfte solche Geschäfte, bei denen der Nichtberechtigte die Sache ohne Zusammenhang zum Geschäft erlangt, in dessen Rahmen der gutgläubige Erwerb

60 Diehn, in: Staudinger, (2020), § 926 Rn. 10.

61 OLG Köln OLGZ 1969, 171 (173); Finke, in: BGB-RGRK, § 1365 Rn. 13; Thiele, in: Staudinger, (2017), § 1365 Rn. 99.

62 Vgl. Wellenhofer, Sachenrecht, 6. Aufl. (2021), § 8 Rn. 2; Bayer, in: Erman BGB, 16. Aufl. (2020), § 932 Rn. 5.

63 Vgl. Vieweg/Lorz, Sachenrecht, 9. Aufl. (2022), § 5 Rn. 16.

64 Baur/Stürmer, Sachenrecht, 18. Aufl. (2009), § 52 Rn. 36 f.; Vieweg/Lorz, Sachenrecht, 9. Aufl. (2022), § 5 Rn. 36.

65 Baur/Stürmer, Sachenrecht, 18. Aufl. (2009), § 52 Rn. 34; Prütting, in: Prütting/Wegen/Weinrich BGB, 17. Aufl. (2022), § 932 Rn. 6; BGH NJW-RR 2003, 170 (171).

66 Musielak, JuS 2010, 377 (378); Hoffmann, AcP 2015, 794 (805) mwN.

67 Musielak, JuS 2010, 377 (380).

68 Koppstein/Kramer, Ungerechtfertigte Bereicherung, (1988), S. 99.

69 Hoffmann, AcP 2015, 794 (804).

70 Ibid. S. 803 mwN.

71 Wilhelm, Sachenrecht, 7. Aufl. (2021), Rn. 1019.

72 Ibid.

73 Vgl. Hoffmann, AcP 2015, 794 (804).

74 Ibid. S. 805 mwN.

75 Baur/Stürmer, Sachenrecht, 18. Aufl. (2009), § 52 Rn. 34; Canaris, JuS 1969, 80 (95); Prütting, Sachenrecht, 37. Aufl. (2020), § 35 Rn. 438; Braun, ZIP 1998, 1469 (1472); Wilhelm, Sachenrecht, 7. Aufl. (2021), Rn. 1019; Wellenhofer, Sachenrecht, 36. Aufl. (2021), § 8 Rn. 37; Gernhuber, JuS 1988, 355 (363). Zum Ganzen: Picker, in: Staudinger, (2019), § 892 Rn. 235 ff. mwN.

76 Vieweg/Lorz, Sachenrecht, 9. Aufl. (2022), § 5 Rn. 13.

stattfand.⁷⁷

Diese Ansicht will § 932 Abs. 1 S. 1 BGB teleologisch reduzieren: Die Norm solle den Rechtsverkehr schützen, indem sie den Güterumsatz erleichtert. Wenn ein Geschäft nur rückabgewickelt werde, finde ein solcher Güterumsatz jedoch gerade nicht statt. Ein solcher sei vielmehr nur „versucht“ worden.⁷⁸ Es liege somit kein Verkehrsgeschäft vor und damit fehle es an einer Voraussetzung des § 932 Abs. 1 S. 1 BGB⁷⁹, sodass die Norm rückwirkend nicht anwendbar sei. Anderenfalls würde § 932 Abs. 1 S. 1 BGB auch nur dem Interesse des Nichtberechtigten, nicht aber dem Interesse der Allgemeinheit dienen, obwohl die Norm (nur) letzteres bezweckt.⁸⁰ Der Nichtberechtigte dürfe also nicht von dem Rechtsübergang profitieren, den er selbst rechtswidrig herbeigeführt hat.⁸¹

(e) Teleologische Reduktion des Abstraktionsprinzips

Schließlich versucht eine neuere Ansicht den Rückfall des Eigentums an den ursprünglich Berechtigten mit einer Modifikation bzw. Einschränkung des Abstraktionsprinzips zu begründen.⁸² Bei diesem handle es sich nicht um eine „unantastbare Einrichtung“⁸³. Das Abstraktionsprinzip entlaste den Rechtsverkehr vielmehr (nur) davon, Nachforschungen über die Wirksamkeit der *causa* anzustellen.⁸⁴ Geschützt werden sollen damit Erwerber und Gläubiger, welche mit dem Zwischenerwerber interagieren.⁸⁵ Dagegen schütze das Abstraktionsprinzip nicht Gläubiger und Erwerber vom Nichtberechtigten sowie den Nichtberechtigten selbst.⁸⁶ Vor der Veräußerung konnte diesen entgegengehalten werden, dass der Nichtberechtigte kein Eigentum habe. Es sei kein Grund ersichtlich, warum sich daran etwas ändern solle, wenn die Veräußerungskette über den Zwischenerwerber verlängert wird.⁸⁷

Der Rückerwerb des Nichtberechtigten stelle damit eine teleologisch vom Abstraktionsprinzip nicht gedeckte und damit überschießende Folge dar, weshalb dieses keine Geltung beanspruchen könne.⁸⁸ Aus diesem Grund soll mithilfe einer teleologischen Reduktion des Abstraktionsprinzips die Unwirksamkeit bzw. beim Rücktritt die Wandlung der *causa* auf das Zwischenerwerbsgeschäft *ex nunc* durchschlagen, wenn der Zwischenerwerber tatbestandlich zurückübereignet hat.⁸⁹ Das Eigentum fällt dann *ex nunc* auf den Altberechtigten zurück.⁹⁰

(2) Ablehnung eines automatischen Rückfalls

Andere halten eine (sachenrechtliche) Korrektur des gutgläubigen Erwerbs nicht für geboten; vielmehr sei der frühere Berechtigte durch (schuldrechtliche) Rückgewähransprüche aus §§ 812 ff. BGB oder § 823 BGB hinreichend geschützt.⁹¹

77 Ibid. Rn. 14.

78 Ibid.

79 Nüssgens, Der Rückerwerb des Nichtberechtigten (1939), S. 148.

80 Vieweg/Lorz, Sachenrecht, 9. Aufl. (2022), § 5 Rn. 14.

81 Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, 8. Aufl. (2011), § 47 Rn. 16.

82 Hoffmann, AcP 2015, 794 (809 ff.).

83 Ibid. S. 810.

84 Ibid. S. 816.

85 Ibid. S. 815.

86 Ibid. S. 815.

87 Ibid. S. 815 und 824.

88 Ibid. S. 816.

89 Ibid. S. 816.

90 Ibid. S. 816 und 827 ff.; Klinck, in: BeckOGK BGB, (2022) § 932 Rn. 75.

91 So BGH NJW-RR 2003, 170 (ohne Begründung); Herrler, in: Grüneberg, 81. Aufl. (2022), § 932 Rn. 16 f.; Bayer, in: Erman BGB, 16. Aufl. (2020) § 932 Rn. 26; Oechsler, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. (2020), § 932 Rn. 25; Henssler, in: Soergel, 13. Aufl. (2002), § 932 Rn. 4; Meller-Hannich, in: NK-BGB, 5. Aufl. (2022), § 932 Rn. 38; Musielak, JuS 2010, 377 (381); Picker, in: Staudinger, (2019), § 892 Rn. 237 mwN.

(3) Stellungnahme

Für einen automatischen Rückfall des Eigentums wird vor allem vorgetragen, dass der Nichtberechtigte kein legitimes Interesse an einem Eigentumserwerb habe und daher nicht von der Rückabwicklung profitieren dürfe, welche lediglich den vorherigen Zustand wiederherstellen soll.⁹² Zudem sei das Vorliegen schuldrechtlicher Ansprüche des Alteigentümers auf Rückübertragung nicht derart evident, wie dies von den Vertretern der Gegenansicht dargestellt werde. Abgesehen davon wäre der Alteigentümer der Gefahr ausgesetzt, dass Gläubiger des Nichtberechtigten in den Gegenstand vollstrecken oder dass der Nichtberechtigte insolvent wird.⁹³ Ferner müsse der Schutz des Eigentums aufgrund der §§ 932 ff. nur insoweit zurücktreten, als dies zum Schutz der Interessen der Allgemeinheit an einem zuverlässigen Güterverkehr notwendig sei. Mangels eines Güterumsatzes aufgrund der Rückabwicklung und eines auch nicht mehr nötigen Schutzes des gutgläubigen Zwischenerwerbers, bleibe allein das auch im Hinblick auf Art. 14 Abs. 1 GG schützenswerte, Interesse des Alteigentümers.⁹⁴

Gegen einen automatischen Rückfall des Eigentums wird vorgetragen, dass sich ein solcher nicht rechtsfortbildend begründen lässt und dieser daher gegen das geltende Recht verstößt. Unabhängig davon ist zweifelhaft, ob ein Rückerwerb derart unbillig ist, dass er korrigiert werden muss.⁹⁵

(a) Keine Unbilligkeit des Rückerwerbs

Die Ansicht, welche die »Unbilligkeit« des Rückerwerbs mit dem Schutz des Altberechtigten zu begründen versucht, verkennt, dass der Gesetzgeber den gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten durch die §§ 932 ff. BGB ausdrücklich anerkannt und damit entschieden hat, dass er das Vertrauen des Erwerbers für schutzwürdiger erachtet als das Integritätsinteresse des Eigentümers. Unbillig ist diese gesetzgeberische Wertung auch deshalb nicht, weil der Eigentümer durch freiwillige (vgl. § 935 Abs. 1 S. 1 BGB) Weggabe der Sache erst die Möglichkeit geschaffen hat, dass der Zwischenerwerber die Sache gutgläubig erwirbt.⁹⁶

(b) Wertungen der § 892, §§ 932 ff. BGB

Eine Norm ist teleologisch zu reduzieren, wenn ihr Wortlaut auch solche Sachverhalte erfasst, die nach ihrem Zweck nicht erfasst werden sollen.⁹⁷

Ein solch vom Gesetzgeber ungewolltes Auseinanderfallen von Wortlaut und Zweck lässt sich hier jedoch nicht begründen: Die von § 892 BGB und §§ 932 ff. BGB vorgenommene Abwägung ist zeitbezogen. Sie trifft eine Aussage für den Moment, in dem der Tatbestand des gutgläubigen Erwerbs vollendet ist. In dieser Situation überwiegt der Vertrauensschutz des Erwerbers das Integritätsinteresse des Veräußerers. Was danach geschieht, liegt jenseits des Entscheidungsprogramms der Normen.⁹⁸

Die Regeln zum Erwerb vom Nichtberechtigten enthalten für den Rückerwerb nur eine verlässliche Aussage: Der gutgläubige Zwischenerwerber wird (vollumfänglich) Eigentümer. Ein (automatischer) Rückfall des Eigentums an den ursprünglich Berech-

92 Wellenhofer, Sachenrecht, 36. Aufl. (2021), § 8 Rn. 37; v. Caemmerer, Festschrift für Gustav Boehmer (1954), S. 145 (160).

93 Hoffmann, AcP 2015, 794 (808); Vieweg/Lorz, Sachenrecht, 9. Aufl. (2022), § 5 Rn. 14.

94 Klinck, in: BeckOGK BGB, (2022), § 932 Rn. 75.

95 Musielak, JuS 2010, 377 (381).

96 Rühlers/Fischer/Birk, Rechtslehre, 12. Aufl. (2022), Rn. 902 f.

97 Picker, in: Staudinger, (2019), § 892 Rn. 237; Kindl, in: BeckOK BGB, 62. Aufl. (2022), § 932 Rn. 7; Wiegand, JuS 1971, 62 (66).

98 Hoffmann, AcP 2015, 794 (806).

tigten würde seine Verfügungsbefugnis gegenüber dem Nichtberechtigten negieren, weil er an ihn nur manchmal (Lösung (1d)) als Berechtigter übereignen kann.

Im Immobiliarsachenrecht würde ein automatischer Rückfall darüber hinaus zu einem – den normierten Wertungen widersprechenden – Erwerb ohne Grundbuch führen. Eine Differenzierung zwischen dem Immobiliarsachenrecht und dem Mobiliarsachenrecht im Rahmen der Fallkonstellation des Rückerwerbs des Nichtberechtigten lässt sich aber unter keinem Aspekt begründen;⁹⁹ vielmehr wäre eine solche willkürlich, unsystematisch und rein ergebnisorientiert.

(c) Verstoß gegen das Abstraktionsprinzip

Die Lösungen (1c) und (1d) verstoßen gegen das Abstraktionsprinzip. Das gilt vor allem für den vorliegenden Fall des Rücktritts, weil sich die schuldrechtliche Rückabwicklung zwischen Nichtberechtigtem und Zwischenerwerber hier auf das Verfügungsgeschäft zwischen beiden auswirkt.

Ein Verstoß gegen das Abstraktionsprinzip könnte allenfalls deshalb verneint werden, weil nicht die rechtliche Wirksamkeit bzw. Veränderung der *causa* zum Rückfall des Eigentums führt, sondern die tatsächliche Rückabwicklung. Ob dieser Unterschied dafür sorgt, dass das Abstraktionsprinzip gewahrt wird, hängt von seiner Reichweite ab. Sie präjudiziert gleichermaßen die teleologische Reduktion der Lösung (1e). Im Kern soll das Abstraktionsprinzip den Rechtsverkehr davon entlasten, die Verträge *inter partes* zu erforschen.¹⁰⁰ Damit ist es aber nicht auf die Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts beschränkt, sondern betrifft ebenso seinen Inhalt und damit auch seine vertraglich indizierte Rückabwicklung. Somit liegt ein Verstoß gegen das Abstraktionsprinzip auch dann vor, wenn man auf die tatsächliche Rückabwicklung abstellt.

Die Lösung (1e) nimmt die Gläubiger und Erwerber vom Nichtberechtigten aus dem Schutzbereich des Abstraktionsprinzips heraus. Die Teleologie erlaubt aber auch das gegenteilige Ergebnis, weil sie unabhängig davon ist, mit wem ein Verfügungsgeschäft abgeschlossen werden soll. Andernfalls müssten Geschäftspartner des Nichtberechtigten immer prüfen, ob der Nichtberechtigte den Geschäftsgegenstand erlangt hat, als ein Vertrag rückabgewickelt wurde. Die Voraussetzungen für eine teleologische Reduktion fehlen damit.

b) Ergebnis

G hat das Eigentum an den Kühen rechtswirksam erworben. Es besteht kein Anspruch aus § 985 BGB.

2. Ansprüche des B gegen G auf Ersatz wegen der Weiterveräußerung der Kühe an V

a) Reichweite der Revokationsbefugnis

Die Übereignung der Kühe von B an G ist unwirksam. Folglich waren die Kühe für G fremde Sachen und damit könnte B gegen G Ansprüche wegen ihrer Weiterveräußerung an V haben.

Diese Ansprüche kann F geltend machen, wenn auch solche Folgeansprüche von § 1368 BGB erfasst sind. Das ist der Fall, wenn sich diese Ansprüche aus der Unwirksamkeit der Verfügung ergeben. Dem Wortlaut nach ist nur ein Kausalzusammenhang zwischen der unwirksamen Verfügung und den Folgeansprüchen erforderlich. Teleologisch lässt sich diese Auslegung da-

mit rechtfertigen, dass die Folgeansprüche bei wirtschaftlicher Betrachtung den Vermögenswert des Eigentums „verkörpern“. Dieser Vermögenswert wird umfassend von § 1365 Abs. 1 S. 1 BGB geschützt, weil nur so die Existenzgrundlage der Familie bzw. der Zugewinnausgleich effektiv geschützt werden kann.¹⁰¹ Daher erfasst § 1368 BGB auch die Ansprüche des unwirksam veräußernden Ehegatten, die entstehen, wenn der von ihm erwerbende Dritte die Sache wirksam weiterveräußert.¹⁰²

b) §§ 990 Abs. 1 S. 1, 989 BGB

Zum Zeitpunkt der Weiterveräußerung der Kühe, durch die deren Herausgabe für G subjektiv unmöglich geworden ist, bestand eine Vindikationslage. G müsste jedoch gem. §§ 990 Abs. 1 S. 1, 932 Abs. 2 BGB analog auch bösgläubig gewesen sein; dies ist der Fall, wenn seine Unkenntnis über sein fehlendes Besitzrecht bei Besitzerwerb auf grober Fahrlässigkeit beruhte. Grob fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nach den gesamten Umständen in besonders grobem Maße verletzt und das außer Acht lässt, was jedem hätte einleuchten müssen.¹⁰³ Fraglich ist, ob G hier weitere Nachforschungen hätte anstellen müssen, ob B verheiratet ist. Gegenüber G hat sich B jedoch stets als überzeugter Junggeselle ausgegeben. Auch auf Nachfrage des Notars gab B bewusst wahrheitswidrig an, dass er unverheiratet sei. Sonstige Anhaltspunkte dafür, dass B verheiratet ist, bestanden wegen seines Getrenntlebens von F nicht. Es gab deshalb aus Sicht eines sorgfältigen Dritten aus dem Verkehrskreis des G keinen Grund, weitere Nachforschungen anzustellen. Damit war G nicht bösgläubig.

Ein Anspruch aus §§ 990 Abs. 1 S. 1, 989 BGB besteht damit nicht.

c) § 823 Abs. 1 BGB

Da G gutgläubiger Besitzer war, ist § 823 Abs. 1 BGB gesperrt (§ 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB).

d) § 687 Abs. 2 S. 1 iVm. § 678 BGB

Ansprüche aus der Geschäftsführung ohne Auftrag sind gem. § 687 Abs. 1 BGB ausgeschlossen, weil eine irrtümliche Eigengeschäftsführung des G vorliegt.

e) Ergebnis

B hat somit keinen Anspruch gegen G auf Ersatz wegen der Veräußerung der Kühe an V.

3. Ansprüche des B gegen G auf Herausgabe des Erlöses aus dem Weiterverkauf an V

a) § 285 BGB

Systematisch betrachtet ist zweifelhaft, ob § 285 BGB hier neben § 985 BGB Anwendung finden kann. Denn § 285 BGB ist eine Norm des allgemeinen Schuldrechts, also des zweiten Buches des BGB, während § 985 BGB im dritten Buch steht. § 285 BGB sollte auch deswegen nicht angewendet werden, weil sonst die Privilegierung des gutgläubigen unverklagten Besitzers nach den §§ 987 ff. BGB relativiert würde: Der Besitzer würde für das Surrogat nach § 285 BGB schärfer haften als für den primären Leistungsgegenstand. Um diesen evidenten Widerspruch zu vermeiden, ist § 285 BGB daher nicht anwendbar.¹⁰⁴ Zudem gäbe § 285

¹⁰¹ HM.; vgl. nur Thiele, in: Staudinger, (2017) § 1365 Rn. 2 mwN.

¹⁰² BGH NJW 2000, 1947 (1948); Siede, in: Grüneberg, 81. Aufl. (2022), § 1368 Rn. 5; Budzikiewicz, in: Erman BGB, 16. Aufl. (2020), § 1368 Rn. 6; Czeguhn, in: Soergel, 13. Aufl. (2002) § 1368 Rn. 8; Gruber/Holzapfl-Jordan, in: NK-BGB, 4. Aufl. (2021), § 1368 Rn. 7; Koch, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. (2022) § 1368 Rn. 11; Scheller/Sprink, in: BeckOK BGB, 62. Aufl. (2022), § 1368 Rn. 2; Thiele, in: Staudinger, (2017), § 1368 Rn. 21.

¹⁰³ St. Rspr. vgl. Raff, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. (2020), § 990 Rn. 6 mwN.

¹⁰⁴ Thole, in: Staudinger, (2019), § 985 Rn. 200 ff. mwN. zur ganz hM.

⁹⁹ Oechsler, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. (2020), § 932 Rn. 26.

¹⁰⁰ Hoffmann, AcP 2015, 794 (814 f.) mwN.

BGB hier auch keinen Anspruch auf Erlösherausgabe. Den Erlös hat G nämlich nicht für den Besitz, sondern für das Eigentum an den Kühen erlangt.

b) §§ 687 Abs. 2 S. 1, 681 S. 2 iVm. § 667 BGB

G handelte ohne Fremdgeschäftsführungsbewusstsein (s.o.).

c) § 816 Abs. 1 S. 1 BGB

aa) Anwendbarkeit

§ 816 Abs. 1 S. 1 BGB ist neben den Regeln des EBV anwendbar. Der Anspruch ist nämlich auf Herausgabe des Erlöses bzw. auf Wertersatz gerichtet und damit kein Schadenersatz- oder Nutzungersatzanspruch. Damit greift die Sperrwirkung des § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB hier nicht.¹⁰⁵

bb) Wirksame Verfügung eines Nichtberechtigten

G müsste über die Kühe als Nichtberechtigter verfügt haben. Eine Verfügung ist ein Rechtsgeschäft, das auf ein Recht unmittelbar einwirken soll, indem es das Recht aufhebt, überträgt, belastet oder inhaltlich verändert.¹⁰⁶ G hat V die Kühe nach §§ 929 S. 1, 932 S. 1 BGB übereignet und somit über sie verfügt.

Nichtberechtigter ist, wer nicht verfügungsbefugt ist. Nur dann ist die Rechtsposition, die der Bereicherungsschuldner erlangt hat, gegenüber dem Bereicherungsgläubiger nicht legitimiert, wie es die Vindikationsersatzfunktion des § 816 Abs. 1 S. 1 BGB voraussetzt. G war nicht verfügungsbefugt.

