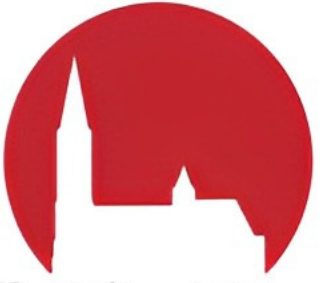


2/2022

FREIILAW

Freiburg Law Students Journal



IG-Farben
Flick
Mens Rea

HERB

Actus Reus
Beihilf
Van Anraat

REUS

RStGH
JStGH
Krupp
Mens Rea

JUST

Flick
Van Anraat
Krupp
Mens Rea

BEI

RStGH
IG-Farben
IG-Farben
Krupp

REUS

Flick
RStGH
IG-Farben

STGH

IG-Farben
Van Anraat
Mens Rea

HEIF

Vom
Strafen und
Schaffen im
Öffentlichen
Recht

Van Anraat

Actus Reus
RStGH

IG-Farben
IG-Farben
ISTGH

STGH

JStGH
Beil

Mens Rea
Nürnberger

STGH

Nürnberger Prozesse

IG-Farben

STGH

Flick

An
Actus Reus
An
IG-Fa
Mens Rea
Mens Rea
Nürnberger Prozesse

W2K DIE KANZLEI FÜR INFRA- STRUKTUR- RECHT

W2K berät im öffentlichen und privaten Wirtschaftsrecht, insbesondere im Wettbewerbs- und Vergaberecht, sowie im klassischen Verwaltungsrecht. Interdisziplinär und mit akademischem Anspruch beantworten wir alle Fragen rund um bestehende und zu entwickelnde Infrastrukturen – insbesondere zum Städtebau, zu Straßen- und Schienenwegen, Energienetzen und zum Breitbandausbau.

StudentInnen und ReferendarInnen erhalten bei uns eine umfangreiche Betreuung. Praktika, wissenschaftliche Mitarbeit und berufsbegleitende Promotion sind bei uns nach individuellem Zuschnitt möglich. Zudem bieten wir einen Berufseinstieg, der sich durch Kollegialität, Teamarbeit und frühe Verantwortung auszeichnet.

 www.w2k.de

 [w2kRechtsanwaelte](https://www.facebook.com/w2kRechtsanwaelte)

 [w2k_rechtsanwaelte](https://www.instagram.com/w2k_rechtsanwaelte)

 [W2K Rechtsanwälte Partnerschaft mbB](https://www.linkedin.com/company/W2K-Rechtsanw%C3%A4lte-Partnerschaft-mbB)



W2K WURSTER WEISS KUPFER
RECHTSANWÄLTE PARTNERSCHAFT MBB

Vorwort der Chefredaktion

Liebe Leserinnen und Leser,

zum Jahresende ist es allgemein üblich, sowohl einen Blick zurück als auch in die Zukunft zu werfen. Ganz ähnlich verfährt auch die Ausgabe 2/2022 – *Vom Strafen und Schaffen im Öffentlichen Recht*.

In dieser widmet sich *Alexander Vadokas* zunächst dem Aspekt des Strafens abseits des „klassischen“ Strafrechts und wählt dabei die historischen Nürnberger Kriegsverbrecherprozesse als Ausgangspunkt, um den Bereich der „neutralen Beihilfe“ im Völkerstrafrecht und die Beihilfedogmatik des IStGH in Bezug auf unternehmerisches Handeln genauer unter die Lupe zu nehmen.

Wilhelm Alexander Klett beschäftigt sich anschließend in seinem Beitrag mit dem Schaffen bzw. Neu-Schaffen, indem er ein Zukunftsszenario entwickelt, in welchem eine Verfassungsneugestaltung über Art. 146 GG im Raum steht, und untersucht dabei u.a. die Funktion von Art. 146 GG, das Verhältnis zu Art. 79 III GG, den Bedeutungsgehalt der „freie[n] Entscheidung über die verfassungsmäßige Zukunft“ und durch wen eine Anwendung von Art. 146 GG zu erfolgen hätte.

Im Zivilrecht geht *Nicolas Gerneth* im Folgenden genauer auf die Online-Gründung von Gesellschaften nach DiRUG und EU-Digitalisierungsrichtlinie ein. In seinem Artikel beleuchtet er, inwiefern die Vorgaben der DigRL im Hinblick auf die Online-Gründung durch das DiRUG umgesetzt werden, erläutert die Voraussetzungen der Online-Gründung im Detail und gibt u.a. eine allgemeine Bewertung des Online-Gründungsverfahrens ab.

Unser Redaktionsmitglied *Julia Martin* widmet sich indes in ihrem Beitrag dem „*Monstrum des deutschen Zivilprozessrechts*“, nämlich der Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache. Insbesondere überprüft sie die durch den BGH in ständiger Rechtsprechung vertretene Klageänderungstheorie sowohl auf deren praktische als auch theoretische Brauchbarkeit.

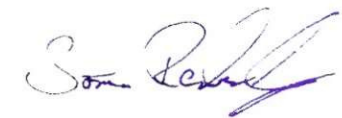
Die Strafrechtsrubrik dreht sich schließlich in dieser Ausgabe um einen Vorfall aus dem Sommer 2021, bei welchem ein tschechischer Millionär die Nichtexistenz eines Tempolimits auf deutschen Autobahnen genutzt hatte, um einen persönlichen Geschwindigkeitsrekord mit seinem Sportwagen aufzustellen, was wiederum bundesweit ein breites Medienecho nach sich zog. *Jan Ludwig* ordnet in seinem Artikel das Geschehen strafrechtlich ein und verknüpft dies mit einem Überblick über die Delikte des Straßenverkehrs.

Abgerundet wird die Ausgabe in traditioneller Weise mit der Freilaw-üblichen Rezensionenrubrik. In dieser teilt *Milan Walbaum* seine Einschätzung zum Lehrbuch „Kartellrecht“ von Tobias Lettl mit und gibt darüber Auskunft, ob sich ein Kauf lohnt.

An dieser Stelle möchten wir zudem über einen Wechsel in der Chefredaktion informieren und freuen uns, *Levin Schmieder* ab dem kommenden Jahr als Teil des Chefredaktionsteams willkommen heißen zu dürfen.

Und nun wünschen wir Ihnen viel Freude beim Lesen!

Ihre Chefredaktion



(Sören Rechenberg)



(Franz Schmelzing)

IMPRESSUM

Herausgeber (Verantwortlich nach § 5 TMG)

Freilaw e.V.

Chefredaktion

Sören Rechenberg und Franz Schmelzing

Kontakt

Freilaw e.V.
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg
Werthmannstr. 4
Dekanat der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
z.Hd. Freilaw e.V.
D – 79098 Freiburg

E-Mail: redaktion@freilaw.de

Cover

Levin Schmieder

ISSN: 1865-0015



Urheberrechtliche Hinweise:

- Für den Inhalt der Artikel sind allein die Autoren verantwortlich. Die Herausgeber überprüfen die Texte, können allerdings keine Garantie dafür übernehmen, dass durch die Artikel keinerlei Urheber- oder anderweitige Nutzungsrechte verletzt werden. Sollte dies der Fall sein, so ist dies nicht beabsichtigt. Wir bitten Sie deshalb, uns umgehend zu informieren.
- Die Publikation der Artikel erfolgt exklusiv durch Freilaw. Eine unberechtigte öffentliche Verwendung der Artikel ist nicht gestattet. Auf Anfrage sind wir allerdings gerne bereit, hiervon Ausnahmen zu machen.

Freilaw 2/2022

Thema: Vom Strafen und Schaffen im Öffentlichen Recht

Alexander Vadokas

Handel mit Krisengebieten - „Neutrale Beihilfe“ zu Völkerrechtsverbrechen und die Grenzen der Strafllosigkeit..... 33

Wilhelm Alexander Klett

Die freie Entscheidung des deutschen Volkes über seine verfassungsmäßige Zukunft nach Art. 146 GG
..... 44

Zivilrecht

Nicolas Gerneth

Die Online-Gründung von Gesellschaften nach DiRUG und Digitalisierungsrichtlinie 54

Julias Martin

Die Erledigung des Rechtsstreits..... 65

Strafrecht

Jan Ludwig

Über die Strafbarkeit der Aufstellung von Geschwindigkeitsrekorden auf der Autobahn – zugleich ein Überblick über die Delikte des Straßenverkehrs..... 71

Rezension

Milan Walbaum

Kartellrecht - Tobias Lettl, 5. Auflage 2021 74

Handel mit Krisengebieten

—

„Neutrale Beihilfe“ zu Völkerrechtsverbrechen und die Grenzen der Straflosigkeit

Alexander Vadokas*

A. Abstract

Der Beitrag erarbeitet die Maßstäbe der völkerstrafrechtlichen Beihilfehaftung anhand der historischen Nürnberger Kriegsverbrecherprozesse. Mithilfe dieser und einem jüngeren Fall aus den Niederlanden, in denen ein Geschäftsmann für völkerstrafrechtliche Teilnahme verurteilt wurde, werden verschiedene Szenarien unternehmerischen Handelns auf den Prüfstand gestellt und die Beihilfedogmatik des Romstatutes des Internationalen Gerichtshofes analysiert. Dabei werden verschiedene Kriterien vorgestellt, die der Konturierung des Beihilfetatbestandes dienen können, um so die Grenze der Straflosigkeit im Bereich der neutralen Beihilfe genauer bestimmen zu können.