Die Verfügung müsste gegenüber B als Berechtigten wirksam sein. Dies ist mit dem gutgläubigen Erwerb durch V sowie der Ablehnung des automatischen Rückfalls des Eigentums an B der Fall (s.o.).

cc) Umfang des Anspruchs

(1) Veräußerungserlös oder Wertersatz

Nach § 816 Abs. 1 S. 1 BGB muss G das herausgeben, was er durch die Verfügung erlangt hat. Danach könnte der Nichtberechtigte nur verpflichtet sein, Wertersatz für den Verfügungsgegenstand zu leisten. Er könnte aber auch verpflichtet sein, den Gegenwert herauszugeben, den er auf Grund des Rechtsgeschäfts erlangt hat, das seiner Verfügung zu Grunde liegt.¹⁰⁷

Hier sind Wertersatz und erzielter Kaufpreis gleich hoch, da die Kühe wertadäquat veräußert wurden. Da G die Geldzeichen aber bereits an V rückübereignet hat, kann G diese nicht mehr an B herausgeben. G würde deswegen gem. § 818 Abs. 2 BGB grundsätzlich nur Wertersatz iHv. 100.000 Euro schulden.

(2) Rückübereignung der Kühe?

Die vorgezeichnete Lösung entspricht der eines gutgläubigen Erwerbs ohne Rückerwerb. Beim Rückerwerb des Nichtberechtigten könnte aber anstelle des Zahlungsanspruchs ein Anspruch auf Rückübereignung der Sache selbst (hier: der Kühe) stehen.¹⁰⁸

(a) Teleologische Auslegung von § 816 Abs. 1 S. 1 BGB

Verpflichtet § 816 Abs. 1 S. 1 BGB nur zum Wertersatz, so ist ein Anspruch auf Herausgabe der Sache selbst ausgeschlossen. Verpflichtet die Norm hingegen zur Herausgabe des Erlöses, so besteht ein solcher Anspruch, wenn nur das Verpflichtungsgeschäft für das Erlangen ursächlich gewesen ist. Dagegen spricht zwar, dass beim Rücktritt noch ein Gestaltungsakt einer Partei hinzutreten muss.¹⁰⁹ Allerdings spricht der Telos von § 816 Abs. 1 S. 1 BGB für eine solch extensive Auslegung. Zunächst soll der Anspruch dem Eigentümer einen Ersatz für seinen Rechtsverlust geben (Vindikationsersatzfunktion). Insofern wirkt seine vormalige Eigentümerstellung fort. Dies wird *a fortiori* erfüllt, wenn der Verfügende das Eigentum erlangt und es dann an den Berechtigten weitergeben muss.¹¹⁰ Damit entspricht die Rückübereignungspflicht dem Surrogationsgedanken, der auch für die Rechtsfolge von § 816 Abs. 1 S. 1 BGB bemüht wird.¹¹¹

Dies gilt unabhängig davon, welche genaue Funktion § 816 Abs. 1 S. 1 BGB im System der §§ 812 ff. BGB hat: Dient die Norm als Ersatz für den eigentlich gegen den Erwerber gerichteten Anspruch, der nur zum Schutze des Rechtsverkehrs ausgeschlossen ist¹¹², so wird dieser Funktion nur eine extensive Auslegung der Norm gerecht, da die Sache erst verlangt werden kann, wenn der Nichtberechtigte sie (zurück-)erwirbt und dann ein »Ersatz« nicht mehr nötig ist.¹¹³ Qualifiziert man § 816 Abs. 1 S. 1 BGB hingegen als Sonderfall einer Nichtleistungskondition in Form der Eingriffskondition¹¹⁴, so schützt die Norm den Zuweisungsgehalt des Eigentums, in den ein gutgläubiger Erwerb eingreift; das Eigentum schützt hier aber am besten ein Anspruch auf Rückübereignung der Sache selbst.

(b) Gleiches Ergebnis aus § 818 Abs. 1 BGB?

Über § 818 Abs. 1 BGB entstände ein Anspruch auf Rückübereignung, wenn G Eigentum und Besitz an den Kühen als Ersatz für das (primär) erlangte Recht erlangt hätte. Damit ist aber nur das Surrogat gemeint, das der bestimmungsgemäßen Ausübung des Rechts entspringt. Paradebeispiel ist der Erlös, wenn die erlangte Forderung eingezogen wird.¹¹⁵ Grund für die enge Lesart ist die gegenüber § 816 Abs. 1 S. 1 BGB engere Formulierung und der Schutz des Bereicherungsschuldners.¹¹⁶ Damit ist die Rückübereignung nicht aus § 818 Abs. 1 BGB geschuldet.

(c) Hier: Herausgabe der Fleischwaren

G hat zwar kein Eigentum und keinen Besitz an den Kühen mehr, da er diese geschlachtet und zu Fleischwaren verarbeitet hat. G hat jedoch Besitz und Eigentum an den Fleischwaren im Gesamtwert von 100.000 Euro. G ist damit nicht nur weiterhin bereichert (§ 818 Abs. 3 BGB). Vielmehr kann B – begreift man § 816 Abs. 1 S. 1 BGB auch hier konsequent als Norm, die als Surrogat, mithin als Ersatz für den eigentlich gegen den Erwerber gerichteten Anspruch dient – nun von G Übergabe und Übereignung der Fleischwaren verlangen (a. A. wonach nur Wertersatz iHv.

¹⁰⁹ Hager, Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb (1990), S. 190.

¹¹⁰ Ibid., S. 195.

¹¹¹ Ibid., S. 194.

¹¹² Schwab, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. (2020), § 816 Rn. 2.

¹¹³ Hager, Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb (1990), S. 194.

¹¹⁴ So die hM. Lorenz, in: Staudinger, (2007), § 816 Rn. 2; Wendehorst, in: BeckOK BGB, 63. Ed. (1.8.2022), § 816 Rn. 3; Larenz/Canaris, Schuldrecht BT II/2, 13. Aufl. (1994), § 69 II 1a, S. 180 f.; Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung (1984), § 8 I 1, S. 282 ff.; Buck-Heeb, in: Erman BGB, 16. Aufl. (2020), § 816 Rn. 1; v. Sachsen Gessaphe, in: NK-BGB, 4. Aufl. (2021), § 816 Rn. 2; Grigoleit/Auer/Kochendörfer, Bereicherungsrecht, 3. Aufl. (2022), § 1 Rn. 53.

¹¹⁵ Sprau, in: Grüneberg, 81. Aufl. (2022), § 818 Rn. 15.

¹¹⁶ Grigoleit/Auer/Kochendörfer, Bereicherungsrecht, 3. Aufl. (2022), § 1 Rn. 134 mwN.

¹⁰⁵ Spohnheimer, in: BeckOGK BGB, (2022), § 993 Rn. 22.

¹⁰⁶ Sprau, in: Grüneberg, 81. Aufl. (2022), § 816 Rn. 4.

¹⁰⁷ BGH NJW 1997, 190 (191); BGH NZM 2005, 835 (837); Sprau, in: Grüneberg, 81. Aufl. (2022), § 816 Rn. 10; Buck-Heeb, in: Erman BGB, 16. Aufl. (2020), § 816 Rn. 20; Röthel, Jura 2012, 844 (847 f.); Schmidt-Kessel/Hadding, in: Soergel, 13. Aufl. (2012), § 816 Rn. 17; Stegmüller, JuS 2010, 332 (338); Thomale, JuS 2013, 43 (47 f.); Wendehorst, in: BeckOK BGB, 62. Aufl. (2022), § 816 Rn. 16 mwN. zur hM.

¹⁰⁸ So ohne Begründung BGH NJW-RR 2003, 170 (171); Herrler, in: Grüneberg, 81. Aufl. (2022), § 932 Rn. 17; Bayer, in: Erman BGB, 16. Aufl. (2020), § 932 Rn. 26; Oechsler, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. (2020), § 932 Rn. 25; Henssler, in: Soergel, 13. Aufl. (2002), § 932 Rn. 4, 38; Picker, in: Staudinger, (2019), § 892 Rn. 237 mwN.

100.000 Euro zu leisten ist, vertretbar).

(3) Ergebnis

B hat gegen G einen Anspruch auf Übergabe und Übereignung der Fleischwaren aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB (a. A. vertretbar).

d) § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB

Die spezielle Eingriffskondition in § 816 Abs. 1 S. 1 BGB verdrängt als *lex specialis* die allgemeine Eingriffskondition aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB.¹¹⁷

4. Ansprüche des B gegen G wegen der Schlachtung

a) Reichweite der Revokationsbefugnis

F könnte gegen G auch Ansprüche wegen der Schlachtung geltend machen. Denn G hätte die Kühe nie geschlachtet, wenn B sie ihm nicht (unwirksam) übereignet hätte.

b) Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 iVm. § 292 Abs. 1 iVm. § 989 BGB

aa) Bereicherungsanspruch

B hat gegen G einen Anspruch aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB.

bb) Positive Kenntnis des G

Fraglich ist, ob G i.S.v. § 819 Abs. 1 BGB bösgläubig war. Dazu hätte G den Mangel des rechtlichen Grundes (positiv) kennen müssen. Vor Schlachtung der Kühe wusste G, dass F und B verheiratet waren. G waren damit die Tatsachen bekannt, aus denen der Mangel des Rechtsgrundes folgt.

§ 819 Abs. 1 BGB verlangt jedoch – entgegen einer teilweise vertretenen Ansicht¹¹⁸ und mit der insofern zutreffenden hM.¹¹⁹ – nicht nur *positive Kenntnis der Tatsachen*, aus denen sich das Fehlen des rechtlichen Grundes ergibt, sondern auch der *Rechtsfolgen* des fehlenden Rechtsgrundes.¹²⁰ Fahrlässige, auch grob fahrlässige Unkenntnis ist nicht ausreichend. Denn nach der *ratio legis* des § 819 Abs. 1 BGB haftet der Empfänger nur deshalb verschärft, weil er weiß, dass er das Erlangte zurückgeben muss und damit über kein (schutzwürdiges) Vertrauen verfügt.¹²¹ Dann aber kann die bloße Kenntnis der Tatsachen, auf denen das Fehlen des Rechtsgrundes beruht, nicht ausreichend sein; denn aus der Kenntnis dieser Tatsachen allein wird der Empfänger nicht immer das Fehlen des Rechtsgrundes folgern. G müsste also auch wissen, dass kein Rechtsgrund bestand.

Davon wird für § 990 Abs. 1 S. 2 BGB eine Ausnahme gemacht, wenn dem Besitzer die fehlende Besitzberechtigung durch liquide Beweise so dargetan wurde, dass sich ein redlich denkender, vom eigenen Vorteil unbeeinflusster Dritter nicht der Erkenntnis verschließen würde, dass er nicht zum Besitz berechtigt ist.¹²² Eben dies gilt auch, wenn sich der Besitzer der Einsicht in sein fehlendes Besitzrecht bewusst verschließt.¹²³ Bei § 819 Abs. 1 BGB ist die Rechtslage insofern vergleichbar, als auch dort eine rechtliche Erkenntnis gefordert wird.¹²⁴ Die genannte Ausnahme ist daher auf § 819 Abs. 1 BGB übertragbar. Die Anforderungen an

die Kenntnis im Rahmen von § 819 Abs. 1 BGB dürfen nämlich nicht derart hoch sein, dass nur noch juristisch geschulte Personen diese Kenntnis haben können. Denn die Rechtsordnung muss von den Rechtsunterworfenen ein „Minimum an wertender Reflexion“¹²⁵ verlangen können, ob ihnen das Erlangte rechtlich zusteht, da sie anderenfalls nicht mehr funktionstüchtig wäre.

Für § 819 Abs. 1 BGB muss damit nur die Rechtslage aus §§ 1365, 1366 BGB für einen redlich denkenden Dritten nahegelegen haben. Dies ist hier der Fall, da sich für G hinreichende Erkenntnis schon aus der Lektüre der Normen ergeben hätte.

Folglich war G bösgläubig iSd. § 819 Abs. 1 BGB.

cc) Voraussetzungen des § 989 BGB

Indem G die Kühe schlachtete, hob er die physische Existenz der Sache (§ 90a BGB) auf und hat damit ihren Untergang iSd. § 989 BGB herbeigeführt. Dabei befand er sich in einem vermeidbaren Rechtsirrtum und handelte somit schuldhaft.

dd) Rechtsfolge: Schadensersatz nach §§ 249 ff. BGB

G schuldet gem. § 251 Abs. 1 Alt. 1 BGB Schadensersatz in Geld iHv. 100.000 Euro.

5. Hilfgutachten

a) § 985 BGB

aa) Eigentümerstellung des B

Geht man – entgegen der hier vertretenen Ansicht und gut vertretbar – davon aus, dass beim Rückerwerb des Nichtberechtigten nicht dieser, sondern der ursprünglich Berechtigte automatisch wieder Eigentümer wird, so ist nicht G, sondern B durch den Rückerwerb der Kühe deren Eigentümer geworden.

(1) Eigentumsverlust durch Verarbeitung?

Fraglich ist, ob B sein Eigentum gem. § 950 BGB wieder verloren hat. Indem G die Kühe schlachtete und zu Fleischwaren verarbeitete, hat er nämlich eine neue Sache hergestellt.¹²⁶ Erforderlich ist weiter, dass der Wert der Verarbeitung nicht erheblich geringer ist als der Wert des verarbeiteten Stoffes (§ 950 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB). Der Wert der Fleischwaren beträgt 100.000 Euro, was dem Wert des Ausgangsstoffes, hier der Kühe, entspricht. Mangels Differenz hat die Verarbeitung damit keinen Wert.¹²⁷

(2) Ergebnis

B hat sein Eigentum somit nicht durch Verarbeitung gem. § 950 BGB verloren.

bb) Weitere Voraussetzungen und Ergebnis

G ist weiter Besitzer der Fleischwaren gem. § 854 BGB und hat kein Recht zum Besitz. Ein Zurückbehaltungsrecht aus § 273 Abs. 1 BGB kann G, wie oben dargelegt, nicht entgegenhalten.

Damit hat B gegen G einen Anspruch auf Herausgabe der Fleischwaren.

b) § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

G hat den Besitz an den Kühen durch Leistung des B ohne Rechtsgrund erlangt (s.o.). Der Anspruch ist auch nicht

¹¹⁷ Sprau, in: Grüneberg, 81. Aufl. (2022), § 816 Rn. 2.

¹¹⁸ OLG Hamm NJW 1977, 1824; Schreiber, JuS 1978, 230 (231).

¹¹⁹ BGH NJW 1998, 2433 (2434); Stadler, in: Jauernig BGB, 18. Aufl. (2021), § 819 Rn. 4; Schwab, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. (2020), § 819 Rn. 2.

¹²⁰ BGH NJW 1992, 2415 (2417); BGHZ 133, 246 (250); Sprau, in: Grüneberg, 81. Aufl. (2022), § 819 Rn. 2.

¹²¹ Schwab, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. (2020), § 819 Rn. 2.

¹²² BGHZ 26, 256 (260 f.); 32, 76 (92); BGH WM 1961, 1149 (1151); WM 1996, 1091 (1093); NJW 2010, 2664 Rn. 12; NJW 2016, 3235 Rn. 8; Thole, in: Staudinger, (2019), § 990 Rn. 44 mwN.

¹²³ Thole, in: Staudinger, (2019), § 990 Rn. 44; zu § 819 Abs. 1 BGH NJW 1996, 2652.

¹²⁴ Schwab, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. (2020), § 819 Rn. 2.

¹²⁵ Ibid.

¹²⁶ Wellenhofer, Sachenrecht, 36. Aufl. (2021), § 9 Rn. 5.

¹²⁷ BGH 56, 88 (90 f.); Baur/Stürmer, Sachenrecht, 18. Aufl. (2009), § 53 Rn. 19.

von der Sperrwirkung des § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB erfasst.¹²⁸ Die Herausgabe des Besitzes der Kühe gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB ist nicht mehr möglich, weshalb der G Wertersatz gem. § 818 Abs. 2 BGB leisten muss. Allerdings kommt dem Besitz als solchem kein eigenständiger Wert zu,¹²⁹ weshalb ein Anspruch scheidet.

c) Ansprüche des B gegen G wegen der Schlachtung

aa) §§ 990 Abs. 1 S. 2, 989 BGB

Zum Zeitpunkt der Schlachtung bestand eine Vindikationslage zwischen B und G. Als G die Kühe von V (zurück) erhielt, wusste er zwar noch nichts von der Ehe zwischen F und B. Er war damit noch immer genauso gutgläubig, wie im Zeitpunkt als B ihm die Kühe übergab. G wusste aber von der Ehe, als er die Kühe schlachtete. Damit hätte er grundsätzlich wissen müssen, dass er nicht zum Besitz berechtigt ist. Kenntnisgegenstand ist diese rechtliche Folgerung selbst.¹³⁰ Da G noch immer glaubte, »vollwertiges« Eigentum an Hof und Kühen erworben zu haben, wäre § 990 Abs. 1 S. 2 BGB eigentlich nicht erfüllt. Ein Rechtsirrtum schließt § 990 Abs. 1 S. 2 BGB grundsätzlich aus. Davon werden aber – wie bereits i.R.d. § 819 Abs. 1 BGB dargelegt – Ausnahmen gemacht (s.o.).¹³¹

Damit müsste aus der Sicht eines redlich Denkenden in der Situation des G der Schluss nahegelegen haben, dass er nicht Eigentümer geworden ist. Dann aber müsste G nicht nur die Rechtslage um §§ 1365, 1366 BGB, sondern zusätzlich und weitergehend (und damit anders als oben im Rahmen von § 819 Abs. 1 BGB!) die schwierige, im Gesetz nirgends geregelte und entsprechend umstrittene Problematik des Rückerwerbs des Nichtberechtigten irgendwie erfasst haben. Nimmt man hier ein bewusstes Verschließen des G in vorwerfbarer Weise an, dann würde die Maßfigur des redlich Denkenden zu der des redlich denkenden Spitzenjuristen. Die gegebenen Umstände hätten eine eingehende und qualifizierte Rechtsberatung erfordert, damit G sein (möglicherweise) fehlendes Besitzrecht hätte erkennen können.

Damit hatte G keine Kenntnis von seiner fehlenden Besitzberechtigung, weshalb der Anspruch ausscheidet.

bb) § 823 Abs. 1 BGB

Ein Anspruch scheidet aufgrund der Sperrwirkung des § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB.

cc) §§ 687 Abs. 2 S. 1, 678 BGB

G handelte ohne Fremdgeschäftsführungsbewusstsein. Es liegt eine irrtümliche Eigengeschäftsführung iSd. § 687 Abs. 1 BGB vor.

dd) § 951 Abs. 1 BGB iVm. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB

Ein Anspruch scheidet an einem fehlenden Rechtsverlust gem. § 950 BGB (s.o.).

Ende des Hilfgutachtens

Aufgabe 2

A) Anspruch des G gegen B auf Kaufpreisrückzahlung aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

G könnte gegen B einen Anspruch auf Herausgabe des gezahlten Kaufpreises iHv. 1.000.000 Euro aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB haben.

I. Tatbestandsvoraussetzungen

B hat Eigentum und Besitz an dem Geld oder einen Auszahlungsanspruch aus § 675f BGB erlangt. Dies geschah auch durch Leistung des G und – aufgrund der Unwirksamkeit des Kaufvertrages nach §§ 1365 Abs. 1, 1366 Abs. 4 BGB – ohne Rechtsgrund.

II. Rechtsfolge

B schuldet demnach grundsätzlich Herausgabe in natura. Dies ist vorliegend wegen der Beschaffenheit von Geld nicht möglich, weshalb er zum Wertersatz gem. § 818 Abs. 2 BGB verpflichtet ist.

1. Entreicherung gem. § 818 Abs. 3 BGB

Möglicherweise kann sich B jedoch auf Entreicherung gem. § 818 Abs. 3 BGB berufen. Voraussetzung dafür ist der ersatzlose Wegfall des erlangten Gegenstandes.¹³² Im vorliegenden Fall hat B das gesamte Geld im Rotlichtviertel von Glasgow verprasst. B könnte den Einwand der Entreicherung aber dann nicht erheben, wenn er anderweitig Aufwendungen erspart hat, sodass insoweit noch ein adäquater Gegenwert in seinem Vermögen vorhanden ist.¹³³

BGH und ganz hM. differenzieren hier, ob der Anspruchsgegner die Aufwendungen ohnehin hätte tätigen müssen oder ob er diese ohne seine Bereicherung nicht vorgenommen hätte – es sich demnach um sog. Luxusaufwendungen handelt.¹³⁴ Nur im ersteren Fall könne er sich nicht auf Entreicherung berufen.¹³⁵ Denn nach Sinn und Zweck des Bereicherungsrechts sollen nur die noch vorhandenen Vorteile abgeschöpft werden und der Anspruchsgegner tätigt die Aufwendungen gerade im Vertrauen auf die Wirksamkeit des Vertrages.

Ohne den Kaufpreis des G hätte B seinen Hof nicht verlassen und auch nicht das Geld gehabt, um die entsprechenden Aufwendungen zu tätigen. Es handelt sich damit um Luxusaufwendungen, weswegen B sich grundsätzlich auf Entreicherung gem. § 818 Abs. 3 BGB berufen kann.

2. Verschärfte Haftung gem. §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 BGB

Auf die Privilegierung der Einwendung der Entreicherung kann sich B gem. §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 BGB jedoch nicht berufen, wenn er Kenntnis von dem Mangel des Rechtsgrundes hatte.¹³⁶ Dabei reicht allein die Kenntnis der Tatsachen, auf welchen der fehlende Rechtsgrund beruht, sowie grob fahrlässige Unkenntnis nicht aus.¹³⁷ B müsste folglich sowohl positiv Kenntnis gehabt haben, dass die Zustimmung seiner Ehefrau F erforderlich ist, als auch davon, dass deren Fehlen die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge hat. Der BGH erachtet es freilich für ausreichend, wenn sich die Nichtigkeit aufdrängt und der Anspruchs-

¹²⁸ *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, 17. Aufl. (2022), § 56 Rn. 8.