B. Einleitung

1947 mussten sich führende Mitglieder der IG Farben AG vor dem amerikanischen Militärgerichtshof (NMG) dafür verantworten, dass sie „durch das Werkzeug IG“¹ an den Verbrechen der Nationalsozialisten teilgenommen hatten. 2007 kündigte der erste Chefankläger des Internationalen Strafgerichtshofes (IStGH) an, er wolle die Rolle von Unternehmen im Krisengebiet in der Demokratischen Republik Kongo untersuchen.² Die Ergebnisse blieben weit hinter denen Nürnbergs zurück. Keiner der in dieser Situation Verurteilten wurde für unternehmerisches Handeln bestraft. Es stellt sich die Frage, ob die an sich gefestigte Rechtslage, die durch das Inkrafttreten des Römischen Statutes des Internationalen Strafgerichtshofes angestrebt war, zu hohe Anforderungen an die Strafbarkeit von Unternehmern stellt oder aber die Nürnberger Rechtsprechung die Latte vielleicht zu tief gelegt hat. Der Beitrag versucht daher die dogmatischen Grundsätze der Strafbarkeit für wirtschaftliches Handeln im makrokriminellen Kontext zu beleuchten und so die Grenze der Beihilfestraflosigkeit zu bestimmen. Ausgangspunkt der Untersuchungen sollen deshalb ausgewählte Verfahren aus Nürnberg, aber auch ein zeitgenössischer Prozess aus den Niederlanden sein. Im Anschluss wird die Rechtslage des modernen Völkerstrafrechts analysiert und mithilfe der Fälle auf die Probe gestellt werden. Mit 123 Ratifizierungen und der Möglichkeit gemäß Artikel 13(b) des Romstatutes eine Situation durch eine Kapitel-VII-Resolution des UN-Sicherheitsrates an den IStGH

zu verweisen, erscheint ein Verfahren vor diesem Gericht am wahrscheinlichsten. Daher beschränken sich die Ausführungen auf die Rechtslage am IStGH auf Grundlage des Romstatutes.

Auf der Romkonferenz wurde die Einführung der Unternehmensstrafbarkeit trotz Diskussion nicht eingeführt, sodass in Artikel 25(1) des Romstatutes die Gerichtsbarkeit des IStGH alleine über natürliche Personen begründet wird,³ weshalb die etwaige Strafbarkeit juristischer Personen nicht Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung sein soll.

C. Historische Verfahren gegen Geschäftsleute

Wie das Zitat eingangs belegt, geht die Idee, die Führungsebene einer juristischen Person für Völkerrechtsverbrechen zu verfolgen, bis zu den Nürnberger Hauptkriegsverbrecherprozessen und deren Nachfolgeverfahren zurück. Doch auch in jüngerer Vergangenheit wurden Urteile gegen Geschäftsführer für deren Involvierung in Brüche internationalen Rechts gefällt.

I. Nürnberger Prozesse

Die Nürnberger Nachfolgeprozesse auf Grundlage des Kontrollratsgesetzes Nr. 10 hatten die Aufgabe, die rechtspolitisch gewollte Aufarbeitung der Rolle der Industrie Nazideutschlands zu übernehmen.⁴ Heraus kamen mit dem Flick-, dem Krupp- und dem Farben-Prozess die so genannten Industriellenprozesse. Auch im Wilhelmstraßenprozess befasste sich der NMG mit Rasches wirtschaftlichen Aktivitäten. In der britischen Besatzungszone wurde gegen den Lieferanten des Giftgases Zyklon B verhandelt.

1. Flick

Im Verfahren der Vereinigten Staaten gegen Flick et al. waren die Angeklagten Mitglieder des „Freundeskreises“ Heinrich Himmlers, denen Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit vorgeworfen wurden. Konkret angeklagt waren die Ausnutzung von Sklavenarbeitern, die Plünderungen in besetzten Gebieten, die „Arisierung“ jüdischer Industrie- und Bergbauanlagen sowie Mitgliedschaft in der SS als eine vom IMG gemäß Artikel 10 des IMG-Statutes für verbrecherisch erklärten Organisation.⁵ Den Angeklagten Flick und Steinbrink

¹ “[T]hrough the instrumentality of Farben”. Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals (nachfolgend: NMG-Urteile), Bd. VII, 14. Die Übersetzungen fremdsprachiger Urteile sind die des Autors.

² Pressemitteilung vom 27.06.2007 (ICC-OTP-20030926-37).

³ Meyer ZStrR 2013, 56, 67; Ambos/id, Art. 25, Rn. 4; Schabas, The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute (Nachfolgend: ICC), 564ff; Cassese/Gaeta/Jones/Eser, 767, 778f.

⁴ Jeßberger JZ 2009, 924, 930.

⁵ NMG-Urteile, Bd. VI, Flick, 3

wurde unter Anklagepunkt IV vorgeworfen, sich durch erhebliche Spendenbeiträge an die NSDAP und die SS der Beihilfe an den Verbrechen dieser schuldig gemacht zu haben. Dazu führte der NMG aus:

„Jemand, der wissentlich durch seinen Einfluss und Geld zur Unterstützung [einer kriminellen Organisation] beiträgt, muss, gemäß gefestigter rechtlicher Prinzipien, wenn nicht als Täter, sicherlich als Gehilfe solcher Verbrechen gesehen werden.“⁶

2. IG Farben

Im Verfahren der Vereinigten Staaten gegen Carl Krauch et al. wurde den Beschuldigten vorgeworfen, den Konzern zu ihren kriminellen Zwecken missbraucht zu haben.⁷ Ähnlich wie im Flick-Prozess wurde auch im Fall Farben die erzwungene Inbesitznahme von Industrieanlagen als Plünderung, sowie die Beteiligung am NS-Sklavenarbeiterprogramm angeklagt.

Das Urteil deutete die aggressive Expansionspolitik des Konzerns, durch die Übernahme anderer Betriebe in besetzten Gebieten, unter Punkt II als Kriegsverbrechen. Dies sei dadurch gerechtfertigt, dass auch in den Fällen, in denen mit den vorherigen Eigentümern „verhandelt“ worden war und diese eine Entschädigung erhalten hatten, der staatliche Druck der gewaltsamen Einziehung stets über diesen Verhandlungen gestanden hatte.⁸ Jedoch konnte die Anklage nicht jedem der unter diesem Punkt Angeklagten nachweisen, dass diese von den tatsächlichen Umständen der Übernahmen gewusst hatten.

Freigesprochen wurden die meisten Angeklagten auch vom Vorwurf der Beteiligung am SS-Sklavenprogramm. Dies erfolgte allerdings nicht aufgrund mangelnden Wissens; stattdessen nahm das NMG an, die Beschuldigten hätten im Notstand und damit entschuldigt gehandelt.⁹ Hinsichtlich der Beteiligung am NS-Sklavenprogramm findet sich jedoch eine Besonderheit in Farben. Im Gegensatz zu zahlreichen anderen Unternehmen beließ es der Konzern nicht beim bloßen Einsatz der unfreiwilligen Arbeitskräfte, sondern baute und finanzierte eigens ein Werk in der Nähe des KZ Auschwitz, um einen maximalen Vorteil aus dem Programm ziehen zu können. Damit überschritten die mit dem Projekt Betrauten die Grenzen des Notstandes, da sie sich bei der Auswahl des Standortes nicht mehr in dem vom Naziregime gesetzten Rahmen bewegten, in dem sie ihrer „moralischen Wahl“¹⁰ beraubt waren.¹¹

3. Zyklon B

Im Zyklon-B-Fall vor einem britischen Militärgericht (BMG) wurden Tesch, Geschäftsführer der Firma Testa, und dessen Prokurist Weinbacher, für die Lieferung des Giftgases Zyklon B an die SS, insbesondere das KZ Auschwitz, verurteilt. Darüber

hinaus bildete Testa SS-Männer aus, wie das Gas einzusetzen war. Dabei wurde anerkannt, dass Zyklon B als Schädlingsbekämpfungsmittel durchaus auch zu rechtmäßigen Zwecken eingesetzt werden kann; besonders dort, wo wie in einem KZ viele Menschen auf engem Raum zusammenleben, besteht Bedarf, Epidemien zu verhindern.¹² Auch das britische Gericht setzte für eine strafbare Teilnahme voraus, dass der Angeklagte um die verbrecherische Verwendung des Gases wusste.¹³

Der dritte Angeklagte und Chefchemiker Testas Drosihn wurde dagegen freigesprochen, weil er aufgrund seiner untergeordneten Rolle im Unternehmen keinen Einfluss auf die Gaslieferungen hatte.