¹²⁹ *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. (2022), § 12 Rn. 16; *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, 17. Aufl. (2022), § 56 Rn. 8; BGHZ 118, 383 Rn. 9; *Sprau*, in: Grüneberg, 81. Aufl. (2022), § 818 Rn. 40.

¹³⁰ *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. (2022), § 12 Rn. 17 f.; *Buck-Heeb*, in: Erman BGB, 16. Aufl. (2020), § 818 Rn. 35, BGH NJW 1984, 2095 (2096); NJW 2003, 3271 (3271).

¹³¹ *Halfmeier*; JA 2007, 492 (494 f.); *Stadler*, in: Jauernig BGB, 18. Aufl. (2021), § 818 Rn. 31.

¹³² *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. (2022), § 12 Rn. 45.

¹³³ *Lorenz*, in: Staudinger, (2006), § 819 Rn. 6; *Wendehorst*, in: BeckOK BGB, 62. Aufl. (2022), § 819 Rn. 3.

¹²⁸ *Fervers*, NJW 2014, 1095 (1097); *Thole*, in: Staudinger, (2019), Vorb. §§ 987-993 Rn. 114.

¹²⁹ BGH NJW 1953, 58 (59); NJW 2014, 1095 (1096).

¹³⁰ *Thole*, in: Staudinger, (2021) § 990 Rn. 11.

¹³¹ *Schwab*, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. (2020), § 819 Rn. 2.

gegner sich dieser Kenntnis bewusst verschließt.¹³⁸

B war davon überzeugt, dass seine Ehe mit F keinen Einfluss auf die Wirksamkeit des Geschäfts hat. Dass sich die Nichtigkeit hier aufdrängte, lässt sich auch deshalb bestreiten, da B Alleineigentümer und seine Ehe mit F zerrüttet war. Allerdings hätte B bewusst sein müssen, dass die Nachfrage eines rein rechtsberatend tätigen Notars über seinen Ehestand für die geplante Vermögensverschiebung entscheidend ist. Dennoch antwortete er bewusst wahrheitswidrig. Damit hat sich B der Erkenntnis des mangelnden Rechtsgrundes bewusst verschlossen. Er kann sich mithin nicht auf Entreicherung berufen (aA. vertretbar).

3. Hilfsweise: Rückabwicklung synallagmatischer Verträge

Lehnt man die Bösgläubigkeit des B und dessen verschärfte Haftung ab, dann kann sich B grundsätzlich auf Entreicherung gem. § 818 Abs. 3 BGB berufen. Etwas anderes könnte sich aus dem Umstand ergeben, dass es sich vorliegend um die Rückabwicklung eines synallagmatischen Vertrages handelt.

a) Strenge Zweikondiktionenlehre

Die strenge Zweikondiktionenlehre wickelt die aus einem nichtigen Vertrag bestehenden gegenseitigen Bereicherungsansprüche unabhängig voneinander ab.¹³⁹ B könnte sich danach auf Entreicherung berufen.

b) Saldotheorie

Nach der von der Rechtsprechung entwickelten Saldotheorie sind die entsprechenden Leistungen auch bei einem nichtigen gegenseitigen Vertrag aufgrund des Austauschzwecks miteinander verknüpft.¹⁴⁰ Gleichartige Bereicherungsansprüche werden ipso iure gegeneinander verrechnet;¹⁴¹ ungleichartige sind dagegen nur Zug um Zug zu erfüllen.¹⁴² Zudem erfährt die Regelung des § 818 Abs. 3 BGB eine Einschränkung.¹⁴³

Hier stehen sich der Anspruch des B auf Herausgabe des Grundstücks bzw. der Grundbuchposition und der Anspruch des G auf Rückzahlung des Kaufpreises entgegen. Es handelt sich demnach um ungleichartige Rückgewährpflichten, welche nicht saldiert werden können¹⁴⁴. Dennoch kann sich B mangels Vorliegens einer Ausnahme von der Saldotheorie nicht auf Entreicherung berufen. Er ist aber nur zur Leistung Zug um Zug verpflichtet.

c) Modifizierte Zweikondiktionenlehre

Die modifizierte Zweikondiktionenlehre geht im Grundsatz von der strengen Zweikondiktionenlehre aus, versagt aber dem Bereicherungsschuldner – mithilfe einer teleologischen Reduktion des § 818 Abs. 3 BGB – die Berufung auf die Entreicherung, wenn der Untergang der Sache seiner Risikosphäre zuzuordnen ist.¹⁴⁵ Dabei wird auf die Wertungen des Rücktrittsrechts (vgl. § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3, Abs. 3

S. 1 Nr. 3 BGB) zurückgegriffen.¹⁴⁶ Vorliegend hat B das Geld vorsätzlich verprasst und damit die in seiner Risikosphäre liegende Entreicherung verschuldet. Er könnte sich auch hiernach nicht auf § 818 Abs. 3 BGB berufen.

d) Stellungnahme

Die strenge Zweikondiktionenlehre führt dazu, dass der Bereicherungsgläubiger stets das Risiko eines Untergangs der Sache zu tragen hat, obwohl er keinen Einfluss mehr auf die Sache hat und der Bereicherungsschuldner dieses aufgrund der vertraglichen Risikoverteilung bei Gefahrübergang freiwillig eingegangen ist. Um unangemessene Ergebnisse zu vermeiden, muss diese Theorie daher abgelehnt werden und die synallagmatische Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung auch in der Rückabwicklung fortwirken.¹⁴⁷ Die Saldotheorie und die modifizierte Zweikondiktionenlehre kommen beide zu dem Ergebnis, dass B sich nicht auf Entreicherung gem. § 818 Abs. 3 BGB berufen kann, weshalb zwischen diesen kein Streitentscheid erforderlich ist.

Ende des Hilfsgutachtens

III. Ergebnis

Im Ergebnis hat G einen Anspruch auf Wertersatz aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB iHd. Kaufpreises von 1.000.000 Euro.

B) Schadensersatzansprüche des G wegen der wahrheitswidrigen Aussage des B vor dem Notar

I. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2 BGB

1. Schuldverhältnis

Ein vertragliches Schuldverhältnis bestand hier nicht, da der Kaufvertrag nichtig ist. Jedoch lag hier ein vorvertragliches Schuldverhältnis gem. § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen bzw. spätestens mit Abschluss des nichtigen Vertrages vor.

2. Pflichtverletzung und Vertretenmüssen

Aus einem vorvertraglichen Schuldverhältnis ergeben sich Rücksichtnahmepflichten iSd. § 241 Abs. 2 BGB.¹⁴⁸ Hier könnte B die Aufklärungspflicht gehabt haben, G vor Vertragsschluss auf seine Ehe mit F hinzuweisen; denn dann hätte G die erforderliche Zustimmung von F einholen oder – bei deren Verweigerung – vom Abschluss des Kaufvertrags Abstand nehmen können.

Da das Wirksamkeitshindernis aus den persönlichen, dem G nicht bekannten, Verhältnissen des B stammt und § 1365 Abs. 1 BGB weitreichende Konsequenzen für den Vertragsschluss hat, ist eine solche Pflicht aus § 241 Abs. 2 BGB hier zu bejahen.¹⁴⁹ Dadurch dass B gegenüber G und dem Notar wahrheitswidrig behauptete, unverheiratet zu sein, hat er seine Aufklärungspflicht vorsätzlich verletzt und diese damit gem. § 276 Abs. 1 BGB auch zu vertreten.

3. Schaden

Inhalt und Umfang des Schadensersatzes bestimmen sich gem.

¹³⁸ BGHZ 133, 246 (250 f.).

¹³⁹ Röthel, Jura 2015, 1287 (1289).

¹⁴⁰ Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. (2022), § 12 Rn. 32.

¹⁴¹ BGHZ 147, 152 (157); vgl. Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. (2022), § 12 Rn. 33; Staake, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. (2022), § 6 Rn. 63.

¹⁴² Staake, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. (2022), § 6 Rn. 63.

¹⁴³ Ibid., Rn. 66.

¹⁴⁴ Röthel, Jura 2015, 1287 (1290); Schwab, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. (2020), § 818 Rn. 252.

¹⁴⁵ Canaris, Festschrift für Werner Lorenz (1991), S. 19 (22).

¹⁴⁶ Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. (2022), § 12 Rn. 38 f.; Schwab, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. (2020), § 818 Rn. 285.

¹⁴⁷ Lorenz, JuS 2015, 109 (110); Röthel, Jura 2015, 1287 (1289); Staake, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. (2022), § 6 Rn. 61.

¹⁴⁸ Feldmann, in: Staudinger, (2018), § 311 Rn. 124; Grüneberg, in: Grüneberg, 81. Aufl. (2022), § 311 Rn. 27.

¹⁴⁹ Vgl. Wellenhofer, Familienrecht, 5. Aufl. (2019), § 15 S. 125; Medicus/Lorenz, Prütting/Wegen/Weinrich BGB, 17. Aufl. (2022), § 311 Rn. 44 f.

§§ 249 ff. BGB nach der Differenzhypothese.¹⁵⁰ Der Geschädigte ist so zu stellen, wie er ohne die vom anderen Teil zu vertretene Pflichtverletzung während der Vertragsverhandlungen stünde.¹⁵¹

Behauptet der Vertragspartner wahrheitswidrig unverheiratet zu sein, ist nur das negative Interesse, also der Vertrauensschaden, ersatzfähig.¹⁵² Hätten B und G keinen Vertrag geschlossen, hätte B die 1.000.000 Euro nicht gezahlt. Diese kann er mithin als Schaden geltend machen.

4. Ausschluss aufgrund von § 1365 Abs. 1 BGB?

Fraglich ist, ob ein Anspruch aus c.i.c. hier aufgrund des Schutzzwecks des § 1365 Abs. 1 BGB ausgeschlossen ist.

Dies wird teilweise bejaht, da die Gefahr einer Haftung aus c.i.c. im Endeffekt einen mittelbaren Erfüllungszwang begründet und den übergangenen Ehegatten von der Geltendmachung seiner Rechte abhalten kann.¹⁵³ Dadurch würde die wirtschaftliche Grundlage der Familie dennoch gefährdet und so der Schutzzweck des § 1365 Abs. 1 BGB unterlaufen.¹⁵⁴ Um dies zu vermeiden, müsse hier ein Schadensersatzanspruch aus c.i.c. ausscheiden.¹⁵⁵

Nach der Gegenansicht steht der Schutzzweck des § 1365 Abs. 1 BGB dem Anspruch aus c.i.c. nicht entgegen, da vorvertragliches Verhalten gerade nicht der Zustimmung des Ehegatten unterliegt.¹⁵⁶

Dem ist zuzustimmen; denn es ist nicht einzusehen, weshalb nur bei § 1365 Abs. 1 BGB ein Schadensersatzanspruch ausscheiden soll, während alle anderen (vor-)vertragliche Schadensersatzansprüche bestehen, obwohl diese die Vermögensverhältnisse der Familie nicht weniger beeinträchtigen. Die wirtschaftliche Grundlage der Familie ist zudem ausreichend dadurch geschützt, dass der andere Teil den Schadensersatzanspruch nicht mithilfe des § 273 BGB der Herausgabe des Eigentums an den Ehegatten entgegenhalten kann.

Der Schadensersatzanspruch des G ist folglich nicht ausgeschlossen.

5. Ergebnis

G hat gegen B einen Schadensersatzanspruch iHv. 1.000.000 Euro aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2 BGB.

II. Deliktische Ansprüche

1. § 823 Abs. 2 BGB iVm. § 263 StGB

§ 263 StGB ist Schutzgesetz iSd. § 823 Abs. 2 BGB.¹⁵⁷ Gegen dieses müsste B verstoßen haben. B hat G über die Tatsache, dass er verheiratet ist, getäuscht, sodass dieser irrtumsbedingt durch Zahlung des Kaufpreises über sein Vermögen verfügte und somit einen Vermögensschaden erlitten hat. Die Erfüllung des § 263 StGB scheidet allerdings am fehlenden Vorsatz des B, G einen Schaden zuzufügen. Es besteht daher kein Anspruch aus § 823

Abs. 2 BGB iVm. § 263 StGB.

2. § 826 BGB

Der Vorsatz bei § 826 BGB muss sich auf die Schadenszufügung selbst beziehen. Daran fehlt es hier.

Aufgabe 3

A) Anspruch der C-Bank gegen T auf Zahlung von 200.000 Euro aus §§ 765 Abs. 1, 766, 767 Abs. 1 BGB iVm. § 488 BGB

I. Wirksamer Bürgschaftsvertrag

1. Einigung, Inhalt und Form des Vertrages

Die C-Bank und T haben sich über eine Höchstbetragsbürgschaft iHv. 200.000 Euro zur Sicherung der Darlehensschuld des G einigt. T sollte als vermögenslose Tochter des G nur subsidiär haften und nicht selbst Vertragspartnerin der C-Bank werden, weshalb bei Auslegung der Willenserklärungen gem. §§ 133, 157 BGB ein Schuldbeitritt gem. § 311 Abs. 1 BGB oder ein Garantievertrag vorliegend nicht in Betracht kommen.¹⁵⁸ Die für den Bürgschaftsvertrag gem. § 766 S. 1 BGB erforderliche Schriftform wurde eingehalten.

2. Sittenwidrigkeit?

Der Bürgschaftsvertrag ist nicht nach § 138 Abs. 2 BGB nichtig, da dieser nur für Austauschverträge gilt.¹⁵⁹ Der Bürgschaftsvertrag könnte jedoch nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig und nichtig sein.

a) Sittenwidrigkeit von Angehörigenbürgschaften

Nach (zwischenzeitlich) gefestigter, vom BVerfG initiiertes¹⁶⁰ und von der Literatur überwiegend wohlwollend kommentierter¹⁶¹ höchstrichterlicher Rechtsprechung des BGH¹⁶² gelten für die Sittenwidrigkeitskontrolle von Angehörigenbürgschaften folgende Grundsätze.

Objektiv muss die Bürgschaftsschuld den Bürgen finanziell krass überfordern. Es muss mithin ein auffälliges Missverhältnis zwischen der vom Bürgen übernommenen Verpflichtung und seiner finanziellen Leistungsfähigkeit bestehen.¹⁶³ Starre numerische Relationen gelten zwar nicht, vielmehr kommt es maßgeblich auf die einzelfallbezogene Betrachtung an.¹⁶⁴ Von einer finanziellen Überforderung des Bürgen ist aber jedenfalls dann auszugehen, wenn dieser nicht einmal in der Lage ist, aus seinem pfändbaren Einkommen und sonstigen Vermögen die laufenden Zinsen zu tragen.¹⁶⁵ Da sich bei Höchstbetragsbürgschaften die Haftung für Nebenforderungen wie etwa Zinsen nur nach der Bürgschaftssumme und nicht nach der höheren Hauptschuld richtet, ist die vertragliche Zinslast aus der Bürgschaftssumme und nicht aus der höheren Hauptschuld für die Beurteilung der krassen finanziellen Überforderung maßgeblich.¹⁶⁶ Steht schon zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses fest, dass der Bürge auch künftig nicht in nennenswertem Umfang leistungsfähig sein wird, so ist der Bürgschaftsvertrag regelmäßig schon wegen seiner wirtschaftli-

150 Ebert, in: Erman BGB, 16. Aufl. (2020), Vorb. § 249 Rn. 24.

151 Emmerich, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. (2022), § 311 Rn. 219.

152 Budzikiewicz, in: Erman BGB, 16. Aufl. (2020), § 1365 Rn. 30, § 1366 Rn. 9 mwN.

153 Wellenhofer, Familienrecht, 5. Aufl. (2019), § 15 S. 125.

154 Ibid.

155 Scheller/Sprink, in: BeckOK BGB, 63. Aufl. (1.8.2022), § 1365 Rn. 57; Wellenhofer, Familienrecht, 5. Aufl. (2019), § 15 S. 125; Czeguhn, in: Soergel, 13. Aufl. (2013), § 1365 Rn. 18.

156 Thiele, in: Staudinger, (2017), § 1365 Rn. 98; Koch, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. (2022), § 1366, Rn. 38; Budzikiewicz, in: Erman BGB, 16. Aufl. (2020), § 1365 Rn. 30, § 1366 Rn. 9.

157 Hager, in: Staudinger, (2021), § 823 G Rn. G42; BGHZ 57, 137 (142 f.).

158 Vgl. Richter/Dietrich, JuS 2007, 45 (48); Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 46. Aufl. (2022), § 32 Rn. 3 f.; Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, 17. Aufl. (2022), § 50 Rn. 8 f.

159 Riehm, JuS 2000, 241 (242); BGH NJW 2001, 2466 (2467).

160 BVerfGE 89, 214.

161 Armbrüster, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. (2021), § 138 Rn. 154 mwN.

162 BGH NJW 1994, 1278 (1279); BGH NJW 1994, 1726 (1727); BGH NJW 1999, 58 (60); BGH NJW 2001, 815 (816).

163 Armbrüster, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. (2021), § 138 Rn. 154 mwN.

164 OLG Celle NJW-RR 2006, 131 (133); Armbrüster, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. (2021), § 138 Rn. 154.

165 Armbrüster, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. (2021), § 138 Rn. 154.

166 BGH NJW 2013, 1534 Rn. 10.

chen Sinnlosigkeit sittenwidrig.¹⁶⁷

Subjektiv muss der Gläubiger die geschäftliche Unerfahrenheit oder eine (psychische) Zwangslage des Bürgen in sittenwidriger Weise ausgenutzt haben.¹⁶⁸ Dieses Ausnutzen wird widerleglich vermutet, wenn zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner ein besonderes persönliches Näheverhältnis (etwa Verwandtschaft, § 1589 BGB) besteht.¹⁶⁹ An der Vermutung der Sittenwidrigkeit soll auch die (mittlerweile) mögliche Restschuldbefreiung (§§ 286 ff. InsO) nichts ändern, da diese und § 138 Abs. 1 BGB unterschiedliche Schutzzwecke verfolgen.¹⁷⁰ Der Gläubiger kann diese Vermutung aber widerlegen, wenn der Bürge die Verpflichtung aufgrund eines (wirtschaftlichen) Eigeninteresses eingegangen ist.¹⁷¹ Ausreichend ist, dass hierbei eine realistische Aussicht auf die sich ergebenden Vorteile besteht.¹⁷²

Hier ist schon zweifelhaft, ob das objektive Tatbestandsmerkmal, das Bestehen eines auffälligen Missverhältnisses, erfüllt ist. T verfügt zwar momentan über kein eigenes Vermögen. Als promovierte Agraringenieurin dürfte sie aber in Zukunft in der Lage sein, mit ihrem Einkommen die Höchstsumme von 200.000 Euro abzuzahlen. Jedenfalls hat sich T aber gerade nicht aus persönlicher Verbundenheit mit ihrem Vater für diesen verbürgt, sondern weil sie dessen Gutshof bald übernehmen und selbstständig fortführen will und soll. Sie profitiert daher in absehbarer Zeit wirtschaftlich selbst von den an dem Hof durchgeführten, mithilfe der Darlehensvaluta finanzierten, Modernisierungsmaßnahmen. Die Vermutung des Ausnutzens ist aufgrund ihres wirtschaftlichen und beruflichen Eigeninteresses an der Kreditgewährung widerlegt und der Vertrag somit nicht sittenwidrig nach § 138 Abs. 1 BGB.

b) Ablehnung der Vermutungsregel

Vereinzelt wird diese Vermutungsregel der hM. abgelehnt: Mit der Annahme der Sittenwidrigkeit werde die Nahbereichsbürgschaft als Kreditsicherungsmittel unwirksam und die Privatautonomie des Bürgen zu weit eingeschränkt.¹⁷³ Ferner sei der Bürge über das Vollstreckungsrecht geschützt und die krasse Überforderung durch die mit Inkrafttreten der Insolvenzordnung neue Möglichkeit der Restschuldbefreiung (§§ 286 ff. InsO) befristet.¹⁷⁴ Nichtigkeit sei hier nur dann zu bejahen, wenn der Vertragspartner bewusst durch unsittliches Verhalten eine aussichtslose Situation für den Schuldner geschaffen habe.¹⁷⁵

Ein solches Verhalten der C-Bank ist nicht ersichtlich, weshalb diese Ansicht ebenfalls zur Wirksamkeit des Vertrages kommt.

c) Ergebnis

Der Bürgschaftsvertrag ist nach beiden Ansichten wirksam, so dass es hier keines Streitentscheids bedarf.

II. Bestand der zu sichernden Hauptforderung gem. § 767 Abs. 1 BGB

Bestand und Umfang der Bürgschaft bestimmen sich aufgrund

167 BGH NJW 1994, 1278 (1279); BGH NJW 1996, 1274 (1276).

168 BGH NJW 1994, 1278 (1279).

169 BGHZ 146, 37 (42).

170 BGH NJW 2002, 744 (745); Riehm, JuS 2000, 241 (243).

171 NJW-RR 2004, 337 (338); Tonner, JuS 2003, 744 (745); Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherung, 5. Aufl. (2006), Rn. 239.

172 NJW-RR 2004, 337 (338).

173 Homann/Maas, JuS 2011, 774 (776); Medicus/Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. (2016), Rn. 706c f.

174 Foerste, JZ 2002, 560 (562); Medicus, JuS 1999, 833 (836); Homann/Maas, JuS 2011, 774 (776 f.).

175 Medicus/Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. (2016), Rn. 706c; Zöllner, WM 2000, 1 ff.

ihrer strengen Akzessorietät gem. § 767 Abs. 1 BGB nach der Hauptverbindlichkeit.¹⁷⁶ Es besteht eine fällige Darlehensforderung der C-Bank gegen G gem. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB iHv. 200.000 Euro.

III. Gegenrechte des Bürgen

Gegenrechte der T aus dem Verhältnis Gläubiger-Schuldner gem. §§ 768, 770 BGB kommen hier nicht in Betracht. Die Einrede der Vorausklage nach § 771 BGB aus dem Verhältnis Gläubiger-Bürge ist gem. § 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB durch die selbstschuldnerische Verbürgung der T ausgeschlossen.

B) Ergebnis

Die C-Bank hat gegen T einen durchsetzbaren Anspruch auf Zahlung von 200.000 Euro aus §§ 765 Abs. 1, 766, 767 Abs. 1 iVm. § 488 BGB.

Aufgabe 4

A) Regressanspruch der T gegen M aus

§§ 1147, 774 Abs. 1, 412, 401 Abs. 1 Var. 1, 1153 Abs. 1 BGB

T könnte gegen M einen Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung aus §§ 1147, 774 Abs. 1, 412, 401 Abs. 1 Var. 1, 1153 Abs. 1 BGB haben. Dazu müsste T zunächst Inhaberin einer Hypothek am Grundstück der M sein.

I. Inhaberin der Hypothek

1. Bestellung der Hypothek zugunsten der C-Bank

a) Erwerbsvoraussetzungen

M, als Eigentümerin und somit Berechtigte, und die C-Bank haben sich gem. §§ 873 Abs. 1 Var. 2, 1113 Abs. 1 BGB über die Bestellung einer Höchstbetragshypothek iHv. 100.000 Euro geeinigt. Die nach §§ 1113 Abs. 1, 2 Alt. 1, 1115 Abs. 1 BGB erforderliche und zu sichernde Geldforderung bestand mit der Darlehensforderung gem. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB der C-Bank gegen G aus dem Darlehensvertrag. Allerdings darf die tatsächliche Forderungshöhe zum Zeitpunkt der Bestellung einer Höchstbetragshypothek noch nicht bestimmt sein.¹⁷⁷ Ist dies wie hier mit der Darlehensforderung trotzdem der Fall, wird die eingetragene Höchstbetragshypothek als gewöhnliche Sicherungshypothek (vgl. § 1184 BGB) angesehen.¹⁷⁸ Es ist davon auszugehen, dass die Hypothek ordnungsgemäß in das Grundbuch gem. §§ 873 Abs. 1 Var. 2, 1115 Abs. 1 BGB eingetragen wurde. Die Erteilung eines Hypothekenbriefs gem. §§ 1116 Abs. 1, 1117 Abs. 1 BGB ist bei der Sicherungshypothek gem. § 1185 Abs. 1 BGB ausgeschlossen.

b) Keine Sittenwidrigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB

Die Einigung von M und der C-Bank über die Hypothekenbestellung könnte nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig und damit nichtig sein. Grundsätzlich ist nur das Verpflichtungsgeschäft gem. § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig und nichtig; das Verfügungsgeschäft ist hingegen rechtlich neutral und damit wegen des Trennungs- und Abstraktionsprinzips wirksam.¹⁷⁹ Fehleridentität besteht allerdings insbesondere dann, wenn eine getroffene Sicherungsabrede sittenwidrig ist.¹⁸⁰

Der zwischen M und der C-Bank konkludent geschlossene Siche-

176 Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, 17. Aufl. (2022), § 50 Rn. 36; Habersack, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. (2020), § 767 Rn. 1.

177 Wenzel, in: Erman BGB, 16. Aufl. (2020), § 1190 Rn. 4; Lieder, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. (2020), § 1190 Rn. 4.

178 Wenzel, in: Erman BGB, 16. Aufl. (2020), § 1190 Rn. 4; Konzen, in: Soergel, 13. Aufl. (2001) § 1190 Rn. 12.

179 Fischinger, in: Staudinger, (2021), § 138 Rn. 216; Armbrüster, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. (2021), § 138 Rn. 293; BGH NJW-RR 2011, 880 (881); BGH NJW 2014, 2790 (2792).

180 Armbrüster, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. (2021), § 138 Rn. 174 f.

rungsvertrag könnte in Anlehnung an die Grundsätze zur Angehörigenbürgschaft sittenwidrig sein.

Zur Bestellung der Hypothek hat sich M aus Liebe zu ihrem Sohn G verpflichtet. Damit besteht eine emotionale Verbundenheit zwischen beiden, bei der das Ausnutzen einer Zwangssituation vermutet wird. M müsste aber auch finanziell überfordert sein. Dies könnte man hier deshalb annehmen, weil M lediglich eine monatliche Rente von 400 Euro bezieht, welche ihr gerade zum Leben reicht und das Grundstück, welches ihren einzigen, ihrer Lebensgrundlage dienenden Vermögenswert ausmacht, nun in Höhe seines gesamten Verkehrswertes belastet wird.

Allerdings unterscheiden sich die Haftungsrisiken von Bürgschaft und Hypothek grundlegend: Entscheidend ist der differente Haftungsgegenstand.¹⁸¹ Der Bürge haftet persönlich mit seinem gesamten (und vor allem auch künftigen) Vermögen *ad infinitum*. Der Grundpfandgläubiger haftet hingegen nur mit seinem Grundstück. Das Grundstück ist zwar oft sein wesentlicher oder einziger Vermögensgegenstand, aber dieser Vermögenswert ist beim Hypothekar eben schon tatsächlich vorhanden und seine Haftung ist zwingend auf diesen Vermögenswert begrenzt. Wegen dieser dinglich beschränkten Haftung droht dem Besteller eines Grundpfandrechts keine weitergehende Inanspruchnahme. Die C-Bank kann daher nur auf das Grundstück der M, nicht aber auf ihr weiteres Vermögen zugreifen. M ist daher gerade keine Verpflichtung über ihre tatsächliche Leistungsfähigkeit hinaus eingegangen. Damit wird die Selbstbestimmungsfreiheit nicht in ähnlicher Weise beschränkt, wie bei einer Bürgschaft. Auch der Einsatz des letzten vorhandenen Vermögensguts zur Sicherung einer Verbindlichkeit begründet nach Ansicht des BGH keine Sittenwidrigkeit, da der § 138 Abs. 1 BGB nicht den Zweck hat, das Eigenheim auf Dauer zu erhalten.¹⁸² Die zur Sittenwidrigkeit der Angehörigenbürgschaft entwickelten Grundsätze lassen sich folglich nicht auf die Sicherungsabrede zur Bestellung einer Hypothek übertragen.¹⁸³

Der Sicherungsvertrag zwischen M und der C-Bank und damit auch deren Einigung über die Bestellung der Hypothek sind mithin wirksam.

c) Ergebnis

Folglich ist eine Sicherungshypothek am Grundstück der M iHv. 100.000 Euro zugunsten der C-Bank entstanden.

2. Übergang der Hypothek auf T

gem. §§ 774 Abs. 1, 412, 401 Abs. 1 Var. 1, 1153 Abs. 1 BGB

Indem T die Darlehensforderung der C-Bank erfüllt hat, ist diese im Wege der *cessio legis* gem. § 774 Abs. 1 S. 1 BGB auf T übergegangen. Mit der Forderung geht auch die Hypothek am Grundstück der M als akzessorisches Sicherungsmittel gem. §§ 412, 401 Abs. 1 Var. 1, 1153 Abs. 1 BGB über.¹⁸⁴ T könnte damit nach strikter Gesetzesanwendung M in vollem Umfang der Hypothek in Regress nehmen, mithin Duldung der Zwangsvollstreckung iHv. 100.000 Euro verlangen.

3. Begrenzung des Übergangs

a) Wettlauf der Sicherungsgeber

Problematisch erscheint an diesem Ergebnis, dass M ihrerseits, hätte die C-Bank sie zuerst in Anspruch genommen, gem. §§ 1143 Abs. 1, 774 Abs. 1, 412, 401 Abs. 1 Var. 4 BGB die Bürgschaft auf-

grund des Forderungsübergangs erworben hätte.

Dies führt zu einem Wettlauf der Sicherungsgeber, bei welchem immer derjenige die Vorzugsmöglichkeiten eines Regresses bei den anderen Sicherungsgebern hätte, welcher zuerst an den Gläubiger zahlt.¹⁸⁵ Ob und inwieweit dieses Ergebnis zu korrigieren ist, ist umstritten.

aa) Wortlautgetreue Gesetzesanwendung

Teilweise hält man hier keine Korrektur des Gesetzes für notwendig: Dieses gehe auch an anderer Stelle vom Prioritätsprinzip aus (vgl. §§ 879 Abs. 1, 1209 BGB). Der zuletzt in Anspruch genommene Sicherungsgeber, welcher nun das Insolvenzrisiko des Gläubigers trägt, werde auch nicht in seinen Erwartungen enttäuscht, da sich für ihn nur das übernommene Risiko verwirklicht habe.¹⁸⁶ Zudem begünstigt der so veranlasste Wettlauf der Sicherungsgeber die rasche Befriedigung des Gläubigers.¹⁸⁷

bb) Keine Regressmöglichkeit

Genau gegensätzlich will man dem in Anspruch genommenen Sicherungsgeber aber auch jegliche Regressmöglichkeit verwehren. Dies sei auch nicht unbillig, da die Parteien, wenn sie voneinander wissen, die Möglichkeit haben, eine Verteilung der Haftungslast zu vereinbaren und andernfalls mit einem Ausgleich nicht rechnen dürften.¹⁸⁸

cc) Privilegierung des Bürgen

Wieder andere befürworten eine Privilegierung des Bürgen. Zahle der Bürge, so gehe das andere Sicherungsrecht in vollem Umfang kraft Gesetzes auf diesen über. Im umgekehrten Fall sei ein Regress des dinglichen Sicherungsgebers beim Bürgen jedoch ausgeschlossen.¹⁸⁹ Denn der Gesetzgeber schütze den Bürgen im Vergleich zu anderen Sicherungsgebern durch die Vorschrift des § 776 BGB in besonderer Weise, der Bürge sei also gegenüber diesen privilegiert.¹⁹⁰ Zudem wird das besondere Haftungsrisiko einer Bürgschaft aufgeführt. Der Bürge haftet mit seinem gesamten, auch zukünftigen, Vermögen, während dem dinglichen Sicherungsgeber höchstens der Verlust seines (vorhandenen) Grundstücks droht.¹⁹¹

Hier würde eine Privilegierung der Bürgin T bedeuten, dass die Hypothek am Grundstück der M in vollem Umfang auf sie übergegangen ist.

dd) Anteilige Haftung

Dagegen meint die hM., dass für mehrere auf gleicher Stufe stehende Sicherungsgeber Ausgleichsverpflichtungen entsprechend den Regeln zur Gesamtschuld bestehen.¹⁹² Das akzessorische Sicherungsrecht gehe demnach nur insoweit über, als der in Anspruch genommene Sicherungsgeber einen Ausgleichsan-

¹⁸⁵ Ibid., Rn. 53.

¹⁸⁶ Bülow, WM 1989, 1877 (1880 f.).

¹⁸⁷ Hartmaier, Ausgleichsfragen (1962), S. 99 ff.; Becker, NJW 1971, 2151 (2154); Selb, Mehrheiten von Gläubigern und Schuldnern (1984), S. 123; Mertens/Schröder, Jura 1992, 305 (310).

¹⁸⁸ Becker, NJW 1971, 2151 (2154).

¹⁸⁹ Reinicke/Tiedtke, Bürgschaftsrecht, 3. Aufl. (2008), Rn. 616 ff.; Horn, DZWIR 1997, 265 (269).

¹⁹⁰ Stürner, in: Staudinger, (2020), § 774 Rn. 68; Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. (2009), § 45 Rn. 45; Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherung, 5. Auflage (2006), Rn. 1326.

¹⁹¹ Horn, DZWIR 1997, 265 (269); Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherung, 5. Auflage (2006), Rn. 1324 f.

¹⁹² BGHZ 108, 179 (182 ff.); BGH NJW 1992, 3228; NJW 2009, 437; Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 28. Aufl. (2021) § 35 Rn. 941; Sprau, in: Grüneberg, 81. Aufl. (2022), § 774 Rn. 13; Habersack, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. (2020), § 774 Rn. 34.

¹⁸¹ BGH NJW 2002, 2633.

¹⁸² BGH NJW 2001, 2466 (2467).

¹⁸³ BGH NJW 2002, 2633.

¹⁸⁴ Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, 17. Aufl. (2022), § 50 Rn. 47.

spruch gem. § 426 Abs. 1 BGB analog habe.¹⁹³ Eine analoge Anwendung ist hier geboten, weil Bürge und Grundpfandschuldner nicht „eine Leistung“ iSd. § 421 S. 1 BGB schulden.

ee) Stellungnahme

Gegen die beiden erstgenannten Ansichten spricht, dass die Verteilung des Insolvenzrisikos des Hauptschuldners unter den Sicherungsgebern von der Willkür des Gläubigerwillens bzw. der Zufälligkeit des Umstandes abhängen würde, wer den Gläubiger zuerst befriedigt,¹⁹⁴ sodass diese einen schwachen Gerechtigkeits- bzw. Rationalitätsgehalt aufweisen. Um unbillige Ergebnisse zu vermeiden, sind beide Ansichten daher abzulehnen.

Weiter lässt sich aber auch eine einseitige Privilegierung des Bürgen gesetzlich nicht begründen. Der § 776 BGB gilt ausschließlich im Verhältnis zwischen Gläubiger und Bürge und sagt nichts über das Rangverhältnis zwischen diesem und einem dinglichen Sicherungsgeber aus.¹⁹⁵ Der Bürge ist nur insoweit freigestellt, wie er nach § 774 BGB Ersatz verlangen könnte. Inwieweit er einen Anspruch auf Ersatz hat, ist aber gerade nicht geregelt.¹⁹⁶ Selbst wenn der Bürge schutzbedürftiger sei, müsse man ihn nicht insgesamt von der Haftung befreien, sondern könne ihn etwa durch §§ 776, 771 BGB schützen.¹⁹⁷ Darüber hinaus setzt § 776 BGB selbst einen Regressanspruch voraus, der hier aber erst begründet werden soll. Die Argumentation mit § 776 BGB ist damit zirkulär. Schließlich hat der Bürge das Risiko der Inanspruchnahme auch selbst und ohne Einfluss des dinglichen Sicherungsgebers übernommen.¹⁹⁸ Auch der Verweis auf das besondere Haftungsrisiko des Bürgen überzeugt nicht, ist bei einer dinglichen Sicherheit doch ebenfalls häufig das gesamte Vermögen betroffen. Zwar ist die Sicherheit auf den Belastungsgegenstand begrenzt. Aber nicht selten ist das Grundeigentum der einzige wesentliche Vermögensgegenstand. So liegt es auch hier.

Für eine anteilige Haftung der Sicherungsgeber spricht, dass dem Gesetz aufgrund der §§ 774 Abs. 2, 1225 S. 2 BGB ein allgemeiner Rechtsgedanke ausgleichender Gerechtigkeit zwischen mehreren Mitsicherern, welche unabhängig voneinander gleichrangig dasselbe Risiko abdecken, entnommen werden kann.¹⁹⁹ Die Regresslosigkeit bei § 1173 BGB ist dagegen eine Ausnahmvorschrift und auf die Besonderheit des Hypothekenrechts zurückzuführen.²⁰⁰

Um Zufälle zu vermeiden und da eine Vorrangstellung des Bürgen nicht begründet werden kann, erscheint allein die Verteilung des Insolvenzrisikos des Hauptschuldners sinnvoll; schließlich verfolgen beide Sicherungsgeber gleichrangig den Zweck, die Hauptschuld zu sichern. Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die Hypothek nur insoweit gem. §§ 774 Abs. 1, 412, 401 Abs. 1 Var. 1, 1153 Abs. 1 BGB übergeht, als T ein interner Ausgleichsanspruch gegen M gem. § 426 Abs. 1 BGB analog zusteht.

b) Höhe des Ausgleichsanspruch

Nach § 426 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB analog sind M und T grundsätz-

lich zu gleichen Teilen verpflichtet. Die Teilung der Haftungssumme durch die Anzahl der Sicherungsgeber, wobei die Haftung des Einzelnen durch seinen Höchstbetrag begrenzt ist,²⁰¹ ist aber im Hinblick auf die unterschiedlich übernommenen Haftungsumfänge und somit -risiken nicht gerechtfertigt. Daher ist durch die verschiedenen Höchstbeträge der Bürgschaft und Hypothek etwas anderes iSd. § 426 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB bestimmt.²⁰² Umstritten ist hierbei die Berechnung der jeweiligen Anteile.

aa) Stufenmodell

Nach dem sog. Stufenmodell findet ein Ausgleich der Sicherungsgeber nach Köpfen nur insoweit statt, als die Forderung gemeinschaftlich gesichert wurde, also in Höhe des niedrigsten Haftungsbetrages (hier 100.000 Euro).²⁰³ Die T hätte danach gegen die M einen Ausgleichsanspruch von 50.000 Euro.

bb) Quotenmodell

Die heute hM. vertritt das Quotenmodell.²⁰⁴ Danach richtet sich der Ausgleich im Innenverhältnis nach den im Außenverhältnis übernommenen Haftungsrisiken.²⁰⁵

Für diese Ansicht spricht, dass das Stufenmodell den Sicherungsgeber mit dem niedrigsten Betrag benachteiligt, da dieser anteilig erst dann entlastet wird, wenn die Forderung so weit abgesunken ist, dass sie seinen übernommenen Höchstbetrag unterschreitet.²⁰⁶ Darüber hinaus ist das Stufenmodell nur so lange anwendbar, wie die Summe der auf den einzelnen Stufen erzielten Verteilungsbeträge die gesicherte Forderung deckt. Ist die Forderung höher, wäre ein Teil dieser, obwohl die Summe der Höchstbeträge die Forderung übersteigt, entgegen dem Parteiwillen nicht gesichert.²⁰⁷ Um dies zu vermeiden, ist bei der Berechnung der Anteile auf die gewollte Risikoübernahme der Sicherungsgeber abzustellen, also eine Verteilung iSd. Quotenmodells vorzunehmen.

cc) Berechnung

Die T übernahm mit 200.000 Euro ein doppelt so hohes Risiko wie M, weshalb ein Verhältnis von 2/3 zu 1/3 besteht. Sie muss daher 133.333,33 Euro selbst tragen. Damit ergäbe sich ein interner Ausgleichsanspruch gem. § 426 Abs. 1 BGB analog gegen die M iHv. 66.666,67 Euro.

c) Ergebnis

Die Hypothek ist mithin gem. §§ 774 Abs. 1, 412, 401 Abs. 1 Var. 1, 1153 Abs. 1 BGB nur in Höhe von 66.666,67 Euro auf T übergegangen.

II. Fälligkeit und Gegenrechte

Mit der Fälligkeit der Darlehensforderung ist auch die Hypothek am Grundstück der M fällig.²⁰⁸ Sowohl gegen die Forderung als auch gegen die Hypothek sind keine Gegenrechte ersichtlich.

193 BGHZ 108, 179 (182 ff.); *Sprau*, in: Grüneberg, 81. Aufl. (2022), § 774 Rn. 13; *Habersack*, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. (2020), § 774 Rn. 33 f.

194 BGHZ 108, 179 (182 ff.); *Hüffer*, AcP 1971, 470 (472); *Reinicke/Tiedtke*, Kreditsicherung, 5. Aufl. (2006), Rn. 1315; *Madaus*, in: BeckOGK BGB, (2022), § 774 Rn. 81; *Zetzsche*, in: Erman BGB, 16. Aufl. (2020), § 774 Rn. 19.

195 *Oechsler*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Auflage (2017), Rn. 1412; *Madaus*, in: BeckOGK BGB, (2022), § 774 Rn. 82.

196 *Hüffer*, AcP 1971, 470 (482).

197 *Pawlowski*, JZ 1974, 124 (124); BGH NJW 1992, 3328 (3329).

198 *Hüffer*, AcP 1971, 470 (482 f.).

199 *Bayer/Wandt*, JuS 1987, 271 (274); *Oechsler*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Auflage (2017), Rn. 1412; *Hüffer*, AcP 1971, 470 (480 f.); BGHZ 108, 179 (182 ff.).

200 *Hüffer*, AcP 1971, 470 (479); *Bayer/Wandt*, JuS 1987, 271 (274).

201 Vgl. *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten, 10. Aufl. (2021), Rn. 1115.

202 OLG Hamm NJW 1991, 297 (297 f.); *Madaus*, in: BeckOGK BGB, (2022), § 774 Rn. 84.

203 *Stürner*, in: Staudinger, (2020), § 774 Rn. 55.

204 Vgl. nur BGH NJW 2009, 437 Rn. 15 ff.; *Madaus*, in: BeckOGK BGB, (2022), § 774 Rn. 84.

205 *Meier*, Gesamtschulden, Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive (2010), S. 1054 (1058); *Schmolke*, JuS 2009, 784 (786); BGH NJW 2009, 437 (437).

206 BGHZ 137, 292 (295); *Weitzel*, JZ 1985, 824 (828 f.); *Georgiades*, Die Höchstbetragsbürgschaft in der neuen Rechtsprechung (2000), S. 70.

207 BGHZ 137, 292 (296); *Georgiades*, Die Höchstbetragsbürgschaft in der neuen Rechtsprechung (2000), S. 68; *Meier*, Gesamtschulden, Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive (2010), S. 1054.