4. Wilhelmstraßenprozess

Angeklagter im Wilhelmstraßenprozess war neben verschiedenen Beamten der Reichsregierung Rasche, ein Vorstandsmitglied der Dresdner Bank. Ihm wurden unter anderem seine wirtschaftlichen Verflechtungen mit der SS in Form von hohen Darlehen zur Last gelegt. Das NMG beschreibt ihn als einen Bankier mit langjähriger Erfahrung, der keinen Kredit bewillige, ohne zu wissen, wozu das Geld eingesetzt werden solle. Das Problem, welches das Gericht in diesem Fall beschäftigte, war nicht der Wissensstand des Angeklagten, sondern die Frage nach der Strafbarkeit seines Beitrages an sich. Die Kreditvergabe sei das Geschäft einer Bank. Die Kreditvergabe an ein Unternehmen, welches diese zu verbotenen Zwecken einsetzt

„kann freilich von einem moralischen Standpunkt aus verurteilt werden [...], die Transaktion kann aber nur schwerlich als Verbrechen bezeichnet werden.“¹⁴

Schließlich wurde Rasche vom Vorwurf der Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit freigesprochen.

5. Nürnberger Standard

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Maßstab, den die ersten völkerstrafrechtlichen Verfahren gegen Geschäftsleute etabliert haben, recht weit gefasst ist. Die Möglichkeiten, sich strafrechtlich an der Tat eines anderen zu beteiligen, sind zwar nicht unbegrenzt, können jedoch eine Vielzahl von Formen unternehmerischen Tätigwerdens annehmen. Umfasst ist beispielsweise die Lieferung des späteren Tatmittels, welches zweckentfremdet zur Tatbegehung genutzt wird, die scheinbar einvernehmliche Einverleibung anderer Unternehmen oder auch die bloße finanzielle Unterstützung. Auf subjektiver Ebene wird lediglich Wissen von den kriminellen Absichten des Täters verlangt. Allerdings ist festzuhalten, dass die amerikanischen und britischen Richter nicht genau zwischen Teilnahmeformen unterschieden. Dies ist wohl auf die weniger stark ausgeprägte Beteiligungslehre im angelsächsischen Recht zurückzuführen.¹⁵

⁶ “One who *knowingly* by his influence and money contributes to the support [of a criminal organization] must, under settled legal principles, be deemed to be, if not a principal, certainly an accessory to such crimes.” NMG-Urteile, Bd. VI, Flick, 1217. Hervorhebung hinzugefügt.

⁷ Jeßberger JICJ 2010, 783, 787.

⁸ NMG-Urteile, Bd. VIII, Farben, 1140.

⁹ NMG-Urteile, Bd. VIII, Farben, 1174f.

¹⁰ “[M]oral choice”. NMG-Urteile, Bd. VIII, Farben, 1179.

¹¹ NMG-Urteile, Bd. VIII, Farben, 1187.

¹² Law Reports of Trials of War Criminals (Nachfolgend: LRWC), Bd. I, Zyklon B, 98.

¹³ LRWC, Bd. I, Zyklon B, 100.

¹⁴ “[Loans] may well be condemned from a moral standpoint [...] but the transaction can hardly be said to be a crime.” NMG-Urteile, Bd. 14, Wilhelmstraßenprozess, 622.

¹⁵ Jeßberger JZ 2009, 924, 929; Ambos, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts 2002 (Nachfolgend: VölkerStR AT), 362ff.

II. Van Anraat

Auch in der jüngeren Vergangenheit lassen sich Fälle finden, in denen Geschäftsleuten vorgeworfen wurde, durch ihre Geschäfte zu Völkerrechtsverbrechen beizutragen.

Van Anraat wurde auf der Grundlage niederländischen Rechts vorgeworfen, durch die Lieferung großer Mengen Thiodiglycols (TDG) an das irakische Regime unter Saddam Hussein, welches das Gas zu Senfgas weiterverarbeitet hatte, zum Völkermord an der kurdischen Bevölkerung und den Kriegsverbrechen im iranisch-irakischen Konflikt beigetragen zu haben.¹⁶ Der Handel mit TDG ist an sich nicht verboten, da das Gas auch zu legalen Zwecken, insbesondere in der Textilproduktion, benutzt werden kann.¹⁷

Das Gericht erster Instanz verurteilte Van Anraat wegen Beihilfe zu den Kriegsverbrechen, sprach ihn aber vom Vorwurf der Teilnahme am Völkermord frei. Es konnte nicht bewiesen werden, dass der Angeklagte zum Zeitpunkt seiner Beiträge von den genozidalen Absichten des Hussein-Regimes wusste.¹⁸ Dies wäre aber nach ständiger Rechtsprechung internationaler Strafgerichtshöfe für eine Verurteilung nötig gewesen, denn der Beschuldigte muss seinerseits *dolus specialis* aufweisen.¹⁹ Dieser Freispruch wurde vom Gericht zweiter Instanz aufrechterhalten.

D. Unternehmerisches Handeln als strafbare Teilnahme

Aufgrund der hybriden Natur des modernen Völkerstrafrechtes bietet Artikel 25(3) des Romstatutes ein weitaus differenziertes Beteiligungsmodell als die Statuten der Nürnberger Zeit. Wie jedoch schon die Verurteilung Van Anraats zeigt, scheint die Strafbarkeit der Teilnahme im unternehmerischen Kontext von besonderer Bedeutung und soll daher genauer untersucht werden.

Die Voraussetzungen für eine Verurteilung gemäß Artikel 25(3)(c) des Romstatutes sind noch nicht gefestigt. Danach ist strafbar, wer

*„zur Erleichterung eines solchen Verbrechens Beihilfe oder sonstige Unterstützung bei seiner Begehung oder versuchten Begehung leistet, einschließlich der Bereitstellung der Mittel für die Begehung“*²⁰.

Wie eine Vorverfahrenskammer des IStGH in Blé Goudé ausführte bedeutet dies, die Gehilfenstrafbarkeit fordere,

*„dass die Person Hilfe zur Begehung eines Verbrechens leistet und dass er oder sie dabei die Erleichterung der Tat anstrebt.“*²¹

I. Actus Reus

Die Mindestvoraussetzungen an den objektiven Beitrag sind nach dieser Definition jedoch noch nicht geklärt. Gerade dies lässt die Grenze zwischen strafbarer Beihilfe und objektiv neutralem Verhalten verschwimmen. Für die Frage, ob gewöhnliche Geschäftshandlungen eine Strafbarkeit nach sich ziehen können, ist die Bestimmung der Mindestvoraussetzungen daher von grundlegender Bedeutung. Vorgeschlagen werden – falls überhaupt das Bedürfnis für eine solche gesehen wird – als objektive Untergrenzen der Strafbarkeit das Kriterium der substantiellen Wirkung, der spezifischen Richtung und die Grundsätze der objektiven Zurechnung.

1. Substantielle Wirkung der Beihilfehandlung

Obwohl die Statuten der *Ad-hoc*-Tribunale und das des IStGH alle die Worte *aiding and/or abetting* benutzen, erscheint es bei genauerer Betrachtung fragwürdig, ob die Anforderungen an die Gehilfenstrafbarkeit wirklich dieselben sind. Daher soll nun die Rechtsprechung des internationalen Strafgerichtshofes für das ehemalige Jugoslawien (JStGH) und des Internationalen Strafgerichtshofes für Ruanda (RStGH) untersucht werden, bevor eine Übertragung dieser auf den IStGH und die Auswirkungen auf unternehmerisches Handeln diskutiert werden kann.

a) Rechtsprechung der UN-Tribunale

Die Hauptverfahrenskammer des JStGH erklärte in Tadić, dass

*„Beihilfe alle Akte der Hilfe durch Worte oder Taten umfasst, die Ermutigung oder Unterstützung verleihen, solange der erforderliche Vorsatz gegeben ist.“*²²

Dies scheint zunächst darauf hinzudeuten, dass nach Ansicht des JStGH die Vielfalt an Möglichkeiten, strafbare Beihilfe zu leisten, unbegrenzt ist. Allerdings stellt die Kammer umgehend klar, dass der Beitrag eine *„direkte und substantielle Wirkung“*²³ auf die Haupttat haben müsse. Dabei bedient er sich der Sprache des Entwurfes der Völkerrechtskommission von 1996 (1996-Entwurf). Nach Artikel 2(3)(d) des 1996-Entwurfes ist eine Person strafbar, die *„wissentlich direkte und substantielle Beihilfe oder sonstige Unterstützung leistet“*²⁴.

Das Kriterium der Direktheit konnte sich jedoch nicht vollständig durchsetzen. In Furundžija nannte der JStGH es

¹⁶ Gerichtshof Den Haag, Urteil vom 09.05.2007, 2200050906 – 2 (Van Anraat), 2, 7f. Urteil ist in der amtlichen englischen Übersetzung abrufbar unter: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=E-CLI:NL:GHSGR:2007:BA6734&showbutton=true&keyword=22-000509-06> (zuletzt abgerufen am 24.08.2020).

¹⁷ Gerichtshof Den Haag, *Van Anraat*, 12.1.4.

¹⁸ *Huisman/Van Sliedregt* JICJ 2010, 803, 807.

¹⁹ RStGH, *Semanza* (ICTR-97-20-T), Urteil, 388. *Ambos/Schabas*, Art. 6, Rn. 8 m.w.N.

²⁰ “[F]or the purpose of facilitating the commission of such a crime, aids, abets or otherwise assists in its commission or its attempted commission, including providing the means for its commission”, Amtliche deutsche Übersetzung.

²¹ “[T]hat the person provides assistance to the commission of a crime and that, in engaging in this conduct, he or she intends to facilitate the commission of the crime.” IStGH, *Blé Goudé* Anklagebestätigung (ICC-02/11-02/11-186), 167.

²² “The Trial Chamber finds that aiding and abetting includes all acts of assistance by words or acts that lend encouragement or support, as long as the requisite intent is present.” JStGH, *Tadić* (IT-94-1), Urteil, 689.

²³ “[D]irect and substantial effect” Ebd.

²⁴ “Knowingly aids, abets or otherwise assists, directly and substantially”.

„irreführend, da es implizieren könnte, dass die Unterstützungshandlung greifbar sein und eine kausale Beziehung zu dem Verbrechen haben muss.“²⁵.

Kausalität im Sinne der *conditio-sine-qua-non*-Formel sei nicht notwendig; vielmehr reiche es aus, dass der Beitrag einen „signifikanten Unterschied“²⁶ mache, was wiederum dem Merkmal der Substantialität entspreche.²⁷ Die Beihilfehandlung muss sich also so stark auf die Haupttat auswirken, dass sie ohne diese auf andere Art und Weise verübt worden wäre.²⁸ Es sei nicht ausreichend, „in einem System eine Rolle ohne Einfluss zu haben“²⁹. Die Bedeutung dieses Merkmals hat der JStGH präzisiert, als er sich in Popović et al. mit der Frage beschäftigte, ob die Wahrscheinlichkeit, dass das Verbrechen begangen wird, „substanziell niedriger“³⁰ wäre.

b) Rechtslage am IStGH

Diese Rechtsprechung hat auch der IStGH in seinen frühen Entscheidungen übernommen. In Lubanga grenzte das Gericht die Beteiligungsformen voneinander ab, indem es das unterschiedliche Gewicht der Tatbeiträge eines Mittäters und eines Gehilfen verglich. Dabei stellte es fest, dass Artikel 25(3) des Romstatutes hierarchisch aufgebaut sei, weshalb der Beitrag im Sinne des Artikel 25(3)(a) des Romstatutes auch gewichtiger sein müsse als der im Sinne des Artikel 25(3)(c) des Romstatutes.³¹ In seinen Untersuchungen bezog sich die Kammer direkt auf die Rechtsprechung der *Ad-hoc*-Gerichtshöfe. Auch in Mbarushimana setzte sich der IStGH mit Artikel 25(3) des Romstatutes auseinander und grenzte dabei Beihilfe vom Beitrag zu einem Gruppenverbrechen ab. Der Rechtsansicht in Lubanga folgend, stellte er fest, dass selbst bei der niedrigsten Form der Teilnahme gemäß Artikel 25(3)(d) des Romstatutes nicht jeder Beitrag genügen könne.³² Vielmehr müsse der Beitrag „signifikant“³³ sein. Dies sei notwendig, um Beiträge, die von den Verfassern des Statutes nicht für strafbar erachtet wurden, auszuschließen. Begründet wird dies mit der Notwendigkeit, dass ein Fall vor dem IStGH unzulässig sei, wenn er „nicht schwerwiegend genug“³⁴ ist.³⁵ Andernfalls würde

„jeder Vermieter, jeder Lebensmittelhändler, jeder Versorger, jede Sekretärin, jeder Hausmeister oder sogar jeder Steuerzahler, der irgendetwas tut, das zu einer Gruppe, die Völkerrechtsverbrechen begeht, beiträgt, die Voraussetzungen der Verantwortlichkeit nach Artikel 25(3)(d) für seinen infinitesimalen Beitrag zu den Verbrechen erfüllen.“³⁶

Folglich bedürfe es eines Mindestbeitrages, der im Falle der Gehilfenstrafbarkeit gemäß Artikel 25(3)(c) des Romstatutes ein substanzieller sein müsse. Diese Linie fand breite Zustimmung in der Literatur.³⁷

Ihr wird jedoch entgegengehalten, dass der Wortlaut des Statutes nicht von einer substanziellen Wirkung spricht.³⁸ Dies könnte darauf hindeuten, dass die Verfasser des Romstatutes sich bewusst gegen den Standard des 1996-Entwurfes entschieden haben.³⁹ Im Fall Bemba et al. legte das Gericht besonderen Wert auf die Kausalität der Beihilfehandlung. Unbestritten sei zwar, dass der Beitrag nicht äquivalent-kausal für die Begehung der Haupttat gewesen sein müsse, aber jener müsse diese „fördern, verbessern oder erleichtern“⁴⁰. Die dadurch entstehende Vielzahl an objektiv möglichen Beiträgen werde durch die hohen Anforderungen an die innere Tatseite kompensiert.⁴¹ Dies entspricht dem anglo-amerikanischen Recht der Beihilfe.⁴²

Allerdings können diese Argumente nicht überzeugen. Das Schweigen des Romstatutes muss nicht zwingend eine Ablehnung des Kriteriums bedeuten. Denn über Artikel 21(1)(b) des Romstatutes ist das Gericht dazu befugt „die Grundsätze und Regeln des Völkerrechts“⁴³ anzuwenden, wenn eine alleinige Anwendung des Romstatutes nicht ausreicht, dies dürfte aber vorliegend der Fall sein. Das Erfordernis eines substanziellen Beitrages ist, wie die Rechtsprechung der *Ad-hoc*-Gerichtshöfe zeigt, dermaßen gefestigt, dass es den Status des Völkergewohnheitsrechtes erreicht hat.⁴⁴ Dessen Anwendung erscheint gerade im Hinblick auf eine systematische Auslegung gemäß Artikel 31(1) des Wiener Vertragsrechtsübereinkommens erforderlich. Die hierarchische Konzeption des Artikels 25(3) des Romstatutes ließe sich zwar nicht nur durch eine Abstufung auf objektiver Ebene erreichen. Eine solche könnte durchaus auch

²⁵ “[M]isleading as it may imply that assistance needs to be tangible, or to have a causal effect on the crime” JStGH, *Furundžija* (IT-95-17/1-T), Urteil, 232.

²⁶ “[S]ignificant difference” JStGH, *Furundžija* (IT-95-17/1-T), Urteil, 233. Kommentar 11 zu Artikel 2 des 1996-Entwurfes.

²⁷ Ebd.; JStGH, *Aleksovski* (IT-95-14-T), Urteil, 60f. *Ambos/id*, Art. 25, Rn. 27.

²⁸ JStGH, *Tadić* (IT-94-1-T), Urteil, 688. *Schabas*, ICC, 577; *Vest JICJ* 2010, 851, 857.

²⁹ “Having a role in a system without influence” JStGH, *Furundžija* (IT-95-17/1-T), Urteil, 233. So auch der RStGH in: *Rutaganda* (ICTR-96-3), Urteil, 43; *Musema* (ICTR-96-13-A), Urteil, 126; *Bagilishema* (ICTR-95-1A), Urteil, 33.

³⁰ “[S]ubstantially less likely” JStGH, *Popović et al* (IT-05-88-A), Berufungsurteil, 1736ff.

³¹ IStGH, *Lubanga* Urteil (ICC-01/04-01/06-2842), 997. *Werle JICJ* 2007, 935, 957; *Goy Int'l Crim. L. Rev.* 2012, 1, 62f.

³² IStGH, *Mbarushimana* Anklagebestätigung (ICC-01/04-01/10-465-Red), 276, 278.

³³ “[S]ignificant” IStGH, *Mbarushimana* Anklagebestätigung (ICC-01/04-01/10-465-Red), 283. *Schabas*, ICC, 580.

³⁴ “[N]ot of sufficient gravity”. Artikel 17(1)(d) des Romstatutes.

³⁵ IStGH, *Mbarushimana* Anklagebestätigung (ICC-01/04-01/10-465-Red), 277. *Vest*, Völkerrechtsverbrecher verfolgen. Ein abgestuftes Mehrebenenmodell systemischer Tatherrschaft 2011 (nachfolgend: Völkerrechtsverbrecher), 199.

³⁶ “[E]very landlord, every grocer, every utility provider, every secretary, every janitor or even every taxpayer who does anything which contributes to a group committing international crimes could satisfy the elements of 25(3)(d) liability for their infinitesimal contribution to the crimes committed” Ebd.

³⁷ *Cassese/Gaeta/Jones/Eser*, 767, 800; *Werle JICJ* 2007, 935, 969; *Vest JICJ* 2010, 851, 860; *Ambos*, Wirtschaftsvölkerstrafrecht. Grundlagen der völkerstrafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen 2018 (nachfolgend: Wirtschaftsvölkerstrafrecht), 62f.

³⁸ IStGH, *Bemba et al* Urteil (ICC-01/05-01/13-1989-Red), 93.

³⁹ Ebd. *Schabas*, An Introduction to the International Criminal Court 2017 (nachfolgend: Introduction), 215f.

⁴⁰ “[T]he assistance must have furthered, advanced or facilitated the commission”. IStGH, *Bemba et al* Urteil (ICC-01/05-01/13-1989-Red), 94.