208 *Wellenhofer*, Sachenrecht, 36. Aufl. (2021), § 27 Rn. 16; *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. (2009), § 40 Rn. 2.

III. Ergebnis

Im Ergebnis hat T gegen M einen Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung gem. §§ 1147, 774 Abs. 1, 412, 401 Abs. 1 Var. 1, 1153 Abs. 1 BGB. Dies allerdings nur iHv. 66.666,67 Euro.

B) Regressanspruch der T gegen M aus § 426 Abs. 1 BGB analog?

Alternativ könnte T gegen M auch ein Anspruch auf Zahlung von 66.666,67 Euro aus § 426 Abs. 1 S. 1 BGB analog zustehen.

§ 426 Abs. 1 S. 1 BGB ist nicht unmittelbar anwendbar, da zwischen Bürgen und Hypothekar kein Gesamtschuldverhältnis iSd. § 421 S. 1 BGB besteht (s.o.).

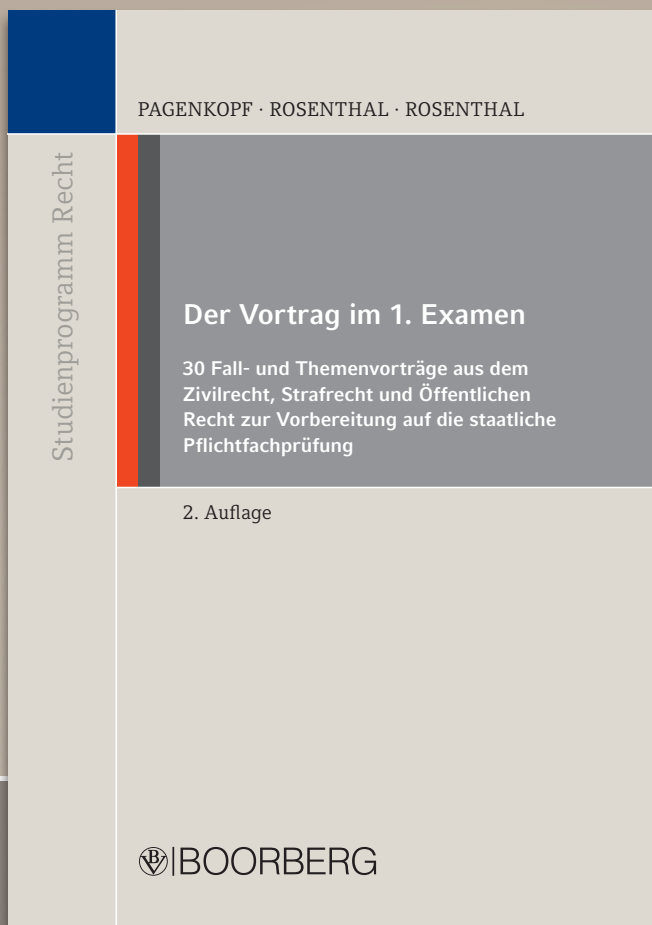
Gegen eine analoge Anwendung der Norm spricht aber, dass der Haftungsinhalt der Sicherheit verändert würde. § 426 Abs. 1 S. 1 BGB gibt den anderen Sicherungsgebern einen Zahlungsanspruch, während die dinglichen Sicherungsgeber dem Gläubiger nur ein Verwertungsrecht an der Sache eingeräumt haben.²⁰⁹ Zwar wird in der Praxis der dingliche Sicherungsgeber bemüht sein, die Zwangsvollstreckung durch Zahlung einer Geldsumme abzuwenden. Dieses Bedürfnis hat auch das Gesetz in § 1142 Abs. 1 BGB anerkannt. Der Eigentümer ist nach § 1142 Abs. 1 BGB aber nur „berechtigt“ den Gläubiger durch Zahlung zu befriedigen, nicht jedoch verpflichtet. Die Begründung eines Regressanspruchs analog § 426 Abs. 1 S. 1 BGB würde den Eigentümer zur Zahlung verpflichten und ihm sein Wahlrecht aus § 1142 Abs. 1 BGB nehmen.

► [Inhaltsverzeichnis](#)



²⁰⁹ Schanbacher, AcP 1991, 87 (94).

So gelingt der Vortrag.



Pagenkopf · Rosenthal · Rosenthal
Der Vortrag im 1. Examen
30 Fall- und Themenvorträge aus dem Zivilrecht, Strafrecht und Öffentlichem Recht zur Vorbereitung auf die staatliche Pflichtfachprüfung
2021, 2. Auflage, 222 Seiten, DIN A4, € 29,80
Reihe Studienprogramm Recht
ISBN 978-3-415-06990-9

Der Themen- oder Sachvortrag ist in einigen Bundesländern seit mehr als 10 Jahren fester Bestandteil der ersten juristischen Staatsprüfung. Für Studierende in der Examensvorbereitung hat der Vortrag somit eine enorme Bedeutung, die immer noch weiter zunimmt.

Das Buch enthält **30 aktuelle und daueraktuelle Vorträge**, die examensrelevante Probleme aus dem Bereich des Bürgerlichen Rechts, des Öffentlichen Rechts und des Strafrechts behandeln.

Das Autorenteam geht mit dem nötigen Blick für das Wesentliche auf die wichtigsten Rahmenbedingungen eines erfolgreichen Vortrags ein. Die Leserinnen und Leser erhalten wertvolle **Tipps zur richtigen Zeiteinteilung**. Die Aspekte der Rhetorik und die Beherrschung der Fachsprache werden ebenso behandelt wie die nicht zu unterschätzende Bedeutung der Prüfungsangst.



Leseprobe unter
www.boorberg.de/9783415069909

Rechtsprechung - Zivilrecht

Bundesgerichtshof

Kann auch ohne (analoge) Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB ein Mietvertrag zwischen dem Erwerber und dem Mieter gegeben sein?

Urteil vom 27. Oktober 2021, Az.: XII ZR 84/20

1. Bei fehlender Identität zwischen Vermieter und Veräußerer ist § 566 Abs. 1 BGB entsprechend anwendbar, wenn die Vermietung des veräußerten Grundstücks mit Zustimmung und im alleinigen wirtschaftlichen Interesse des Eigentümers erfolgt und der Vermieter kein eigenes Interesse am Fortbestehen des Mietverhältnisses hat.

2. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor, wenn der Grundstückseigentümer erst im Zeitpunkt der Veräußerung des vermieteten Grundstücks ein wirtschaftliches Interesse am Eintritt des Erwerbers in den bestehenden Mietvertrag hat (Abgrenzung zu Senatsurteil BGHZ 215, 236 = NZM 2017, 847)

(Amtliche Leitsätze)

A) Sachverhalt (stark vereinfacht)

Die M (Mieterin) schloss am 18.01.2008 mit der V (Vermieterin) einen Mietvertrag über eine Teilfläche eines Grundstücks. Das Mietverhältnis begann am 01.01.2006 und sollte nach dem Mietvertrag am 31.12.2016 enden, wobei es sich jedoch mit Ablauf der jeweiligen Mietperiode um weitere zehn Jahre verlängert, wenn der Vertrag nicht von der M unter Einhaltung einer Frist von sechs Monaten zum Ende eines Kalenderhalbjahres schriftlich gekündigt wird.

Ursprünglich war H Eigentümer des Grundstücks. Mit notariellem Kaufvertrag vom 12.07.1995 erwarb P das Grundstück.

Mit notariellem Kaufvertrag vom 20.06.2008 erwarb dann K von P die streitgegenständliche Grundstücksfläche.

In § 4 Abs. 4 des Kaufvertrags ist geregelt, dass der Kaufgegenstand an M vermietet sei, K das Mietverhältnis übernehme und es mit Wirkung ab dem Übergabetag mit allen Rechten und Pflichten des Vermieters fortsetze.

Mit Schreiben vom 28.10.2008 teilte K der M mit, dass sie mit Erwerb der Fläche nunmehr in den Mietvertrag eingetreten sei, weshalb die künftigen Mietzahlungen direkt an sie geleistet werden sollte. Diese wurden dann auch von M an K geleistet.

Mit Schreiben vom 02.01.2017, der M zugestellt am 03.01.2017, kündigte K den Mietvertrag zum 30.06.2017, hilfsweise zum nächstmöglichen Zeitpunkt.

K begehrt aus § 546 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 578 Abs. 2 S. 1 BGB die Räumung gegen M.

B) Die Entscheidung des Senates

K könnte einen Anspruch auf Räumung gegen M aus §§ 546 Abs. 1, 578 Abs. 2 S. 1 BGB haben.

Dieser Anspruch auf Rückgabe erfasst neben der bloßen Besitzänderung auch die Wiederherstellung des vertraglich geschuldeten Zustands und somit die Wegschaffung der in der Wohnung

befindlichen beweglichen Sachen.

Fraglich ist, ob das Räumungsverlangen begründet ist. Voraussetzung hierfür ist, dass ein Mietverhältnis zwischen K und M bestand und dieses wirksam beendet wurde, §§ 546 Abs. 1, 578 Abs. 2 S. 1 BGB.

I. Wirksamer Mietvertrag

Zu prüfen ist zunächst, ob ein wirksamer Mietvertrag im Sinne des § 535 BGB zwischen den Parteien gegeben war.

1. Eintritt in den Mietvertrag gemäß § 566 Abs. 1 BGB

Ein Vertrag wurde zwischen K und M nicht geschlossen. Vielmehr wurde der Mietvertrag zwischen V und M am 18.01.2008 vereinbart.

Allerdings könnte K gemäß §§ 566 Abs. 1, 578 Abs. 2 S. 1 BGB anstelle des Vermieters in die sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten eingetreten sein.

a) Unmittelbare Anwendbarkeit des § 566 Abs. 1 BGB

Gemäß § 566 Abs. 1 BGB tritt der Erwerber in das Mietverhältnis ein, wenn das vermietete Objekt nach der Überlassung an den Mieter von dem Vermieter an einen Dritten veräußert wird. Mit dem Eigentumsübergang entsteht ein neues Mietverhältnis zwischen dem Erwerber des Grundstücks und dem Mieter mit dem gleichen Inhalt, mit es zuvor mit dem Veräußerer bestanden hat. Nach dem Wortlaut des § 566 Abs. 1 BGB findet dieser allerdings nur bei Identität zwischen Vermieter und Veräußerer unmittelbare Anwendung.

Hier war Vermieter die V. Veräußert wurde die Teilfläche allerdings von P.

Demnach sind die Voraussetzungen für eine unmittelbare Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB nicht gegeben.

b) Analogie

Fraglich und zu prüfen ist, ob die Norm analog auf den vorliegenden Fall angewendet werden kann. Neben dem Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke ist Voraussetzung für eine analoge Anwendung die Vergleichbarkeit der Sachverhalte.

Der BGH führt Folgendes dazu aus:

„Der in § 566 Abs. 1 BGB geregelte Eintritt des Erwerbers in ein bestehendes Mietverhältnis dient dem Schutz des Mieters, dem eine Wohnung, ein Grundstück (§ 578 Abs. 1 BGB) oder gewerblich genutzte Räume (§ 578 Abs. 2 S. 1 BGB) aufgrund eines wirksamen Mietvertrags überlassen worden sind. Die ihm dadurch von seinem Vertragspartner eingeräumte Rechtstellung – der berechtigte Besitz – soll ihm auch gegenüber einem späteren Erwerber des Grundstücks erhalten bleiben. Hierfür enthält § 566 Abs. 1 BGB eine [...] Durchbrechung des schuldrechtlichen

Grundsatzes, wonach Rechte und Pflichten nur zwischen den am Schuldverhältnis beteiligten Personen entstehen. [...] Als Ausnahmegvorschrift ist § 566 Abs. 1 BGB daher eng auszulegen und nur anzuwenden, soweit der mit ihre bezweckt Mieterschutz dies erfordert. Der Ausnahmecharakter [...] steht jedoch hinsichtlich einer Erweiterung des Veräußerungsbegriffs oder der anderen Tatbestandsmerkmale der Norm einer Analogie generell nicht entgegen. [...] Voraussetzung für eine analoge Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB liegt dann vor, wenn die Vermietung des veräußerten Grundstücks mit Zustimmung des Eigentümers und in dessen alleinigem wirtschaftlichen Interesse erfolgt und der Vermieter kein eigenes Interesse am Fortbestand des Mietverhältnisses hat.“

Beachtet werden muss, dass der Gesetzeszweck des § 566 Abs. 1 BGB nicht nur dann eingreift, wenn das Mietobjekt unmittelbar vom Eigentümer des Mietobjekts vermietet wird, sondern auch dann, wenn ein Nichteigentümer den Mietvertrag im eigenen Namen, aber im wirtschaftlichen Interesse des Eigentümers abschließt. Das Interesse des Mieters das angemietete Objekt weiter zu nutzen besteht auch dann, wenn er den Mietvertrag nicht mit dem Eigentümer, sondern mit einer anderen Person abschließt, die mit dem Wissen des Eigentümers und dessen Einverständnis tätig ist.

Der BGH führt weiter Folgendes aus:

„Die für die Analogie notwendige Vergleichbarkeit der Interessenlagen wird erst dann erreicht, wenn der Eigentümer bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise gleichsam als Vermieter angesehen werden kann.“

Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Eigentümer zur Vermietung seines Grundstücks einen Hausverwalter einsetzt.

„Nutzt der Eigentümer [...] eine formale rechtliche Konstruktion, um nicht selbst als Vermieter in Erscheinung zu treten, ist es gerechtfertigt, ihn im Rahmen des § 566 BGB so zu behandeln, als habe er den Mietvertrag abgeschlossen.“

Die bloße Zustimmung des Eigentümers zur Vermietung reicht hingegen nicht aus.¹ In vorliegendem Fall hat die P als veräußernde Eigentümerin die V weder mit der Vermietung beauftragt noch kann nicht festgestellt werden, dass sie in die Vermietung an M eingewilligt hätte.

Man kann folglich nicht nur ein bloß formales Auseinanderfallen von Vermieter- und Eigentümerstellung annehmen. V ist bei Abschluss des Mietvertrags auch bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise nicht für die P aufgetreten.

Somit muss die analoge Anwendung des § 566 BGB in vorliegendem Fall verneint werden.

c) Vertragsübernahme

Auch eine Vertragsübernahme kann nicht angenommen werden, da keine Beteiligung der ursprünglichen Mietvertragsparteien gegeben ist. Zwar enthält § 4 Abs. 4 des Kaufvertrages vom 20. Juni 2008 eine Verpflichtung der K zur Übernahme und Fortsetzung des Mietverhältnisses. Dies genügt allerdings nicht. Die Vertragsübernahme ist ein einheitliches Rechtsgeschäft, das der

Zustimmung aller Beteiligten bedarf und somit als dreiseitiger Vertrag oder durch Vertrag zwischen Beteiligten mit Genehmigung des Dritten geschlossen werden kann.

Folglich ist K nicht in den zwischen der V und M abgeschlossenen Mietvertrag vom 18.01.2008 eingetreten. Somit kann dahinstehen, ob der Mietvertrag vom 18.01.2008 ordentlich gekündigt werden konnte.

2. Konkludenter Mietvertrag

Indem K der M die Grundstücksfläche seit 2009 überlassen und M die Miete an K gezahlt hat, wurde allerdings konkludent ein Mietvertrag zwischen M und K geschlossen, § 535 BGB.

Der BGH führt Folgendes dazu aus:

„Dieser eigenständige konkludente Mietvertrag ist entgegen §§ 550 S. 1, 578 Abs. 2 S. 1 BGB nicht schriftlich abgeschlossen worden, so dass er für unbestimmte Zeit galt und ordentlich kündbar war. Er wahrte auch nicht etwa deswegen die Schriftform der §§ 578, 550 BGB, weil er inhaltsgleich mit den in der äußeren Form niedergelegten Vertragsbedingungen konkludent abgeschlossen worden ist. (Es lag) hier schon keine von beiden Parteien unterzeichnete Mietvertragsurkunde vor.“

II. Kündigung des Mietvertrags

Fraglich ist, ob der Mietvertrag durch eine wirksame Kündigung ordnungsgemäß beendet wurde.

Der BGH führt Folgendes dazu aus:

„Der konkludent abgeschlossene Mietvertrag wurde von der (K) wirksam gemäß § 580 a Abs. 1 Nr. 3 BGB zum 30.06.2017 gekündigt. [...] die Kündigung (war) auch nicht treuwidrig. Die (K) hat [...] über Jahre hinweg entsprechend ihrer in § 4 Abs. 4 des Grundstückskaufvertrags übernommenen Verpflichtungen das Mietverhältnis mit der (M) fortgesetzt. Aus diesem Umstand lässt sich jedoch nicht herleiten, die (M) hätte darauf vertrauen können, dass die (K) nicht von der Kündigungsmöglichkeit Gebrauch macht, die das Gesetz vorsieht, wenn die Schriftform nicht eingehalten ist.“

Somit wurde der Mietvertrag durch eine wirksame Kündigung ordnungsgemäß beendet.

Die Voraussetzungen liegen vor und das Räumungsverlangen ist somit begründet.

K hat einen Anspruch auf Räumung gegen M aus §§ 546 Abs. 1, 578 Abs. 2 S. 1 BGB.

Abschließende Hinweise für Studierende

1. Sinn und Zweck des § 566 Abs. 1 BGB ist der Schutz des Mieters dem das Mietobjekt wirksam überlassen wurde. Mangels vertraglicher Bindung wäre der Mieter sonst dazu verpflichtet das Mietobjekt nach § 985 BGB herauszugeben. Gegen den Veräußerer hätte der Mieter dann möglicherweise einen (Schadensersatz-)Anspruch. Diesen Weg möchte die Vorschrift vermeiden.
2. Der § 566 Abs. 1 BGB enthält eine Ausnahme vom schuldrechtlichen Grundsatz, wonach Rechte und Pflichten nur zwischen den am Schuldverhältnis beteiligten Personen entstehen (Stichwort: inter partes).

¹ Streyll, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 15. Auflage (2022), § 566 BGB Rn. 68

3. Da § 566 Abs. 1 BGB eine Ausnahmegvorschrift darstellt, ist diese eng auszulegen. Aus diesem Grund wird eine Analogie überwiegend abgelehnt.

4. Möchte der Eigentümer nur aus rein formalen Gründen nicht als Vermieter nach außen treten, ist es richtig, den § 566 Abs. 1 BGB analog anzuwenden.

5. Beachtet werden muss, dass kein Anlass besteht, das Mietverhältnis überzuleiten, wenn die Eigentumsübertragung die Position des beauftragten Vermieters unberührt lässt. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Erwerber die Fremdvermietung gestattet. Hier wäre eine Besserstellung des (geschützten) Mieters nicht gerechtfertigt (str.).

6. Die Schwierigkeit des Falles war auch den (geschickt konstruierten) konkludenten Mietvertrag zu erkennen



Stjepan Sirovina | Rechtsreferendar. OLG Stuttgart. Momentan Wahlstation bei HFK Rechtsanwälte PartGmbH

E-Mail-Kontakt: ▶ sirovina@hfk.de

▶ **Inhaltsverzeichnis**

Rechtsprechung - Öffentliches Recht

Bundesverfassungsgericht

Zur Frage der Verletzung der Chancengleichheit der politischen Parteien durch Äußerungen der Bundeskanzlerin

Urteil vom 15. Juni 2022, Az.: 2 BvE 4/20

1. Für den Bundeskanzler gelten die Maßgaben zur Abgrenzung des Handelns in amtlicher Funktion von der nicht amtsbezogenen Teilnahme am politischen Wettbewerb grundsätzlich in gleicher Weise wie für die sonstigen Mitglieder der Bundesregierung.

2. Aus der Kompetenzordnung innerhalb der Bundesregierung folgt zwar – verglichen mit den übrigen Kabinettsmitgliedern – ein gegenständlich weiteres Äußerungsrecht des Bundeskanzlers, nicht jedoch ergeben sich daraus andere Anforderungen mit Blick auf die Beachtung des Neutralitäts- und Sachlichkeitsgebots.

3. Gründe, die Ungleichbehandlungen rechtfertigen und der Bundesregierung eine Befugnis zum Eingriff in die Chancengleichheit der Parteien verleihen, müssen durch die Verfassung legitimiert und von einem Gewicht sein, das dem Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien die Waage halten kann.

4. Als der Chancengleichheit der Parteien gleichwertige Verfassungsgüter kommen der Schutz der Stabilität und Handlungsfähigkeit der Bundesregierung sowie das Ansehen und das Vertrauen in die Verlässlichkeit der Bundesrepublik Deutschland in der Staatengemeinschaft in Betracht.

5. Der Bundeskanzler verfügt bei der Frage, welcher Maßnahmen es zur Erhaltung der Stabilität und Arbeitsfähigkeit der Bundesregierung bedarf, ebenso wie im Bereich der auswärtigen Politik über einen weiten Einschätzungsspielraum. Bei Eingriffen in den Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien muss plausibel dargelegt werden können oder in sonstiger Weise ersichtlich sein, dass die einen solchen Eingriff rechtfertigenden Verfassungsgüter tatsächlich betroffen sind und einen Eingriff in das Recht auf Chancengleichheit der politischen Parteien aus Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GG erforderlich gemacht haben.

(Amtliche Leitsätze)

A) Sachverhalt (verkürzt)

Die dem Urteil des Zweiten Senats vom 15. Juni 2022 zugrundeliegenden Organstreitverfahren richten sich gegen eine Äußerung der damaligen Bundeskanzlerin Angela Merkel sowie gegen eine Veröffentlichung ebendieser Aussagen auf den Internetseiten der Bundeskanzlerin und der Bundesregierung.