⁴¹ IStGH, *Bemba et al* Urteil (ICC-01/05-01/13-1989-Red), 95. *Burchard*, JCIJ 2010, 919, 938.

⁴² *Ashworth ZStW* 1998, 461, 470; *Ambos*, VölkerStR AT, 622.

⁴³ “[T]he principles and rules of international law”.

⁴⁴ JStGH, *Furundžija* (IT-95-17/1-T), Urteil, 234; *SGSL*, *Taylor* (SCSL-03-01-A), Berufungsurteil, 482. *Reggio Int'l Crim. L. Rev.* 2010, 623, 638.

durch subjektive Kriterien geschehen. Aber mit Blick auf die subjektiven Voraussetzungen der Strafbarkeit gemäß Artikel 25(3)(d) des Romstatutes wegen eines Beitrages zu einem Gruppenverbrechen ist festzuhalten, dass eine Abgrenzung allein auf der Stufe des subjektiven Tatbestandes nicht immer zu klaren Ergebnissen führt. Laut Artikel 25(3)(d)(i) des Romstatutes muss der Gruppenbeitrag „mit dem Ziel geleistet werden, die kriminelle Tätigkeit oder die strafbare Absicht der Gruppe zu fördern“⁴⁵. Dies entspricht einem *dolus specialis* in Form der Absicht.⁴⁶ Dadurch erfährt auch Artikel 25(3)(d) des Romstatutes einen erhöhten subjektiven Standard, ebenso wie die Beihilfe gemäß Artikel 25(3)(c) des Romstatutes durch das Erfordernis der Absicht der Erleichterung der Begehung eines Verbrechens⁴⁷. Doch auch beim *actus reus* der beiden Teilnahmeformen lässt sich direkt aus dem Wortlaut des Statutes ein Argument für erhöhte objektive Anforderungen des Artikel 25(3)(c) des Romstatutes entnehmen. Der Beitrag zum Gruppenverbrechen kann „auf sonstige Weise“⁴⁸ erfolgen. Diese Formulierung trägt dem Auffangcharakter des Artikels 25(3)(d) des Romstatutes Rechnung, sodass Fälle erfasst werden, die keine Strafbarkeit gemäß Artikel 25(3)(c) des Romstatutes begründen.⁴⁹ Nimmt man diese Auffangfunktion ernst, ohne die Voraussetzungen des Beitrages zur Gruppenstraftat herabzusetzen, bleibt nichts anderes übrig, als einen substantziellen Beitrag für die Gehilfenstrafbarkeit gemäß Artikel 25(3)(c) des Romstatutes zu fordern.

c) Folgen für unternehmerisches Handeln

Legt man also den Standard der substantziellen Wirkung der Beihilfehandlung zugrunde, wird deutlich, dass die alleinige Tatsache, dass Handel mit Krisengebieten betrieben wird, keine Strafbarkeit begründen kann. Stattdessen muss bewiesen werden, dass sich der konkrete Beitrag des Gehilfen in der Tat wiederfinden lässt. Ein besonders deutliches Beispiel bietet der Fall eines Waffenherstellers, der Munition an eine Regierung verkauft, welche damit Kernverbrechen begeht. Auch der Fall Farben lässt sich teilweise darin einordnen, wie es die Anklage unter Punkt I getan hat. Auszunehmen sind daher nur Fälle, in denen der Beitrag keine Wirkung auf die Begehung des Verbrechens entfaltet. Beispielhaft kann hier der Freispruch Drosihns im Zyklon-B-Fall genannt werden. Selbst wenn man davon ausgeht, dass er von dem Bestimmungsort des Gases wusste, hatte er als technischer Leiter nicht genügend Einfluss auf die Gaslieferungen. Beiträge wie in Flick sind dagegen schwerer zu beurteilen. Die Spenden an Himmler wurden nachweislich zumindest zum Teil für den Kauf von Giftgas eingesetzt. Sie erweitern aber lediglich den Spielraum der SS als Ganzes, was sich darin zeigt, dass ein anderer Teil des Geldes für Lohnzahlungen

verwendet wurde. Im Übrigen entwickelte sich die SS vom parteiinternen Polizeidienst zu einem wirtschaftlichen Schwergewicht, mit eigenen finanziellen Ressourcen. Die Wahrscheinlichkeit, dass die SS mithilfe des gekauften Gases Verbrechen begeht, war also nicht „substantziell niedriger“. Auch ein ausreichend starker moralischer Effekt scheint zweifelhaft. Zwar zeugen die Zuwendungen durchaus von einer gewissen Sympathie für die Taten der Nationalsozialisten. Es dürfte aber mehr als fragwürdig sein, ob diese die Umsetzung ihrer entsetzlichen Pläne abhängig von den Spenden einzelner Industrieller machten.

2. Spezifische Richtung der Beihilfehandlung

Ebenso wenig wie das Merkmal der substantziellen Wirkung lässt sich im Wortlaut des Artikels 25(3)(c) des Romstatutes kein Hinweis auf ein Tatbestandsmerkmal der spezifischen Richtung der Beihilfehandlung finden. Dieses könnte aber ebenfalls anwendbar sein, sofern es den Status von Völkergewohnheitsrecht hat.

a) Entwicklung des Merkmales im Mehrheitsvotum des Perišić-Berufungsurteils

In seiner Berufungsentscheidung in Perišić ging der JStGH genau davon aus, als die Rechtsmittelkammer das Urteil gegen Perišić aufhob. Die Hauptverfahrenskammer hatte ihn noch für schuldig befunden, durch die Bereitstellung von Personal und Sachmitteln als Offizier der jugoslawischen Armee Beihilfe zu den Kriegsverbrechen der Miliz der Republika Srpska geleistet zu haben.⁵⁰ Für die Rechtsmittelkammer war die Tatsache, dass alle Handlungen des in Belgrad stationierten Angeklagten eine große Entfernung zu den Tatorten aufwiesen und die beiden Armeen unabhängig voneinander waren von besonderer Bedeutung.⁵¹ Die Truppenbewegungen dienten nicht der Begehung von Völkerstraftaten, sondern der Unterstützung einer Armee in einem Krieg.⁵² Damit fallen sie in einen Bereich, in dem

„die Bereitstellung allgemeiner Hilfeleistungen, die sowohl für rechtmäßige als auch rechtswidrige Zwecke gebraucht werden könnte, nicht ausreicht, um zu beweisen, dass die Hilfe spezifisch auf die Straftaten der Täter gerichtet war.“⁵³

Damit begründet die Kammer die Notwendigkeit eine „direkte Verbindung“⁵⁴ zwischen dem mutmaßlichen Gehilfen und den konkreten Verbrechen herzustellen. Grundlage dieser Annahme war eine Stelle aus dem Berufungsurteil im Fall Tadić, nach der Beihilfe vorliegt, wenn

⁴⁵ “[W]ith the aim of furthering the criminal activity or criminal purpose of the group”.

⁴⁶ Cassese/Gaeta/Jones/Eser, 767, 803; Ambos/id, Art. 25, Rn. 34; Goy Int’l Crim. L. Rev. 2012, 1, 68.

⁴⁷ “[P]urpose to facilitate the commission of such a crime”.

⁴⁸ “[I]n any other way”.

⁴⁹ JStGH, Ruto und Sang Anklagebestätigung (ICC-01/09-01/11-373), 354. Werle/Jeßberger, Völkerstrafrecht 2016, 278f; Cassese/Gaeta/Jones/Eser, 767, 802f. Ablehnend Ambos, Stahn [Hrsg.] The Law and Practice of the International Criminal Court (nachfolgend: Law and Practice), 592, 597–604, der insbesondere auf Grundlage der spanischen Fassung des Romstatutes keinen qualitativen Unterschied zwischen den Buchstaben (c) und (d) des Artikel 25(3) des

Romstatutes sehen will, sich aber dennoch für das Merkmal des substantziellen Beitrages ausspricht.

⁵⁰ JStGH, Perišić (IT-04-81-A), Urteil, 1649.

⁵¹ JStGH, Perišić (IT-04-81-A), Berufungsurteil, 42. Perišić (IT-04-81-A), Urteil, 235ff, 262ff.

⁵² JStGH, Perišić (IT-04-81-A), Berufungsurteil, 53. Perišić (IT-04-81-A), Urteil, 1588.

⁵³ “[T]he provision of general assistance which could be used for both lawful and unlawful activities will not be sufficient, alone, to prove that this aid was specifically directed to crimes of principal perpetrators.” JStGH, Perišić (IT-04-81-A), Berufungsurteil, 44. Hervorhebung hinzugefügt.

⁵⁴ “[D]irect link” Ebd.

„der Gehilfe Akte spezifisch darauf gerichtet zu helfen, zu ermutigen oder moralische Unterstützung zu einem Verbrechen zu leisten, ausführt und diese Unterstützung eine substantielle Wirkung auf die Tatbegehung hat.“⁵⁵

Die spezifische Richtung sei insbesondere dort, wo die Hilfeleistung geographisch oder normativ den Taten des Täters nah sei, oftmals implizit im Merkmal der substantiellen Wirkung enthalten.⁵⁶ Dem Berufungsurteil in *Perišić* zufolge habe kein Urteil des JStGH oder RStGH Grund dazu gehabt, von diesem Standard abzuweichen.⁵⁷ Folglich stellte es einen Rechtsfehler im Urteil der Hauptverfahrenskammer fest, da nicht bewiesen worden sei, dass die Taten des Angeklagten darauf abzielten, Verbrechen der Republika Srpska zu unterstützen.⁵⁸

Unternehmer werden in den allermeisten Fällen nicht persönlich am Ort der Tat sein. Insbesondere in Fällen transnational agierender Konzerne werden die Beiträge des mutmaßlichen Gehilfen weit weg vom Tatort ausgeführt werden. Dies lässt sich sowohl im Zyklon-B-Fall als auch im Fall Van Anraat erkennen. Nach der Rechtsauffassung in *Perišić* müsste den Angeklagten in beiden Verfahren also nachgewiesen werden, dass ihre Taten objektiv spezifisch darauf abzielten, die Begehung von Straftaten zu erleichtern. Im Falle Teschs vor dem BMG lässt sich dieser Umstand daraus ableiten, dass er SS-Männern beibrachte, wie das Gas am effektivsten einzusetzen war. Auch die Verurteilung Van Anraats könnte unter dem erhöhten Standard aufrechterhalten werden. Dies lässt sich daran erkennen, dass der Angeklagte bemüht war, den Bestimmungsort der Gaslieferungen geheim zu halten.⁵⁹ In Abwesenheit eines UN-Embargos war der Handel mit dem irakischen Regime nicht verboten, sodass darauf geschlossen werden kann, dass Van Anraat sich um Geheimhaltung bemühte, um die Produktion des Senfgases nicht zu gefährden.

b) Verständnis des Merkmals in den Sondervoten im *Perišić*-Berufungsurteil

Trotz des 4:1-Votums für den Freispruch sprach sich nur ein Richter für das Merkmal der spezifischen Richtung als tragenden Bestandteil des objektiven Tatbestandes der Gehilfenstrafbarkeit aus.⁶⁰

Richter Meron und Agius stellten in ihrem Sondervotum klar, dass sie dem Ergebnis der Richtermehrheit im Lichte der Präzedenzfälle des JStGH zwar folgen, die spezifische Richtung ihrer Ansicht nach aber eher dem subjektiven Tatbestand zuzuordnen sei.⁶¹ In der Tat erscheint diese Einordnung passender. Die Frage, ob eine Handlung spezifisch auf einen bestimmten Erfolg gerichtet ist, ist letztlich die Frage, nach der verfolgten Absicht.⁶² Der subjektive Tatbestand der Beihilfe nach Rechtsprechung der *Ad-hoc*-Gerichtshöfe setzt aber lediglich Wissen und keine Absicht voraus,⁶³ sodass für die Frage nach der Absicht – und gleichfalls der spezifischen Richtung – kein Platz ist.

Ähnlich hält es auch Richterin Ramarosan. Darüber hinaus hält sie es für fehlerhaft, das Kriterium nur dann zu fordern, wenn sich der mutmaßliche Gehilfe weit weg vom Tatort befindet.⁶⁴

Richter Liu dagegen lehnt das Merkmal komplett ab. Er begründet diese Haltung damit, dass dieses zwar durchaus schon Erwähnung in anderen Urteilen gefunden habe, jedoch nie angewandt worden sei, sodass die Mehrheitsentscheidung ein neues Tatbestandsmerkmal einzuführen versuche.⁶⁵

c) Ablehnung des Merkmals in Taylor und Šainović et al

In Taylor setzte sich der Sondergerichtshof für Sierra Leone (SGSL) detailliert mit dem *Perišić*-Berufungsurteil auseinander. Dabei kam es nach einer eigenen Analyse des Völkergewohnheitsrechtes zu dem Urteil, dass der JStGH irrt, als er befand, die spezifische Richtung sei ein Tatbestandsmerkmal der völkerstrafrechtlichen Gehilfenstrafbarkeit.⁶⁶ Nach Ansicht des SGSL wandte die *Perišić*-Rechtsmittelkammer kein Völkergewohnheitsrecht, sondern lediglich intern verbindliche Präzedenzfälle an.⁶⁷ Diese Fälle sprächen nicht zwangsläufig für den völkergewohnheitsrechtlichen Charakter des Kriteriums. In *Mrkšić* und *Šljivančanin* hielt eine JStGH-Rechtsmittelkammer sogar ausdrücklich fest,

„die ‚spezifische Richtung‘ ist kein wesentlicher Bestandteil des *actus reus* der Beihilfe.“⁶⁸

Diese Rechtsprechung wurde in *Lukić* und *Lukić* bestätigt.⁶⁹ Und auch ein Urteil des JStGH, das erst nach *Perišić* erging, widerspricht diesem deutlich. In *Šainović et al.* untersuchte die (anders zusammengesetzte) Rechtsmittelkammer des Gerichtes

⁵⁵ „The aider and abettor carries out acts *specifically directed* to assist, encourage or lend moral support to the perpetration of a certain specific crime [...] and this support has a substantial effect upon the perpetration of the crime.“ JStGH, *Tadić* (IT-94-1-T), Berufungsurteil, 229. Hervorhebung hinzugefügt.

⁵⁶ JStGH, *Perišić* (IT-04-81-A), Berufungsurteil, 38. *Ambos/Njikam* JCIJ 2013, 789, 805f; *Olofson*, Aiding and abetting international crimes – In the Light of International Legal Pluralism 2016 (nachfolgend: *Aiding and Abetting*), 35.

⁵⁷ JStGH, *Perišić* (IT-04-81-A), Berufungsurteil, 28. *Olofson*, Aiding and Abetting 31; *Coco/Gal*, JICJ 2014, 345, 348.

⁵⁸ JStGH, *Perišić* (IT-04-81-A), Berufungsurteil, 69.

⁵⁹ Gerichtshof Den Haag, *Van Anraat*, 11.7.

⁶⁰ *Coco/Gal*, JICJ 2014, 345, 350.

⁶¹ JStGH, *Perišić* (IT-04-81-A), Gemeinsames Sondervotum der Richter Theodor Meron und Carmel Agius, 2ff.

⁶² *Farrell* JICJ 2010, 890; *Heller*, The SCSL’s Incoherent — and Selective — Analysis of Custom, *Opinio Juris* vom 27. September 2013 <http://opiniojuris.org/2013/09/27/scsls-incoherent-selective-analysis-custom/> (zuletzt abgerufen am 16.08.2021), 12.

⁶³ JStGH, *Mrkšić und Šljivančanin* (IT-95-13/1-A), Berufungsurteil, 159; *Orić* (IT-03-68-A), Berufungsurteil, 43; RStGH, *Nahimana et al.* (ICTR-99-52-A), Berufungsurteil, 482. *Goy* Int’l Crim. L. Rev. 2012, 1, 61 m.w.N.

⁶⁴ JStGH, *Perišić* (IT-04-81-A), Sondervotum der Richterin Ramason bezüglich der Frage der spezifischen Richtung im Rahmen der Gehilfenstrafbarkeit, 7ff.

⁶⁵ JStGH, *Perišić* (IT-04-81-A), Teilweise abweichendes Sondervotum des Richters Liu, 2f.

⁶⁶ SGSL, *Taylor* (SCSL-03-01-A), Berufungsurteil, 481f. *Olofson*, Aiding and Abetting, 37.

⁶⁷ SGSL, *Taylor* (SCSL-03-01-A), Berufungsurteil, 476. *Coco/Gal*, JICJ 2014, 345, 351.

⁶⁸ “[S]pecific direction’ is not an essential ingredient of the *actus reus* of aiding and abetting.“ JStGH, *Mrkšić und Šljivančanin* (IT-95-13/1-A), Berufungsurteil, 159.

⁶⁹ JStGH, *Lukić und Lukić* (IT-98-32/1-A), Berufungsurteil, 424.

mehrere in Perišić zitierte Fälle und stellte fest, dass die spezifische Richtung in Čelebići, Tadić, Blagojević und Jokić, Blaškić und Furundžija ebenso wenig wie in Zyklon B und anderen Fällen aus der Nachkriegszeit eine Grundlage finden kann.⁷⁰

Somit ist nicht ersichtlich, dass das Merkmal der spezifischen Richtung durch die Rechtsprechung ausreichend Zustimmung erfahren hat, als dass die Rede davon sein könne, die Tribunale hätten in ihrer Funktion als Rechtserkenntnisquelle nach Artikel 38(1)(d) des Statutes des Internationalen Gerichtshofes den völkergewohnheitsrechtlichen Charakter des Merkmales erkannt, um die spezifische Richtung gemäß Artikel 21(1)(b) des Romstatutes für anwendbar zu erklären. Nach zustimmungswürdiger Ansicht der Sondervoten Merons und Agius' beziehungsweise Ramarosons lässt sich die Frage der spezifischen Richtung besser auf subjektiver Ebene lösen. Doch dabei ist eine später zu erörternde Besonderheit des Romstatutes zu beachten, aufgrund derer die Gehilfenstrafbarkeit erhöhte subjektive Anforderungen verlangt, die den Bedarf für ein objektives Kriterium der spezifischen Richtung verdrängen.