Die Äußerung Merkels bezog sich inhaltlich auf die Ministerpräsidentenwahl des Thüringer Landtags vom 05. Februar 2020. Bei der Wahl konnte die notwendige absolute Stimmmehrheit für einen der zwei nominierten Kandidaten in den ersten zwei Wahlgängen nicht erreicht werden. Daraufhin nominierte die Fraktion der FDP den Kandidaten Thomas Kemmerich. Er erhielt im da-

rauffolgenden dritten Wahlgang die meisten Stimmen, wodurch er gem. Art. 70 Abs. 3 S. 3 der Thüringer Verfassung als gewählt galt. In den nachfolgenden politischen Auseinandersetzungen wurde kritisiert, dass Kemmerich die Wahl mit den Stimmen der Abgeordneten der Fraktionen CDU, FDP sowie der AfD gewonnen hatte. Aufgrund dieser öffentlichen Debatte erklärte Merkel im Rahmen ihrer Dienstreise nach Südafrika am 06. Februar 2020 gegenüber der anwesenden Presse:

„Die Wahl dieses Ministerpräsidenten war ein einzigartiger Vorgang, der mit einer Grundüberzeugung gebrochen hat, für die CDU und auch für mich, nämlich, äh, dass keine Mehrheiten mit Hilfe der AfD gewonnen werden sollen. Da dies absehbar war in der Konstellation, wie im dritten Wahlgang gewählt wurde, muss man sagen, dass dieser Vorgang unverzeihlich ist und, äh, deshalb auch das Ergebnis wieder rückgängig gemacht werden muss. Zumindest gilt für die CDU, dass die CDU sich nicht an einer Regierung unter dem gewählten Ministerpräsidenten beteiligen darf. Es war ein schlechter Tag für die Demokratie.“⁴

Durch diese Worte sowie durch deren Veröffentlichung sieht sich die AfD in ihren Rechten aus Art. 3 Abs. 1 iVm. Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG und Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 19 Abs. 3 GG verletzt.² Nach ihrer Auffassung habe sich Angela Merkel in ihrer Funktion als Bundeskanzlerin unmittelbar auf die AfD bezogen sowie zu deren Boykott aufgerufen und folglich ihre Neutralitätspflicht als Bundeskanzlerin verletzt.³ Merkel hingegen gibt an, nicht in amtlicher Funktion sondern in ihrer Rolle als Parteipolitikerin gehandelt zu haben.⁴ Zudem kritisiere sie nicht die AfD, sondern das Handeln ihrer eigenen Partei, der CDU.⁵ Ihr Statement sei aufgrund der schwierigen Verfassung der Regierungskoalition schnellstmöglich notwendig gewesen, sodass sich aufgrund ihrer Dienstreise nur der Rahmen der Pressekonferenz eignete.⁶

B) Die Entscheidung des Zweiten Senates

I. Allgemeine Einordnung

Der Zweite Senat des BVerfG entschied, dass das Recht der AfD auf eine Chancengleichheit der Parteien aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG durch die Äußerungen Merkels und deren Veröffentlichungen verletzt wurde und der Antrag folglich begründet ist.⁷ Insgesamt bleibt das BVerfG dabei seiner Rspr. zur Neutralitätspflicht von Regierungsmitgliedern treu und erweitert diese lediglich auf den Bundeskanzler.⁸

1 BVerfG, Urt. v. 15.06.2022, Az.: 2 BvE 4/20, Rn. 4.

2 Ibid., Rn. 7.

3 Ibid., Rn. 14 f.

4 Ibid., Rn. 21 f.

5 Ibid., Rn. 25 ff.

6 Ibid., Rn. 33.

7 Ibid., vor Rn. 1.

8 So auch *Michl*, Was darf eine Bundeskanzlerin sagen?, ► [Verfassungsblog](#), 16.06.2022.

Bemerkenswert ist, dass die Richterin Astrid Wallrabenstein ihre abweichende Meinung veröffentlichte. Mit einem Votum von fünf zu drei Stimmen wäre dabei fast die Rspr. des BVerfG gekippt worden. Die Kritik des Sondervotums bezieht sich dabei insb. auf Kriterien zur Abgrenzung der Doppelrolle von Regierungsmitgliedern, die zeitgleich auch Mitglied einer politischen Partei sind.

Ob das Festhalten des BVerfG an den gewohnten Linien der Rspr. überzeugend ist, wird sich anhand der nachfolgenden Darstellung der wesentlichen Linien der Entscheidung zeigen.

II. Kurze Darstellung der wesentlichen Linien der Entscheidung anhand der Leitsätze

1. Gleiche Maßgaben zur Abgrenzung des Handelns in amtlicher Funktion von der nicht amtsbezogenen Tätigkeit für alle Mitglieder der Bundesregierung (Ls. 1)

Die zentrale Frage der Entscheidung ist, ob Angela Merkel als Parteimitglied der CDU oder in ihrer damaligen Funktion als Bundeskanzlerin gehandelt hat. Daher musste sich das BVerfG zunächst mit der Abgrenzung des amtlichen Handelns von der nicht amtsbezogenen Tätigkeit der Regierungsmitglieder auseinandersetzen. Im Rahmen seiner amtlichen Tätigkeit unterliegt der Bundeskanzler dem Neutralitätsgebot. Um diesem gerecht zu werden, dürfen politische Äußerungen der Regierungsmitglieder nur außerhalb der amtlichen Tätigkeit stattfinden.⁹ Das BVerfG führt dazu aus:

„[Das Neutralitätsgebot] schließt nicht aus, dass Regierungsmitglieder außerhalb ihrer amtlichen Funktion am politischen Meinungskampf teilnehmen. Die bloße Übernahme eines Regierungsamtes hat nicht zur Folge, dass dem Regierungsmitglied die Möglichkeit parteipolitischen Engagements nicht mehr offensteht, da die regierungstragenden Parteien anderenfalls in nicht gerechtfertigter Weise benachteiligt würden. Es muss aber sichergestellt sein, dass ein Rückgriff auf die mit dem Regierungsamt verbundenen Mittel und Möglichkeiten, die den politischen Wettbewerbern verschlossen sind, unterbleibt (vgl. BVerfGE 138, 102 <117 f. Rn. 50 ff.>; 148, 11 <31 f. Rn. 62>; 154, 320 <338 f. Rn. 54>; jeweils m.w.N.).“¹⁰

Diese Differenzierung zwischen einer amtlichen und nichtamtlichen Tätigkeit des Regierungsmitglieds soll die Bürger vor einer Einflussnahme auf ihre politische Meinungsbildung schützen. Demnach geht das BVerfG von der Prämisse aus, dass der Bürger sich durch die Aussagen eines Regierungsmitglieds stärker beeinflussen lässt als durch solche eines Parteimitglieds. Allerdings ist eine Abgrenzung zwischen den zwei Rollen in der Praxis schwierig. Dies erkennt auch das BVerfG, führt aber dennoch aus:

„Dass eine strikte Trennung der Sphären von „Bundesminister“, „Parteilpolitiker“ und politisch handelnder „Privatperson“ nicht möglich ist, führt [...] nicht zur Unanwendbarkeit des Neutralitätsgebots im amtlichen Tätigkeitsbereich eines Regierungsmitglieds vgl. BVerfGE 148, 11 <32 Rn. 63>; 154, 320 <339 Rn. 55>; jeweils m.w.N.).“¹¹

Ob eine Aussage zum Regierungsamt zählt, muss daher im Rahmen einer Einzelfallbetrachtung bestimmt werden.¹² Als Abgrenzungskriterium zieht das BVerfG die Inanspruchnahme von Mit-

teilen des Regierungsamtes heran.

„Eine solche Inanspruchnahme liegt regelmäßig vor, wenn Bundesminister bei einer Äußerung ausdrücklich auf ihr Ministeramt Bezug nehmen oder die Äußerung ausschließlich Maßnahmen oder Vorhaben ihres jeweiligen Ministeriums zum Gegenstand hat. Amtsautorität wird ferner in Anspruch genommen, wenn sich Amtsinhaber durch amtliche Verlautbarungen etwa in Form offizieller Publikationen, Pressemitteilungen oder auf offiziellen Internetseiten ihres Geschäftsbereichs erklären (vgl. BVerfGE 138, 102 <118 f. Rn. 57>; 148, 11 <34 f. Rn. 66>; 154, 320 <340 f. Rn. 59>; jeweils m.w.N.).“¹³

Bezogen auf den vorliegenden Fall, entschied das BVerfG, dass die Bundeskanzlerin die Mittel des Regierungsamtes in Anspruch genommen hat. Sie äußerte sich im Rahmen einer Konferenz vor den Staatsflaggen mit dem Präsidenten Südafrikas, nach dem dieser sie

„in ihrer Funktion als Bundeskanzlerin begrüßt, die strategische Partnerschaft Deutschlands und Südafrikas betont sowie einige Themen der im Rahmen des Besuchs geführten Gespräche skizziert hatte“¹⁴.

Zudem befand sie sich im

„ausschließlich amtsbezogenen Rahmen einer Regierungspressekonferenz, deren Anlass sowie vorgesehener Gegenstand die Gespräche waren, welche sie in ihrer Eigenschaft als Bundeskanzlerin im Rahmen eines Staatsbesuchs in Südafrika geführt hatte.“¹⁵

Der Umstand, dass sie erklärte, eine „Vorbemerkung“ machen zu wollen, steht dem amtlichen Charakter der Aussage nach der Auffassung des BVerfG nicht entgegen.¹⁶ Auch der Inhalt ihrer Erklärung ließe nicht auf ihre Funktion als Parteipolitikerin schließen.

„Erkennbar wird [...], dass sie in ihrer „Vorbemerkung“ die Wahl des Ministerpräsidenten vorrangig mit Blick auf das Verhalten der Landtagsabgeordneten ihrer eigenen Partei kommentierte. Dies allein rechtfertigt aber nicht den Rückschluss, dass sie sich nur als Parteipolitikerin oder Privatperson äußern wollte, zumal sie die Wahl insgesamt als „unverzeihlich“ qualifizierte und dazu aufrief, das Wahlergebnis rückgängig zu machen.“¹⁷

Vielmehr hätte sie ausdrücklich und mit hinreichender Klarheit darauf hinweisen müssen, dass sie sich nachfolgend als Parteipolitikerin äußern werde.¹⁸ Auch die Veröffentlichung der Äußerung auf den offiziellen Internetseiten der Bundesregierung und Bundeskanzlerin nahm die amtlichen Ressourcen in Anspruch und war daher eine amtlichen Handlung.¹⁹

2. Keine anderen Anforderungen an die Beachtung des Neutralitäts- und Sachlichkeitsgebots für den Bundeskanzler (Ls. 2)

Anschließend prüft das BVerfG, ob sich aus der Stellung des Bundeskanzlers andere Anforderungen an die Beachtung des

¹³ Ibid., Rn. 81.

¹⁴ Ibid., Rn. 4.

¹⁵ Ibid., Rn. 121.

¹⁶ Ibid., Rn. 125.

¹⁷ Ibid., Rn. 127.

¹⁸ Ibid., Rn. 130.

¹⁹ Ibid., Rn. 81.

⁹ BVerfG, Urt. v. 15.06.2022, Az.: 2 BvE 4/20, Rn. 79.

¹⁰ Ibid., Rn. 76.

¹¹ Ibid., Rn. 77.

¹² Ibid., Rn. 80.

Neutralitäts- und Sachlichkeitsgebot ergeben als für die übrigen Regierungsmitglieder. Es erkennt dabei an, dass die Äußerungsrechte des Kanzlers weiter reichen als die der Bundesminister, denn diese sind inhaltlich auf ihr jeweiliges Ressort beschränkt.²⁰

„Daraus folgt jedoch nicht, dass die Grenzen der Wahrnehmung seines gegenständlich weit zu fassenden Äußerungsrechts mit Blick auf das Neutralitäts- und Sachlichkeitsgebot großzügiger zu ziehen wären als bei Äußerungen von Bundesministern (vgl. auch Nellesen, Äußerungsrechte staatlicher Funktionsträger, 2019, S. 202). Dem steht der Sinn und Zweck des in der Chancengleichheit der Parteien und dem Grundsatz freier politischer Willensbildung wurzelnden Gebots staatlicher Neutralität entgegen. Selbst wenn der Bundeskanzler sich zu allen politischen Fragen namens der Bundesregierung äußern darf, entbindet ihn dies nicht von der Pflicht, den Anspruch der Parteien auf Chancengleichheit im politischen Wettbewerb und damit das Neutralitätsgebot zu beachten.“²¹

Gesteigerte Neutralitätsanforderungen existieren hingegen ebenfalls nicht.²² Damit kam das BVerfG zu dem Ergebnis, dass Angela Merkel das Statement zur Thüringer Ministerpräsidentenwahl in ihrer amtlichen Funktion als Bundeskanzlerin abgegeben hat. Nach der Auffassung des BVerfG enthält ihre Aussage eine negative Qualifizierung der AfD, da nach außen deutlich werde, dass die Antragstellerin für die Bildung einer parlamentarischen Mehrheit mit der CDU kategorisch ausscheide.²³ Für die inhaltliche Bewertung einer Äußerung, ist nicht die subjektive Intention des Äußernden, sondern vielmehr die Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont maßgeblich.²⁴

3. Gründe, die Ungleichbehandlungen rechtfertigen müssen durch die Verfassung legitimiert und von einem Gewicht sein, das dem Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien die Waage halten kann (Ls. 3)

Auch ein Eingriff in das Recht auf Chancengleichheit der politischen Parteien kann verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden. Dazu müssen dem Eingriff Rechtsgüter von Verfassungsrang entgegenstehen. Das BVerfG führt dazu aus:

„Der Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien unterliegt ebenso wie die Wahlrechtsgleichheit keinem absoluten Differenzierungsverbot (vgl. BVerfGE 135, 258 <286 Rn. 51>). Aufgrund seines formalen Charakters (vgl. BVerfGE 8, 51 <64 f.>; 85, 264 <297>; 111, 54 <105>; 135, 259 <286 Rn. 51>; stRspr) hat aber grundsätzlich jeder Eingriff in die chancengleiche Teilhabe der Parteien am politischen Wettbewerb zu unterbleiben, der nicht durch einen besonderen, in der Vergangenheit als „zwingend“ bezeichneten Grund gerechtfertigt ist (vgl. BVerfGE 8, 51 <65>; 14, 121 <133>; 34, 160 <163>; 47, 198 <227>; 111, 54 <105>; 135, 259 <286 Rn. 51>).“

4. Als der Chancengleichheit der Parteien gleichwertige Verfassungsgüter kommen der Schutz der Stabilität und Handlungsfähigkeit der Bundesregierung sowie das Ansehen und das Vertrauen in die Verlässlichkeit der Bundesrepublik Deutschland in der Staatengemeinschaft

²⁰ Ibid., Rn. 89.

²¹ Ibid., Rn. 90.

²² Ibid., Rn. 91.

²³ Ibid., Rn. 141.

²⁴ Ibid., Rn. 138.

in Betracht (Ls. 4)

Im konkreten Fall kommen insb. zwei gleichwertige Verfassungsgüter in Betracht, um den Eingriff in die Chancengleichheit der AfD zu rechtfertigen.

a) Schutz der Stabilität und Handlungsfähigkeit der Bundesregierung

Der Schutz der Stabilität und der Handlungsfähigkeit der Bundesregierung kann dem Grundsatz der Chancengleichheit die Waage halten.²⁵ Die Relevanz einer handlungsfähigen Regierung wird innerhalb der Verfassung durch die Art. 63, 67 und 68 GG mehrfach unterstrichen.²⁶

„Aus der Zusammenschau der dargestellten Bestimmungen des Grundgesetzes ergibt sich das verfassungsunmittelbare Ziel, die Regierungsaufgaben stets von einer handlungsfähigen Exekutive wahrnehmen zu lassen (vgl. BVerfGE 62, 1 <74> Sondervotum Rinck; Schröder, in: Isensee/Kirchhof, HStR III, 3. Aufl. 2005, § 65 Rn. 35 ff.; Niclaß, APuZ 1999, S. 27 <27 ff.>).“²⁷

Dabei obliegt die Sicherstellung der Handlungsfähigkeit der Bundesregierung in erster Linie dem Bundeskanzler.²⁸ Dies liegt in der herausgehobenen Stellung durch einzelne ihm durch Art. 65 GG zustehende Rechte begründet.²⁹ Insb. das Kanzlerprinzip soll die Handlungsfähigkeit der Bundesregierung gewährleisten.³⁰

b) Schutz des Vertrauens in die Verlässlichkeit der Bundesrepublik Deutschland in der Staatengemeinschaft

Auch der Schutz des Ansehens und des Vertrauens in die Verlässlichkeit der Bundesrepublik Deutschland in der Staatengemeinschaft ist nach der Auffassung des BVerfG ein vergleichbares Verfassungsgut.³¹

„Das Grundgesetz bindet die Bundesrepublik Deutschland mit der Präambel, Art. 1 Abs. 2, Art. 9 Abs. 2, Art. 16 Abs. 2, Art. 23 bis Art. 26 und Art. 59 Abs. 2 GG in die internationale Gemeinschaft ein und hat die deutsche öffentliche Gewalt programmatisch auf internationale Zusammenarbeit ausgerichtet (vgl. BVerfGE 63, 343 <370>; 75, 1 <17>; 108, 129 <137>; 111, 307 <319>; 112, 1 <25>; 123, 267 <345 f.>; 141, 220 <341 Rn. 325>; vgl. auch BVerfGE 89, 155 <183>). Um dies zu erreichen, ist die Bundesrepublik Deutschland unter anderem darauf angewiesen, in der internationalen Gemeinschaft als angesehener, berechenbarer und verlässlicher Partner wahrgenommen zu werden. Entsprechend ist die Sicherstellung der außenpolitischen Handlungs- und Bündnisfähigkeit der Bundesrepublik Deutschland und ihrer Teilhabe an der internationalen Zusammenarbeit (vgl. hierzu BVerfGE 100, 313 <371, 382>; 108, 129 <137>; 141, 220 <341 f. Rn. 325>; 154, 152 <225 Rn. 106 f., 233 f. Rn. 128, 240 Rn. 144, 248 Rn. 162>) dem Grundgesetz als Ziel immanent. Es handelt sich um ein Verfassungsgut, das dem Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien die Waage halten kann.“³²

Der Schutz dieses Verfassungsguts obliegt ebenfalls dem Bun-

²⁵ Ibid., Rn. 95.

²⁶ Ibid., Rn. 95.

²⁷ Ibid., Rn. 99.

²⁸ Ibid., Rn. 100.

²⁹ Ibid., Rn. 101.

³⁰ Ibid., Rn. 101.

³¹ Ibid., Rn. 105.

³² Ibid., Rn. 105.

deskanzler.³³

c) Aufgabe der Staatsleitung

Die Antragsgegnerinnen berufen sich daneben auf ein Handeln im Rahmen der Informations- und Öffentlichkeitsarbeit als Teil des Staatsleitung.³⁴

„Die Befugnis zur Informations- und Öffentlichkeitsarbeit umfasst die Darlegung und Erläuterung der Politik der Regierung hinsichtlich getroffener Maßnahmen und künftiger Vorhaben angesichts bestehender oder sich abzeichnender Probleme (vgl. BVerfGE 20, 56 <100>; 44, 125 <147>; 63, 230 <243>; 138, 102 <114 Rn. 40>; 148, 11 <27 f. Rn. 51>; 154, 320 <337 Rn. 49>). Dazu gehören auch die Erläuterung und Verteidigung der Regierungspolitik gegen Angriffe und Kritik unter Beachtung des Sachlichkeitsgebots (vgl. BVerfGE 148, 11 <29 f. Rn. 56 f.>; 154, 320 <338 Rn. 52>).“³⁵

Nach der Auffassung des BVerfG berechtigt die Informations- und Öffentlichkeitsarbeit die Bundesregierung – und damit auch den Bundeskanzler – nicht dazu, zielgerichtet in den politischen Wettbewerb einzugreifen.³⁶ Dazu führt es aus:

„Als Teil des politischen Prozesses einer freiheitlichen Demokratie, wie sie das Grundgesetz versteht, ist es zwar hinzunehmen, dass das Regierungshandeln sich in erheblichem Umfang auf die Wahlchancen der im politischen Wettbewerb stehenden Parteien auswirkt (vgl. BVerfGE 44, 125 <140>; 138, 102 <114 f. Rn. 44>). Davon zu unterscheiden ist aber der zielgerichtete Eingriff der Bundesregierung in den Wettbewerb der politischen Parteien. Es ist der Bundesregierung, auch wenn sie von ihrer Befugnis zur Informations- und Öffentlichkeitsarbeit Gebrauch macht, von Verfassungen wegen versagt, sich mit einzelnen Parteien zu identifizieren und die ihr zur Verfügung stehenden staatlichen Mittel und Möglichkeiten zu deren Gunsten oder Lasten einzusetzen (vgl. BVerfGE 44, 125 <141 ff.>; 138, 102 <115 Rn. 45>; 148, 11 <28 Rn. 53>; 154, 320 <337 Rn. 51>).“³⁷

„Demgemäß endet die Zulässigkeit der Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung dort, wo Werbung für oder Einflussnahme gegen einzelne im politischen Wettbewerb stehende Personen oder Parteien beginnt.“³⁸

5. Im Rahmen seines Einschätzungsspielraums muss der Bundeskanzler plausibel darlegen, dass die einen Eingriff rechtfertigenden Verfassungsgüter tatsächlich betroffen sind und einen Eingriff in das Recht auf Chancengleichheit der politischen Parteien aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG erforderlich gemacht haben. (Ls. 5)

Zuletzt müssen die Antragsgegnerinnen plausibel darlegen, dass die oben genannten gewichtigen Verfassungsgüter auch tatsächlich betroffen sind, um den Eingriff in die Chancengleichheit zu rechtfertigen.

33 Ibid., Rn. 106.
34 Ibid., Rn. 111.
35 Ibid., Rn. 112.
36 Ibid., Rn. 114.
37 Ibid.
38 Ibid., Rn. 115.

a) Betroffenheit der Stabilität und Handlungsfähigkeit der Bundesregierung

Bei der Entscheidung, welche Maßnahmen zur Stabilisierung der Regierung notwendig sind, kommt dem Bundeskanzler ein weiter Gestaltungsspielraum zu.³⁹

„Dass dem Bundeskanzler bei der Beurteilung der Frage, welcher Maßnahmen es zur Erhaltung der Stabilität und der Arbeitsfähigkeit der Bundesregierung bedarf, ein weiter Einschätzungsspielraum zusteht (vgl. oben Rn. 103), entbindet nicht davon, dass plausibel dargelegt werden oder in sonstiger Weise ersichtlich sein muss, dass die Stabilität der Bundesregierung im Einzelfall tatsächlich betroffen gewesen ist und einen Eingriff in das Recht auf Chancengleichheit der politischen Parteien aus Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GG erforderlich gemacht hat.“⁴⁰

Nach der Auffassung des BVerfG mag zwar Diskussionsbedarf zwischen den Koalitionspartnern der Bundesregierung bestanden haben, dieser begründete jedoch nicht die Instabilität der Regierung.⁴¹ Folglich wurde dieser Rechtfertigungsgrund nicht plausibel dargelegt.

b) Betroffenheit des Vertrauens in die Verlässlichkeit der Bundesrepublik Deutschland in der Staatengemeinschaft

Hinsichtlich der Beurteilung, ob das Vertrauen in die Verlässlichkeit der Bundesrepublik Deutschland innerhalb der Staatengemeinschaft betroffen ist, besteht ebenfalls ein Einschätzungsspielraum des Bundeskanzlers.⁴² Allerdings wurde auch hier die Gefahr der Beeinträchtigung nach der Auffassung des BVerfG nicht plausibel dargelegt.⁴³ Damit kann der Eingriff der Antragsgegnerinnen in die Chancengleichheit der AfD nicht gerechtfertigt werden.

III. Sondervotum der Richterin Wallrabenstein

Eine abweichende Meinung vertritt die Richterin Astrid Wallrabenstein in ihrem Sondervotum. Ihrer Ansicht nach hat die Bundeskanzlerin nicht gegen das Grundgesetz verstoßen.⁴⁴ Im Gegensatz zur Senatsmehrheit hält sie den objektiven Empfängerhorizont zur Bestimmung des Aussagegehalts einer Äußerung für ungeeignet.⁴⁵ Regierungsmitglieder würden von der Gesellschaft stets in einer „Doppelrolle“ wahrgenommen werden.⁴⁶ Daher bestehe von Seiten der Bürger nur im begrenzten Rahmen eine Neutralitätserwartung.⁴⁷ In der Konsequenz muss ihrer Auffassung nach statt auf den objektiven Empfängerhorizont darauf abgestellt werden,

„ob ausnahmsweise ein Regierungsmitglied ausschließlich in Wahrnehmung seines Amtes spricht, sich also deutlich von seiner Parteifunktion distanziert.“⁴⁸

C) Schlussbetrachtung

Das Urteil des Zweiten Senats vom 15. Juni 2022 steht in einer Rechtsprechungslinie mit den vorangegangenen Entscheidungen des BVerfG zu den Äußerungsrechten der Mitglieder der Bundesregierung, namentlich den Entscheidungen zu den Äuße-

39 Ibid., Rn. 103.
40 Ibid., Rn. 157.
41 Ibid., Rn. 158.
42 Ibid., Rn. 164.
43 Ibid., Rn. 163.
44 Wallrabenstein zu BVerfG, Urt. v. 15.06.2022, Az.: 2 BvE 4/20, Rn. 1.
45 Ibid., Rn. 2, 6.
46 Ibid., Rn. 7.
47 Ibid., Rn. 7.
48 Ibid., Rn. 8.

rungen der Bundesministerin Wanka⁴⁹ und des Bundesministers Seehofer⁵⁰. Abermals anerkannt wurde, dass politische Parteien verfassungsgerichtlichen Rechtsschutz gegen Äußerungen von Regierungsmitgliedern – und, wie hier, des Bundeskanzlers bzw. der Bundeskanzlerin – im Wege des Organstreitverfahrens nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 13 Nr. 5 BVerfGG erlangen können. Insofern kann es als – zustimmungswürdige – Linie des BVerfG angesehen werden, den politischen Parteien im Sinne des Art. 21 GG als im Organstreitverfahren rügefähige Rechte aus Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GG (ggf. ergänzt bzw. verstärkt durch Art. 3 Abs. 1 GG) eingeräumt anzusehen. Der Gegenauffassung im Schrifttum, wonach die Parteien auf den verfassungsprozessualen Rechtsbehelf der (Individual-)Verfassungsbeschwerde zu verweisen seien⁵¹, ist damit abermals eine prozessuale Absage erteilt.

Die Entscheidung selbst schließt mit auch weiterhin überzeugender Argumentation der Senatsmehrheit überwiegend nahtlos an die bereits in den vorangegangenen Entscheidungen dargebotene Argumentation an und überträgt diese auf die Äußerungsbefugnisse des Bundeskanzlers bzw. der Bundeskanzlerin. Lediglich die recht knappe Mehrheit im Zweiten Senat hinterlässt einige Fragezeichen vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechungslinie. Wünschenswert zu erfahren wäre es immerhin gewesen, was die beiden Dissenter neben der ein Sondervotum abgebenden Richterin Wallrabenstein (s.o.) dazu bewogen hat, sich der Senatsmehrheit und folglich auch der bisherigen Linie entgegenzustellen.



Prof. Dr. **Arne Pautsch** | Professur für Öffentliches Recht und Kommunalwissenschaften Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg

E-Mail-Kontakt: ▶ arne.pautsch@hs-ludwigsburg.de



Dipl. Jur. **Jana Müser** | Wissenschaftliche Mitarbeiterin bei DOMBERT Rechtsanwälte in Potsdam und wissenschaftliche Hilfskraft an der Professur des Autors Pautsch

E-Mail-Kontakt: ▶ jana.mueser@web.de

▶ Inhaltsverzeichnis

⁴⁹ BVerfGE 148, 11.

⁵⁰ BVerfGE 154, 320.

⁵¹ So etwa *Walter*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, Stand: 95. EL (Juli 2021), Art. 93 Rn. 218.



KÖPFE

GESUCHT

Referendare (m/w) und Praktikanten (m/w)
www.tsp-law.com/karriere

Thümmel, Schütze & Partner

RECHTSANWÄLTE

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Stuttgart | Berlin | Dresden | Frankfurt | Singapur

Rezension

Verlag C.H. Beck

Knut-Werner Lange, Erbrecht, 3. Auflage (2022)

Das Werk von Knut-Werner Lange, in Reihe der großen Lehrbücher im Beck-Verlag erschienen, bietet eine umfassende Darstellung des Erbrechts und richtet sich sowohl an Studenten/Referendare wie auch an die Praxis.

Die Unterteilung des Lehrbuchs ist untypisch: zwar werden die Entwicklungslinien sowie die Grundprinzipien und die Grundlagen des Erbrechts zunächst vorgestellt, sodann erfolgt die Einteilung aber nicht nach der Systematik des BGB, sondern nach den Perspektiven der Beteiligten. Zunächst wird die Perspektive des Erblassers vorgestellt, sodann die des Nachlassberechtigten und die des Rechtsverkehrs, am Schluss erfolgt noch eine Darstellung der Nachfolge in besondere Vermögensarten. Diese systematische Darstellung dürfte den Bedürfnissen der Praxis, insbesondere der Anwaltschaft, sehr entgegenkommen, welche sich mit der Materie je nach Mandant in einer bestimmten Perspektive auseinandersetzen muss.

Die Darstellung der Grundbegriffe gelingt instruktiv und übersichtlich, auch auf aktuelle Probleme wie etwa die Vererblichkeit des sog. digitalen Nachlass geht das Werk ein (§ 9 Rn. 31a ff.). Bei der Testierfähigkeit, welche im Kapitel über die Perspektive des Erblassers dargestellt, geht das Werk auch auf die kontrovers diskutierte Problematik der Sittenwidrigkeit aufgrund der Einwirkung von Grundrechten ein und plädiert zurecht für Zurückhaltung (§ 12 Rn. 62); kritisch zu sehen ist dann aber die Aussage, eine Sittenwidrigkeit sei bei einer „grober Missachtung“ der Wertentscheidungen des Grundgesetzes, die auf eine „Herabwürdigung“ der Person hinauslaufen (§ 12 Rn.58), anzunehmen. Solche unscharfen Formulierungen können ebenfalls als Einfallstor des Zeitgeistes missbraucht werden. Die Gestaltungsmöglichkeiten des Erblassers werden eingehend dargestellt, bevor auf die inhaltlichen abweichenden Gestaltungsmöglichkeiten eingegangen wird, wird zunächst die Teilhabeberechtigung am Nachlass kraft Gesetzes erläutert. Wichtig für die Praxis ist dabei, dass auch auf steuerliche Aspekte kurz eingegangen wird (zB. § 22 Abs. 7).

Eingehend beschäftigt sich das Werk auch mit der im Erbrecht so wichtigen Frage der Auslegung letztwilliger Verfügungen. Dabei wird bei dem in der Praxis häufigen Auslegungsvertrag zutreffend darauf hingewiesen, dass dieser nur schuldrechtliche Wirkungen hat und die erbrechtliche Lage nicht verbindlich modifizieren kann (§ 35 Abs. 4).

Wichtige Themen wie Vor- und Nacherbschaft werden ebenso ausführlich dargestellt wie die Erbengemeinschaft oder der Erbschein. Aus Sicht der Praxis ist auch erfreulich, dass das Werk sich eingehend mit der Unternehmensnachfolge beschäftigt (Kapitel 22).

Das Layout ist übersichtlich, anschauliche Beispiele und Schaubilder ergänzen die Darstellung in sinnvoller Weise.

Insgesamt ist das Werk sowohl für eine vertiefte Beschäftigung mit dem Erbrecht während des Studiums und des Referendariats – insoweit in gewohnter Qualität der Reihe der Beck'schen

großen Lehrbücher - als auch in besonderer Weise auch für den Einstieg in das Erbrecht in der Praxis hervorragend geeignet und lässt insoweit keine Wünsche offen.



Prof. Dr. Christian F. Majer | Professur für Zivilrecht, Zivilprozessrecht, Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht an der Hochschule für öffentliche Finanzen in Ludwigsburg

E-Mail-Kontakt: ▶ majer@hs-ludwigsburg.de

▶ [Inhaltsverzeichnis](#)

Debatte

#Cancelculture

Der Wolf im Schafspelz

Die „Causa Maaßen“ und das „Canceln“ von Autoren



Prof. Dr. **Christoph Gröpl** | Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, deutsches und europäisches Finanz- und Steuerrecht an der Universität des Saarlandes in Saarbrücken

E-Mail-Kontakt: ▶ lehrstuhl@groep1.uni-saarland.de



Prof. Dr. **Christian F. Majer** | Professur für Zivilrecht, Zivilprozessrecht, Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht an der Hochschule für öffentliche Finanzen in Ludwigsburg

E-Mail-Kontakt: ▶ majer@hs-ludwigsburg.de

„Wenn der Faschismus wiederkehrt, wird er nicht sagen: ‚Ich bin der Faschismus‘. Nein, er wird sagen: ‚Ich bin der Antifaschismus‘.“

Es ist nicht sicher, ob dieses Zitat dem italienischen Schriftsteller *Ignazio Silone* (1900–1978) zugeschrieben werden darf. Dieser Streit braucht hier nicht vertieft und schon gar nicht entschieden zu werden. Denn selbst wenn das Zitat einen anderen Urheber hat, ist es auf beklemmende Weise wahr. Faschismus und Nationalsozialismus zeichnen sich – unter anderem – durch brutale Intoleranz aus; sie dulden keinen Widerspruch, schon gar keinen intellektuellen. Für den selbsterklärten Antifaschismus gilt offenbar nichts anderes.

Derzeit beobachten wir Bewegungen, die angeblich für Toleranz und Akzeptanz gegenüber Gruppen und Lebensentwürfen kämpfen, die sie als schützenswert (neudeutsch „vulnerabel“, wohl übernommen aus dem einschlägigen US-amerikanischen Politjargon) und förderungswürdig erachten. Dabei geben sie „Anti-Intoleranz“ und das Bekenntnis zur Diversität vor, legen ihrerseits indes eine unsägliche Intoleranz an den Tag – und werden ihren Gegnern dadurch auf bedrückende Weise ähnlich, auch in der Armut ihrer Argumente.

Ihre Methode ist die öffentliche Empörung, die individuelle Bloßstellung, insbesondere in den und mithilfe der sozialen Medien. Mit Vorliebe konzentrieren sie sich auf Einzelpersonen, die ihnen politisch „verhasst“, d.h. tatsächlich oder vermeintlich „rechts“ sind. Diese stellen sie an den medialen Marterpfahl, was den Effekt hat, dass Dritte davor zurückschrecken, den medial Gemarterten beizustehen, aus Furcht, sie kämen als nächste an die Reihe. Am Ende steht die (Un-)Kultur der „Auslöschung“ anderer („rechter“) Meinungen („Cancel Culture“). Ob es sich dabei tatsächlich um eine „Kultur“ handelt, ist ebenso nebensächlich wie der Streit um den Terminus „Cancel Culture“, da jedenfalls das Phänomen existiert.

Diese Bewegung nennt sich selbst „woke“ und wird oft dem linken Spektrum zugeordnet. Mit den klassischen Linken haben sie allerdings – vielleicht außer einer kollektivistischen Betrachtungsweise – wenig gemein. Anders als diese interessieren sie sich nicht für prekäre Lebensverhältnisse der Arbeiter gleich welcher Hautfarbe und Herkunft, sondern haben zu Schützlingen ausschließlich angeblich „marginalisierte“ Minderheiten erko-

ren, die sich durch Hautfarbe, Herkunft, Religion oder sexuelle Identität auszeichnen. Diesen wollen sie im angeblichen Kampf gegen diese „Marginalisierung“ und Unterdrückung weitgehende Privilegien zuweisen, in Abkehr von den Prinzipien der Gleichbehandlung aller vor dem Gesetz und des Leistungsgedankens. Hintergrund ist wohl die Vorstellung, Positionen und Ressourcen in einem Staat würden grundsätzlich ausschließlich nach Gruppenzugehörigkeit verteilt, und die herrschende Gruppe beute den Staat unter Verdrängung der zu schützenden Gruppen aus. Vom Kampf gegen den Rassismus, den sich die Bewegung gerne auf die Fahnen schreibt, hat sie sich weit entfernt.

Neuerdings sind bei uns Verlage das Objekt der Empörung. Sie werden zum Teil erfolgreich dazu veranlasst, politisch nicht genehme Autoren oder Bücher aus der Öffentlichkeit zu verbannen („auszulöschen“). So jüngst geschehen mit den *Winnetou*-Büchern des Ravensburger-Verlags, nachdem „Indianer“ zum Tabuwort stilisiert wurde und dem Kinderbuch (!) die Verwendung kolonialer und rassistischer Stereotype vorgeworfen wurde. Dass Kinderbücher üblicherweise nicht historisch exakt sind und mit Stereotypen arbeiten, lässt man nicht als Einwand gelten, genauso wenig die Sympathie Karl Mays für die Indianer, deren Behandlung in den Vereinigten Staaten er als einer der ersten immer wieder kritisierte und deren positives Bild in Deutschland ihm durch die Erfindung des „Winnetou“ zu einem Großteil zu verdanken ist.

Nun soll der Verlag C.H.Beck dazu gebracht werden, *Hans-Georg Maaßen* als Autor aus seinen juristischen Werken zu verabschieden. Anlass dazu bilden verschiedene Äußerungen Maaßens zu den Themen Ukrainekrieg und Covid-19-Pandemie; nicht vergessen wurde auch seine Kritik an der Flüchtlingspolitik der Regierung Merkel. Die Empörung zielt auf die Kommentierungen Maaßens in dem Grundgesetz-Kommentar von Epping/Hillgruber zum „Asylgrundrechtsartikel“ 16a.

Selbstverständlich steht es jedem Autor frei, die Zusammenarbeit mit einem Verlag zu beenden, wenn er Bedenken gegen dessen (vermeintliche) politische Ausrichtung hat. Ebenso steht auch einem (privaten) Verlag frei, seine Autoren nach Belieben auszuwählen. Für die Meinungsvielfalt ist es aber problematisch, wenn von außen auf einen Verlag Druck ausgeübt wird, der sich weniger durch Sach- als vielmehr durch Totschlagsargumente auszeichnet. Durch das Zurückweichen des Verlags C.H.Beck in der „Causa Zuck“ und die Umbenennungen einiger juristischer Standardwerke bestärkt, sehen Anhänger der „Cancel Culture“ in diesem Verlag offenbar ein geeignetes Opfer, um dessen bislang breites rechtswissenschaftliches Meinungsspektrum mithilfe weiterer Kampagnen einzuschränken. Das Ziel soll offensichtlich das Gegenteil von „Diversität“ im Sinne von Meinungsvielfalt sein.

Um nicht missverstanden zu werden: Mit unserer Zurückweisung der „Cancel Culture“ verbinden wir keine Zustimmung zu bestimmten politischen Aussagen Maaßens – darauf kommt es

insoweit gar nicht an. Es geht uns hier ausschließlich um die abstrakte Eignung und Berechtigung eines Autors, am rechtswissenschaftlichen Diskurs teilzunehmen. Und diese Frage ist losgelöst von der „Causa Maaßen“ zu beantworten: Wir sind der Überzeugung, dass ein Verlag die Zusammenarbeit mit einem Autor nicht deshalb beenden muss, weil dieser sich politisch fragwürdig geäußert hat. Wer insoweit anderer Ansicht ist, öffnet der Willkür Tür und Tor. Denn wer soll – jenseits von strafbaren und verfassungsfeindlichen Äußerungen – darüber entscheiden, welche Ansicht politisch nicht mehr akzeptabel ist und damit „gelöscht“ werden soll? In dieses Fadenkreuz politischer Missliebigkeit kann letztlich jeder geraten.

Demgegenüber wird häufig eingewandt, man dürfe „Rechten“ oder gar „Faschisten“ und „Rassisten“ keinen Raum für ihre Äußerungen gewähren. Indessen werden diese Begriffe jenseits ihres konsentierten Anwendungsbereichs seit einiger Zeit inflationär und unscharf verwendet. Ist jemand, der die Pandemie- oder Energiepolitik der Bundesregierung kritisiert, zwangsläufig „rechts“, nur weil Rechtsextreme das üblicherweise tun? Ist jemand Rassist, wenn er seine „Mohrenapotheke“ nicht umbenennen will, indem er darauf hinweist, dass ihr Name Bezug auf die „Mauren“ und deren im Mittelalter den Westeuropäern weit überlegene Medizin nimmt? Ist es schon rassistisch, wenn man dunkelhäutige Menschen nach ihrer Herkunft fragt? Ist jemand, der das Geschlecht nicht rein subjektiv definiert, ohne weiteres „transphob“, ja „gruppenbezogen menschenfeindlich“? Oder verfällt, wer die Muslimbruderschaft kritisiert, der „Islamophobie“? Hier wird die Notwendigkeit der Bekämpfung von (Rechts-)Extremismus und Rassismus umfunktioniert zur Engführung öffentlicher Meinungsäußerungen, zur Ausschaltung politischer Diskussionen im demokratischen Rahmen.

Freilich gilt auch die Wissenschaftsfreiheit nicht unbegrenzt. Wissenschaftler haben die Strafgesetze zu beachten; volksverhetzende oder beleidigende Schriften aus ihrer Feder können verboten werden. Darüber entscheiden in einem Rechtsstaat allerdings die zuständigen Gerichte, nicht selbsternannte Tugendwächter in sozialen Medien. Die Bedenken gegen die Kommentierungen Maaßens ließen sich vielleicht noch nachvollziehen, wären diese Kommentierungen die einzige Erkenntnisquelle zum Asylgrundrecht des Art. 16a GG. Aber davon kann nicht einmal ansatzweise die Rede sein. An Kommentaren zum Grundgesetz besteht, auch und gerade im Beck-Verlag, kein Mangel; wer die Ausführungen Maaßens meiden will, möge andere, ihm genehmere wissenschaftliche Quellen heranziehen. Es geht der Kampagne jedoch offensichtlich nicht darum, dass man sich anderweitig informieren möchte und dies auch kann – es geht darum, Dritten den Zugang zu den Auffassungen Maaßens zu versperren. Seine Ansichten sollen aus dem juristischen Diskurs verbannt werden. Auffällig an diesem Versuch der „Auslöschung“ ist, dass die inhaltliche Qualität der Kommentierungen kaum thematisiert wird. Ist eine Kommentierung unzutreffend oder einseitig, verdient sie Widerspruch; darin besteht das „Kerngeschäft“ der Rechtswissenschaft. Niemand ist gezwungen, den Ansichten Maaßens zu folgen. Wissenschaftler müssen damit leben, dass ihre Ansichten verworfen werden.