3. Grundsätze der objektiven Zurechnung

Nach einer Ansicht in der Literatur sind die Grenzen des Merkmals der substanziellen Wirkung nicht ausreichend scharf bestimmt, sodass es eine Abgrenzung zwischen strafwürdigem und strafunwürdigem Verhalten nicht leisten kann.⁷¹ Vorge schlagen wird die Anwendung der Risikoerhöhungstheorie, welche sich in der deutschen Strafrechtswissenschaft im Rahmen der objektiven Zurechnung wiederfindet. Ein kausaler Beitrag sei demnach nur strafbar, wenn er ein rechtlich missbilligtes Risiko erhöht hat, welches sich im konkreten Erfolg realisiert hat.⁷²

Mögliche Fallgruppen umfassen das Ermöglichen, das Erleichtern, das Intensivieren und das Absichern.⁷³ Dem IStGH ist diese Theorie nicht fremd. In Bemba stützte die Vorverfahrenskammer sich auf die Risikoerhöhungstheorie im Kontext der Vorgesetztenverantwortlichkeit.⁷⁴ Dennoch fand sie keinen Eingang in die jüngste Entscheidung zur Beihilfestrafbarkeit in Bemba et al.⁷⁵

Die Internationale Juristenkommission (IJK) entwickelte Kriterien, die bei der Beantwortung der Frage nach der Strafbarkeit von Unternehmen zu Rate gezogen werden können. Danach setze sich ein Unternehmen einem höheren Risiko strafrechtli-

cher Verfolgung aus, wenn es ein Verbrechen ermöglicht, verschlimmert oder erleichtert.⁷⁶ Diese Kriterien ähneln dabei stark den bereits vorgestellten, wobei das Ermöglichen der Substantialität des Beitrages, das Verschlimmern der Risikoerhöhung und das Erleichtern dem Kern der völkerstrafrechtlichen Beihilfestrafbarkeit entspricht.⁷⁷

Die Lieferung des TDG durch Van Anraat war die Voraussetzung für den Bau der irakischen Chemiewaffen, sodass jene die Kriegsverbrechen überhaupt erst ermöglichte. Im Flick-Fall kann man im Verhalten der angeklagten Geldgeber der – sich insbesondere in deren frühen Jahren in Geldnöten befindlichen – SS eine Erleichterung der Straftaten sehen, indem sie die Organisation strukturell festigten und deren Spielräume erweiterten. Das gelieferte Zyklon B war bestimmt nicht die einzige Möglichkeit, welche die Nationalsozialisten zur Massenvernichtung in Konzentrationslagern nutzen konnten; es vereinfachte den millionenfachen Mord aber erheblich und intensivierte dadurch dessen Ausmaß. Absicherungshandlungen können Unternehmer vor allem durch Geldwäsche betreiben, welche die Herkunft des Gewinns aus völkerrechtswidrigen Taten verschleiern soll.

II. Mens rea

Artikel 30(1) des Romstatutes legt fest:

„[s]ofern nichts anderes bestimmt ist, ist eine Person [...] nur dann strafrechtlich verantwortlich und strafbar, wenn die objektiven Tatbestandsmerkmale vorsätzlich und wissentlich verwirklicht werden.“⁷⁸

Durch den ersten Halbsatz wird klargestellt, dass es sich bei Artikel 30(1) des Romstatutes um eine *lex generalis* handelt, die von anderen Vorschriften überlagert werden kann.⁷⁹ Ein Beispiel für eine *lex specialis* bietet Artikel 25(3)(c) des Romstatutes, demzufolge der Gehilfe „zur Erleichterung eines solchen Verbrechens“⁸⁰ handeln muss. Also erfordert die Gehilfenstrafbarkeit strengere subjektive Voraussetzungen als die gewöhnliche *mens rea* des Artikel 30 des Romstatutes.⁸¹ Die amtliche deutsche Übersetzung scheint an dieser Stelle nicht ganz zutreffend, da sie mit ihrer Formulierung „zur Erleichterung“ das entscheidende Wort unübersetzt lässt. Ein Gehilfe kann seinen Beitrag erbringen, in dem sicheren Wissen, dass dieser „zur Erleichterung“ beiträgt, aber ohne dies zu wollen. Dies entspräche *dolus directus* zweiten Grades.⁸² Das in der englischen Fassung

⁷⁰ JStGH, *Šainović et al.* (IT-05-87-A), Berufungsurteil, 1621–1642. *Tadić* (IT-94-1-T), Berufungsurteil, 229; *Čelebići* (IT-96-21-A), Berufungsurteil, 352; *Blaškić* (IT-95-14-A), Berufungsurteil, 46; *Furundžija* (IT-95-17/1-T), Urteil, 234f.; *Blagojević und Jokić* (IT-02-60-A), Berufungsurteil, 189; LRWC, Bd. I, *Zyklon B*, 101f.

⁷¹ Cassese/Gaeta/Jones/Eser, 767, 800f; *Vest*, Völkerrechtsverbrecher, 200f; *Ambos*, VölkerStR AT, 626–635.

⁷² *Roxin*, Strafrecht AT II 2003, § 26, Rn. 210; *Roxin/Greco*, Strafrecht AT I 2020, § 11, Rn. 47; *Ambos*, Treatise on International Criminal Law, Volume I: Foundations and General Part 2013 (nachfolgend: Treatise I), 165f; Schönke/Schröder/Heine/Weißer, § 27, Rn. 5 m.w.N.

⁷³ *Roxin*, Strafrecht AT II 2003, § 26, Rn. 212; *Ambos*, VölkerStR AT, 626; *Samson*, FS Peters, 1974, 121, 134f, der auf die Gruppe des Absicherns verzichtet.

⁷⁴ IStGH, *Bemba* Anklagebestätigung (ICC-01/05-01/08-424), 425f. *Ambos/id*, Art. 25, Rn. 33.

⁷⁵ IStGH, *Bemba et al.* Berufungsurteil (ICC-01/05-01/13-2275-Red); *Bemba et al.* Urteil (ICC-01/05-01/13-1989-Red).

⁷⁶ “Enables [...], exacerbates [...], facilitates” *Clapham et al.*, Corporate Complicity & Legal Accountability. Volume 1 Facing the Facts and Charting a legal Path 2008 (nachfolgend: Corporate Complicity), 9. *Kaleck/Saage-Maaß* JCIJ 2010, 699, 721.

⁷⁷ *Ambos*, Wirtschaftsvölkerstrafrecht, 64.

⁷⁸ “Unless otherwise provided, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court only if the material elements are committed with intent and knowledge.”

⁷⁹ IStGH, *Bemba* Anklagebestätigung (ICC-01/05-01/08-424), 136; *Katanga* Urteil (ICC-01/04-01/07-3436-tENG), 770. Cassese/Gaeta/Jones/Eser, 889, 898; *Schabas*, ICC, 627.

⁸⁰ “[F]or the purpose of facilitating the commission of such a crime”.

⁸¹ IStGH, *Bemba et al.* Urteil (ICC-01/05-01/13-1989-Red), 97. *Ambos/id*, Art. 25, Rn. 34; *Werle/Jeffberger* JICJ 2005, 35, 48f.

⁸² *Roxin/Greco*, Strafrecht AT I 2020, § 12, Rn. 18f; *Kühl*, Strafrecht AT 2017, § 5, Rn. 38; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schuster, § 15, Rn. 66ff.

gebrauchte Wort *purpose* bedeutet dagegen „*der Grund, aus dem etwas getan oder erschaffen wurde oder etwas existiert*“⁸³ und wäre somit besser mit „Zweck“ oder „Absicht“ übersetzt worden. „*In der Absicht, die Begehung eines solchen Verbrechens zu erleichtern*“ wäre damit eine passendere Übersetzung, welche auch den juristischen Gehalt der Vorschrift genauer konkretisierte. Dies entspricht auch dem Verständnis des IStGH in *Bemba*, in dem das Gericht einen „*zweckgerichteten Willen*“⁸⁴ als *dolus directus* ersten Grades, also Absicht, versteht. Dieses erhöhte Vorsatzelement bezieht sich angesichts des zu fordernden doppelten Gehilfenvorsatzes⁸⁵ gemäß dem Wortlaut des Artikel 25(3)(c) des Romstatutes lediglich auf den Unterstützungs-effekt des Beihilfebeitrages.⁸⁶ Der Gehilfe muss nicht nur um den fördernden Gehalt seiner Handlung wissen, wie es der Rechtsprechung der *Ad-hoc*-Tribunale entspricht,⁸⁷ sondern diese Förderung muss das Ziel seines Handelns darstellen.⁸⁸ In Bezug auf die Haupttat genügt das Wissen, dass der Täter ein Verbrechen begehen wird, ohne dass dieses genau bestimmbar sein muss.⁸⁹ Jedoch muss der Gehilfe nicht den Vorsatz des Täters teilen; dies wird insbesondere bei Verbrechen mit *dolus specialis* wie beispielsweise dem Völkermord wichtig, der gemäß Artikel 6 des Romstatutes „*in der Absicht begangen wird*“⁹⁰ eine geschützte Gruppe zu zerstören.⁹¹