Jurastudenten lernen früh, dass es auf das Argument ankommt, nicht auf die Person, die es vorbringt. Dieser Konsens in der Rechtswissenschaft droht durch die „Cancel Culture“ aufgekündigt zu werden. Dem einzelnen Leser wird die Berechtigung abgesprochen, richtige von falschen Argumenten zu unterscheiden. Stattdessen soll es nur noch auf die – vermeintliche – „Haltung“,

die „moralische Integrität“ oder gar auf Hautfarbe und Herkunft der Person ankommen. Dass damit jegliche Debattenkultur infrage gestellt wird, scheint manchen nicht bewusst zu werden.

Rund 90 Jahre ist es her, dass nationalsozialistische Wüteriche massenhaft Bücher „weltanschaulich“ anders denkender Autoren aus deutschen Bibliotheken ins Feuer warfen (1933). Nicht einmal zehn Jahre danach kam es zum Holocaust – *Heinrich Heines* Sorge verwirklichte sich auf schlimmste Weise:

„Dort wo man Bücher verbrennt, verbrennt man auch am Ende Menschen“ (1823).

So weit sind wir – zum Glück – noch nicht. Im Zeitalter des Internets bedarf es allerdings keiner Flammen mehr, vielfach genügt die elektronische Vertilgung. Die Frage drängt sich daher auf, welche Art der Auslöschung missliebigen Autoren als Menschen widerführe, errängen die modernen Wüteriche der sozialmediale Empörung(s)kultur die politische Macht in Deutschland. Ihre Forderungen beschränken sich jedenfalls nicht auf die Verdrängung aus dem akademischen Diskurs, sie zielen vielmehr meist auf die Person ab, die ihre Stellung verlieren und nirgendwo mehr eine Position erhalten soll; die Beispiele aus dem angelsächsischen Raum sind zahlreich. Die hasserfüllten Tiraden ad hominem, die oft zu lesen sind, lassen Fatales befürchten.

Um zum Ausgangspunkt zurückzukommen:

Wenn die Intoleranz wiederkehrt, wird sie nicht sagen: „Ich bin die Intoleranz“. Nein, sie wird sagen: „Ich bin die Anti-Intoleranz.“

Weitere Debattenbeiträge

SWR 2 Gespräch, Zweifelhafte Kommentator: Hans-Georg Maaßen soll Grundgesetz für C.H. Beck interpretieren, auf: [swr.de](https://www.swr.de) vom 24.08.2022

Constantin van Lijnden, Das Maaßen-Störgefühl, auf: [welt.de](https://www.welt.de) vom 26.08.2022

Ralf Schuler, Moorblase des Zeitgeists: Rechtsprofessor fordert, den ehemaligen Verfassungsschutz-Präsidenten Hans-Georg Maaßen als Kommentator des Grundgesetzes wegen politischer Äußerungen zu canceln. Wie falsch!, auf: [weltwoche.ch](https://www.weltwoche.ch) vom 29.08.2022

Hasso Suliak, Beck-Verlag soll die Zusammenarbeit mit Hans-Georg Maaßen aufkündigen, auf: [ito.de](https://www.ito.de) vom 22.08.2022

Dieser Beitrag wurde auch veröffentlicht auf dem [Blog des Netzwerks Wissenschaftsfreiheit](https://www.blog-des-netzwerks-wissenschaftsfreiheit.de)

Eine Debatte lebt vom Widerstreit der Meinungen. Gern können Sie uns Ihre Sichtweise auf das von den Autoren besprochene Thema mitteilen. Gleich ob Zustimmung oder Ablehnung, senden Sie das fertige Manuskript einfach an redaktion@zeitschrift-jse.de und wir veröffentlichen es direkt in der nächsten Ausgabe!

[▶ Inhaltsverzeichnis](#)

Impressum

Redaktion

Benjamin Baisch
 Dr. Alexander Bechtel
 Prof. Dr. Sarah Bunk
 Richterin Dr. Caprice Doerbeck
 RA Dr. Pius O. Dolzer
 Jonas Eberhardt
 RiLG Dr. Guido Philipp Ernst
 Nina Fischer, Maître en Droit (Marseille)
 RA Steffen Follner
 RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M.
 RR Dr. Christine Keilbach
 Prof. Dr. Christian F. Majer
 (Schriftleiter)
 Prof. Dr. Torsten Noak
 Marcus Nonn
 Ass. iur. Sascha Sebastian, M.mel.
 (Stellvertretender Schriftleiter)
 Julia Zaiser

Herausgeber

Verein der Zeitschrift JSE e.V.
 c/o Prof. Dr. Christian F. Majer
 Doblerstrasse 15
 D-72070 Tübingen

Vereinsvorstand

Prof. Dr. Christian F. Majer
 (Vorsitzender)
 Ass. iur. Sascha Sebastian, M.mel.
 (Stellv. Vorsitzender)
 RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M.
 (Schatzmeister)
 RiLG Dr. Guido Philipp Ernst
 (Ressortleiter Strafrecht)
 Prof. Dr. Arne Pautsch
 (Ressortleiter Öffentliches Recht)

12. Jahrgang (2022)

ISSN 2195-044X

Beirat

RA Dr. Felix E. Buchmann
 StA Dr. Ralf Dietrich
 Prof. Dr. Jörg Eisele
 RAin Dr. Tabea Yasmine Glemser
 Prof. Dr. Volker Haas
 RA Dr. Roland Haberstroh, LL.M. (Boston University)
 ELB Jochen Heinz
 Prof. Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA (MDX)
 Prof. Dr. Antonios Karampatzos, LL.M (Tübingen)
 RA Prof. Rainer Kirchdörfer
 Prof. Dr. Alexander Proelß
 Prof. Dr. Joachim Renzikowski
 Prof. Dr. Gottfried Schiemann
 Prof. Dr. Dominik Skauradzun
 RiOLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner
 MR Dr. Felix Tausch, Mag. rer. publ.
 Prof. Dr. Christian Traulsen
 RA Dr. Werner Walk
 RA Dr. Andreas Wax, Maître en droit (Aix-Marseille)
 RA Prof. Dr. Gerhard Wegen, LL.M. (Harvard)
 MR a.D. Prof. Dr. Rüdiger Wulf

Webseite: ▶ <http://www.zeitschrift-jse.de/>
 E-Mail: ▶ redaktion@zeitschrift-jse.de



Die Zeitschrift JSE erscheint vierteljährlich seit 2011
 und wird ausschließlich online als PDF-Dokument herausgegeben.
 Die aktuelle und alle früheren Ausgaben sind auf der Webseite kostenlos abrufbar.

Wir danken unseren Werbepartnern der vorliegenden Ausgabe:
 ▶ **Thümmel, Schütze & Partner** | ▶ **BRP Renaud & Partner** | ▶ **Boorberg Verlag**

Beiträge aus früheren Ausgaben

| | | | |
|--------|---|--|---------|
| 2/2022 | Friederike Meurer | Das neue Kaufrecht | ► lesen |
| 2/2022 | Jana Müser | Bewährung des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Rahmen der Corona-Pandemie? | ► lesen |
| 1/2022 | Judith Klink-Straub | Schuldrechtsreform 2.0 | ► lesen |
| 1/2022 | Dr. Arne Pautsch Jana Müser | Selbstvollziehendes Gesetz und Verwaltungsvollzugsvorbehalt | ► lesen |
| 4/2021 | Maria Spinnler | Unterlassungsstrafbarkeit staatlicher Entscheidungsträger? | ► lesen |
| 3/2021 | Marie-Sophie Herlein | Die bundesverfassungsgerichtliche Kontrolle der europäischen Integration | ► lesen |
| 2/2021 | Nora Rzadkowski | Längst überfällig: Die Revidierte Europäische Sozialcharta ist in Kraftgetreten! | ► lesen |
| 2/2021 | Michael Hippeli | Netiquette im digitalen Lehrbetrieb | ► lesen |
| 1/2021 | Michael Hippeli | Struktur der strafprozessualen Verhandlungsunfähigkeit | ► lesen |
| 1/2021 | Christian F. Majer Arne Pautsch | „Ugah, Ugah“ und die Meinungsfreiheit im Arbeitsverhältnis | ► lesen |
| 4/2020 | Torsten Noak | Existenzsichernde Leistungen für Unionsbürger – und kein Ende! | ► lesen |
| 4/2020 | Gesine Berthold | Immunitätsausweise in Zeiten von Corona | ► lesen |
| 3/2020 | Michael Hippeli | Smart Contracts | ► lesen |
| 3/2020 | Friederike Meurer | Arbeitsrecht in Zeiten von Corona | ► lesen |
| 2/2020 | Leonie Schmitt | Diskriminierung durch Maschinelles Lernen | ► lesen |
| 2/2020 | Matthias Müller | Gemeinderatssitzungen per Video | ► lesen |
| 1/2020 | Florian Außem | Die strafrechtliche Relevanz des Coronavirus | ► lesen |
| 1/2020 | Arne Pautsch | Corona und Grundgesetz | ► lesen |
| 4/2019 | Jonas Rohde | Zwangshaft gegenüber Amtsträgern | ► lesen |
| 3/2019 | Hans-Dieter Pfannenstiel Gordon von Miller | Wölfe in Deutschland | ► lesen |
| 2/2019 | Christian Knoth | Fluggastrechte in der Europäischen Union | ► lesen |
| 1/2019 | Arne Pautsch | Geschlechterparität im Bundestag? | ► lesen |
| 4/2018 | Michael Hippeli | Das Beschwerdeverfahren im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren | ► lesen |
| 3/2018 | Christian F. Majer | Rasse und ethnische Herkunft in § 1 AGG – Eine Begriffsbestimmung | ► lesen |
| 2/2018 | Torsten Noak | Existenzsichernde Leistungen für Unionsbürger | ► lesen |
| 2/2018 | Arne Pautsch | Die gescheiterte Reform des Landtagswahlrechts in Baden-Württemberg | ► lesen |
| 1/2018 | Antonia Braun | Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz | ► lesen |
| 4/2017 | Arne Pautsch | Die Wahlpflicht | ► lesen |
| 4/2017 | Momme Buchholz Helge Hölken Elisa Kuhne | Die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung | ► lesen |
| 3/2017 | Sascha Sebastian | Die Inhaftierung „islamistischer Gefährder“ als menschenrechtliches Problem | ► lesen |
| 3/2017 | Benjamin Bungarten | Die „ewige“ Kanzlerin Verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung von Wiederwahlbeschränkungen für das Amt des Bundeskanzlers | ► lesen |

| | | | |
|--------|---|--|---------|
| 2/2017 | Susanne Bertow | Der neue § 25b AufenthG ein Ausweg aus der Zwickmühle der Kettenduldungen? | ► lesen |
| 2/2017 | Markus Meißner Philipp Fitzek | Zur Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) | ► lesen |
| 1/2017 | Tim P. Holler Christoph J. Bender | Der Ehebegriff als Methodenproblem | ► lesen |
| 1/2017 | Torsten Noak | Rechtliche Aspekte der Integration von Migranten in den Arbeitsmarkt | ► lesen |
| 4/2016 | Philipp Tolga Mavituna | Die Heimtücke - ein (vermutlich) letzter Blick auf den bestehenden Mordparagrafen | ► lesen |
| 4/2016 | Markus Meißner | Neuerungen bei Ausschlussfristen in Arbeitsverträgen | ► lesen |
| 3/2016 | Sarah Bunk | Ist Ämterpatronage strafbar? | ► lesen |
| 2/2016 | Christian F. Majer Guido Philipp Ernst | Tödliche Gewalt zur Abwehr von Eigentums- und Besitzverletzung als Notwehr? | ► lesen |
| 1/2016 | Torsten Noak | Kein „Hartz IV“ für arbeitssuchende Unionsbürger? Der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II im Lichte unions-, verfassungs- und völkerrechtlicher Vorgaben | ► lesen |
| 4/2015 | Sascha Brüggemann | Anonymität im Internet | ► lesen |
| 3/2015 | Patrick Christian Otto | Einfachgesetzliche und verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung eines Familienwahlrechts | ► lesen |
| 3/2015 | Christian F. Majer | Die Strafbarkeit der Zwangsheirat nach § 237 StGB. Bilanz und Reformfragen | ► lesen |
| 2/2015 | Simon Pschorr | Die Zuständigkeitsordnung in der Kriegswaffenkontrolle | ► lesen |
| 2/2015 | Arne Pautsch | Die „konsultative Volksbefragung“ auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand | ► lesen |
| 1/2015 | Christian Picker | Das neue Mindestlohngesetz | ► lesen |
| 4/2014 | Caprice Nina Doerbeck | Zur Verständigung im Strafverfahren – Möglichkeiten, Kriterien und Erfolgsaussichten einer nachträglichen Lösung der Staatsanwaltschaft? | ► lesen |
| 4/2014 | Sascha Brüggemann | Datenkrake NSA | ► lesen |
| 3/2014 | Alexander Bechtel | Mord und Totschlag – eine überfällige Reform? | ► lesen |
| 2/2014 | Christian F. Majer | Scharia-Gerichte in Deutschland – eine rechtliche Bewertung | ► lesen |
| 2/2014 | Philipp K. Kauffmann | In dubio pro – Selbstanzeige? | ► lesen |
| 1/2014 | Andreas Lohbeck | Societas delinquere non potest – Ein Federstrich des Gesetzgebers und das Unternehmen ist strafbar? | ► lesen |
| 4/2013 | Philipp Kauffmann | Die Bekämpfung des globalen Terrorismus – Anti-Terror-Gesetze, Strategien und Rechtsstaat | ► lesen |
| 4/2013 | Stanyo Dinov | Maßnahmen gegen die Schuldenkrise in Europa und die Finanzkrisen in Deutschland und Japan | ► lesen |
| 3/2013 | Sebastian Brüggemann | Streaming – Moderner Medienkonsum und strafrechtliche Verantwortlichkeit | ► lesen |
| 2/2013 | Joachim Renzikowski | Inzest vor dem EGMR – Der Fall des Patrick S. | ► lesen |
| 1/2013 | Andreas Lohbeck | Die geplante Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung – von irdischer Schwere und deutschem Berufsrecht | ► lesen |
| 1/2013 | Hartmut Kilger Christian F. Majer | Die Ethik und die Rechtsanwälte | ► lesen |
| 4/2012 | Tobias Rist | Gleichberechtigung und Sorgerecht – Die Stärkung der Rechte der Väter unehelicher Kinder durch den Entwurf zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern | ► lesen |
| 3/2012 | Christian F. Majer | Der Prostitutionsvertrag und die guten Sitten | ► lesen |

| | | | |
|---------------|--|---|---------|
| 2/2012 | <i>Paul Popescu</i> | Stuttgart 21 und „Störung der Geschäftsgrundlage“? – Eine Analyse zum nachträglich gegen die Vertragsabwicklung gebildeten Volkswillen und hieraus resultierender Folgen als Vertragsaufhebungsgründe | ▶ lesen |
| 1/2012 | <i>Julius Forschner</i> | Die Haftung von Ratingagenturen | ▶ lesen |
| 1/2012 | <i>Nicolas Sonder</i> | Eurobonds, EZB-Anleihenkäufe, Vertragsänderungen ... neue Lösungen oder alte Spiralen in der europäischen Staatsschuldenkrise? | ▶ lesen |
| 1/2011 | <i>Dominik Skauradszun Felix Hornfischer</i> | Es kann nicht sein, was nicht sein darf – Die Insolvenz von Staaten | ▶ lesen |
| 1/2011 | <i>Werner Walk Nils Wiese</i> | Wer klaut, der fliegt – oder etwa doch nicht? Das Problem der Bagatellkündigungen in der aktuellen Rechtsprechung | ▶ lesen |

– sowie zahlreiche Klausuren, Hausarbeiten und Entscheidungsbesprechungen aus den unterschiedlichen Rechtsgebieten –
 Alle früheren Ausgaben der Zeitschrift JSE sind kostenlos abrufbar im Archiv auf unserer Webseite unter
 ▶ www.zeitschrift-jse.de.

Autorinnen und Autoren gesucht!

Ihre Veröffentlichung in der Zeitschrift Jura Studium & Examen

Die Zeitschrift JSE richtet sich vorwiegend an Jurastudenten und Rechtsreferendare. Unsere Redaktion besteht zum größten Teil selbst aus jungen Juristen und möchte neben erfahrenen Rechtswissenschaftlern und Praktikern ausdrücklich auch ihresgleichen ein Forum bieten. Beiträge von Lesern sind daher jederzeit herzlich willkommen. Ob Professor oder Studentin, Richterin oder Referendar – bei uns bekommen alle ihre Chance. Was zählt, sind nicht Titel, Berufserfahrung oder Renommee des Autors, sondern einzig und allein die wissenschaftliche Qualität und thematische Relevanz des Beitrags, die im Verfahren des „peer re-view“ von einem Fachbeirat begutachtet werden.

Junge Juristen, Jurastudenten und Rechtsreferendare möchten wir ermutigen, mit einem Beitrag in der JSE eine – vielleicht ihre erste – wissenschaftliche Veröffentlichung zu wagen. Interessiert sind wir an Aufsätzen zu Themen mit politischem, rechtspolitischem oder rechtsethischem Bezug sowie an Klausuren und Hausarbeiten jeder Art. Die Beiträge in der vorliegenden und in früheren Ausgaben, die Sie auf unserer Webseite finden, können Ihrer Orientierung dienen.

Erfahrene Juristen aus Wissenschaft und Praxis möchten wir ermutigen, mit einem Beitrag in der JSE ihr Wissen und ihre Erfahrung an die nachfolgende Generation weiterzugeben.

Als eine junge und kostenlos erhältliche Zeitschrift mit ehrenamtlich tätiger Redaktion können wir leider kein Autorenhonorar bezahlen. Was wir aber bieten können, ist ein freundlicher, kooperativer und unbürokratischer Umgang mit den Autoren und ihren Beiträgen. Den Verfassern von Arbeiten, die unseren Qualitätsstandards und Relevanzkriterien genügen, garantieren wir eine zeitnahe Veröffentlichung in der nächsten oder übernächsten Ausgabe. (Und sollte doch einmal ein Beitrag beim ersten Mal abgelehnt werden, dann erhält der Autor hilfreiches Feedback und immer eine zweite Chance.)

Wenn Sie interessiert sind, zögern Sie nicht, sondern schreiben Sie eine E-Mail an redaktion@zeitschrift-jse.de. Unter ▶ <http://www.zeitschrift-jse.de/autorenhinweise.html> finden Sie unsere technischen Autorenhinweise.

Wir freuen uns auf Ihre Kontaktaufnahme.

Die Redaktion der Zeitschrift Jura Studium & Examen

Die Zeitschrift „**Jura Studium & Examen (JSE)**“ richtet sich, wie im Namen schon angedeutet, vorwiegend an Jura-Studenten und Rechtsreferendare. Sie ist aber keine klassische Ausbildungszeitschrift und will zu diesen auch nicht in Konkurrenz treten. Didaktische Beiträge, Überblicksaufsätze, Grundfälle, Grundlagenbeiträge und dergleichen werden in ihr nicht zu finden sein.

Stattdessen enthält sie in ihrem Aufsatzteil Beiträge zu Themen mit aktuellem politischen oder rechtspolitischen und auch -ethischen Hintergrund. Solche Themen sind zugleich häufig von hoher Examensrelevanz, insbesondere in der mündlichen Prüfung; sie sind jedoch auch beliebter Gegenstand von Examensklausuren. Unabhängig davon sind sie auch für Studenten und Referendare von allgemeinem Interesse. Die Zeitschrift möchte so auch die Teilhabe der Studenten und Referendare an der aktuellen juristischen Debatte ermöglichen und fördern. Nicht zuletzt möchte die Zeitschrift Themen mit rechtsethischem Bezug ein Forum geben. Die Beiträge werden vom jeweils fachlich zuständigen Beirat begutachtet („peer-review“).

Dabei ist eine gewisse Aktualität naturgemäß von besonderer Bedeutung. Wir erklären dem Autor daher eine Garantie der zeitnahen Veröffentlichung: wenn ein Beitrag angenommen wird, wird er in der nächsten oder übernächsten Ausgabe veröffentlicht. Der Autor kann ansonsten anderweitig disponieren und den Beitrag ggfs. zu einem späteren Zeitpunkt nochmals einreichen.

Die Zeitschrift setzt einen besonderen Schwerpunkt auf Examenskandidaten, wie schon im Namen zum Ausdruck gebracht. Sie enthält daher die zwar nicht nur, aber vor allem für die Examensvorbereitung wichtigen Klausuren zur Übung. Dabei liegt der Schwerpunkt auf Klausuren aus Examensklausurenkursen und dem Original-Staatsexamen.

Von zentraler Bedeutung in der Examensvorbereitung ist auch die Kenntnis der aktuellen examensrelevanten Rechtsprechung. Die Zeitschrift enthält daher die wichtigsten aktuellen Urteile, knapp und übersichtlich unter Verwendung von Originalzitaten aufbereitet.

Die Zeitschrift ist so konzipiert, dass ihre Lektüre von der ersten bis zur letzten Seite für den Leser von Relevanz ist. Auf Beiträge, die nur einen kleinen Kreis interessieren, wird daher weitgehend verzichtet. Beispielsweise sind Klausuren aus dem Schwerpunktbereich von untergeordneter Bedeutung – sie sind für die Mehrzahl der Leser nicht von Relevanz. Dasselbe gilt für Berichte über Auslandsstudien und Praktika – auf sie wird daher vollständig verzichtet. Verzichtet werden soll letztendlich auch auf allgemeine wissenschaftliche Beiträge und Urteilsanmerkungen. Sie sollen den einschlägigen Fachzeitschriften vorbehalten bleiben.

ISSN 2195-044X



9 772195 044008