Diese hohen Anforderungen an den Gehilfenvorsatz können zu Problemen in einem Verfahren gegen einen Unternehmer führen. Daher wurden sie von Teilen der Literatur aus kriminalpolitischer Perspektive als zu hoch bezeichnet.⁹² Begründet wird dies mit dem Argument, dass wirtschaftliche Akteure mit ihrem Handeln in der Regel Profitmaximierung anstreben und nicht eines Anderen Verbrechen fördern wollten. Dem ist entgegenzuhalten, dass das Motiv einer Handlung von dessen Zweck zu trennen ist.⁹³ Ein Unternehmer, der als Bewegungsgrund und Endziel größtmöglichen Profit vor Augen hat, kann also durchaus die Förderung eines Verbrechens seines Geschäftspartners zum nötigen Zwischenziel haben, weil er nur dadurch die gewünschte Gegenleistung erhält. Solche Zwischenziele werden aber ebenfalls von der Absicht umfasst.⁹⁴ Ein Unternehmen, das es sich zum Ziel gemacht hat, Bodenschätze in einem besiedelten Gebiet zu fördern, kann daher wegen Beihilfe zu Verbrechen gegen die Menschlichkeit gemäß Artikel 7(1)(d) des Romstatutes verurteilt werden, wenn es durch Infrastruktur das staatliche Militär dabei unterstützt, die Menschen aus diesem Gebiet zu vertreiben.

Betrachtet man die Lage im Zyklon-B-Fall, so könnte Tesch durchaus vorbringen, dass er keine Absicht hegte, einen Völker-

mord an den Juden zu verüben, sondern lediglich sein Unternehmen durch den Krieg bringen wollte. Die Zusammenarbeit mit der SS und damit die Bereitstellung des Tatmittels war dazu jedoch ein notwendiges Zwischenziel, sodass der Angeklagte auch in unserer Zeit der Beihilfe schuldig gesprochen werden könnte.⁹⁵

Die Spenden im Fall Flick dienten nicht direkt dem Kauf des Giftgases. Vielmehr sollten sie sicherstellen, dass das Nazi-Regime den Unternehmern wohlgesonnen bleibt und die Beziehungen zwischen Staat und Industrie stärken. Dazu ist die Begehung von Verbrechen aber kein notwendiges Zwischenziel. Somit scheidet die Verurteilung gemäß Artikel 25(3)(c) des Romstatutes auch an dem hohen subjektiven Standard.

Obwohl es im Vergleich zur bis dato vorherrschenden Rechtsprechung im Völkerstrafrecht schwieriger werden dürfte, ist es also nicht unmöglich, *mens rea* zu etablieren. Dies gilt zumindest dort, wo das Unternehmen direkten Kontakt mit dem Völkerrechtsverbrecher hat. Je mehr Mittelsmänner an einer Lieferkette beteiligt sind, desto schwerer wird dieser Nachweis zu führen sein.⁹⁶

III. „Neutrale“ Beihilfe

In den untersuchten Fällen bestanden die Beiträge der Angeklagten stets aus dem Nachgehen ihrer Geschäfte. Die IG Farben war ein schnell wachsender Konzern, der daher nicht nur konkurrierende Betriebe übernahm, sondern auch neue Produktionsstätten eröffnete, für die aufgrund der vom Krieg gebeutelten Situation am Arbeitsmarkt ohnehin nur wenig Arbeitskräfte vorhanden waren. Rasche als Bankier vergab Kredite. Van Anraat ging dem Gashandel nach. Diese Verhaltensweisen verstoßen nicht direkt gegen strafbewehrte Gesetze. Betrachtet man das Urteil des NMG im Wilhelmstraßenprozess, drängt sich zunächst der Anschein auf, selbst ein Verstoß gegen Kriegsvölkerrecht löse keinen Strafanspruch aus. Die Aussage, die Taten des Angeklagten Rasche seien moralisch verwerflich, aber rechtlich nicht strafbar, deuten auf eine normative Betrachtung des Gerichtes hin, die neutrale Beihilfe ausschließt. Damit ließen sich die Verurteilungen in den Fällen Flick, Farben und Zyklon B jedoch nicht erklären. Der JStGH hielt in *Popović et al.* deshalb ausdrücklich fest, dass

„*die Teilnehmehandlung nicht für sich gesehen kriminell sein muss*“⁹⁷

⁸³ “The reason for which something is done or created or for which something exists.” *Watts*, Oxford English Dictionary (2012).

⁸⁴ “[P]urposeful will” IStGH, *Bemba* Anklagebestätigung (ICC-01/05-01/08-424), 358.

⁸⁵ IStGH, *Bemba et al.* Urteil (ICC-01/05-01/13-1989-Red), 97. Cassese/Gaeta/Jones/Eser, 767, 801; Wisner JCIJ 2017, 343, 349.

⁸⁶ Ebd. Ambos/id, Art. 25, Rn. 34; id. Wirtschaftsvölkerstrafrecht, 72; Farrell JCIJ 2010, 873, 882.

⁸⁷ JStGH, *Aleksovski* (IT-95-14/1-A), Berufungsurteil, 162; RStGH, *Kayishema und Ruzindana* (ICTR-95-A), Berufungsurteil, 186. Ambos, Treatise I, 131 m.w.N.

⁸⁸ IStGH, *Bemba et al.* Urteil (ICC-01/05-01/13-1989-Red), 97. Berufungsgericht der Vereinigten Staaten für den Zweiten Bezirk, *The Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy Inc.* (582 F.3d 244, 2009); Meyer ZStrR 2013, 56, 70.

⁸⁹ IStGH, *Bemba et al.* Berufungsurteil (ICC-01/05-01/13-2275-Red), 21; *Bemba et al.* Urteil (ICC-01/05-01/13-1989-Red), 98. Werle/Jeffberger, Völkerstrafrecht, 277.

⁹⁰ “[W]ith intent to destroy”.

⁹¹ Werle JICJ 2007, 935, 969; Vest JICJ 2010, 851, 861; Ambos, Treatise I, 166. Huismann/van Sliedregt JCIJ 2010, 803, 823; Burchard JCIJ 2010, 919, 941; Farrell JCIJ 2010, 873, 889; Meyer ZStrR 2013, 56, 70.

⁹² Vest JICJ 2010, 851, 861; Weigend, <http://jamesgstewart.com/how-to-interpret-complicity-in-the-icc-statute/> (zuletzt abgerufen am 16.08.2021).

⁹³ Roxin/Greco, Strafrecht AT I 2020, § 12, Rn. 10; Kühl, Strafrecht AT § 5, Rn. 35 m.w.N.

⁹⁴ Vest JICJ 2010, 851, 862.

⁹⁵ Farrell JCIJ 2010, 873, 880.

⁹⁶ “The participation does not have to be in and of itself criminal”. JStGH, *Popović et al.* (IT-05-88-A), Berufungsurteil, 1653. Stanišić und Zupljanin (IT-08-

Auch der IStGH hat die Argumentation der Verteidigung *Bembas* in *Bemba et al.* abgelehnt, die sich darauf berufen wollte, dass das Verhalten des Angeklagten keinen kriminellen Charakter aufwies.⁹⁸ Daher stellt sich die Frage nach der Grenze der Straflosigkeit.

In der deutschen Strafrechtsdogmatik ist die Lösung dieses Problems um „neutrale“ Handlungen oder „Alltagsgeschäfte“ weitgehend gelöst.⁹⁹ Ausgehend von der Theorie des „deliktischen Sinnbezuges“ wird das Problem im subjektiven Tatbestand verortet. Nach der Rechtsprechung des BGH liegt Strafbarkeit vor, wenn

„das Handeln des Haupttäters ausschließlich darauf [abzielt], eine strafbare Handlung zu begehen, und dies der Hilfeleistende [weiß], so ist sein Tatbeitrag als Beihilfehandlung zu werten. In diesem Fall verliert sein Tun stets den ‚Alltagscharakter‘; es ist als ‚Solidarisierung‘ mit dem Täter zu deuten“¹⁰⁰.

Diese auf den Förderungswillen des Teilnehmers fokussierte Rechtsprechung¹⁰¹ findet sich auch in einigen angelsächsischen Rechtsordnungen wieder.¹⁰² In *US v. Peoni* urteilte das US-Berufungsgericht für den zweiten Bezirk, dass die Definitionen der Beihilfe

„alle verlangen, dass [der Teilnehmer] sich irgendwie mit dem Unternehmen assoziiert [...]. Alle benutzten Wörter [...] implizieren eine zielstrebige Einstellung jenem gegenüber.“¹⁰³

Diese Rechtsprechung bildete das Vorbild für Sektion 2.06(3)(a) des amerikanischen Modellstrafgesetzbuches, dem Artikel 25(3)(c) des Romstatutes nahezu wortgleich nachgebildet wurde und der als Vorbild für dessen Absichtsmaßstab gilt.¹⁰⁴

Daher sollte auch im Völkerstrafrecht das Problem der „neutralen“ Handlungen über die *mens rea* gelöst werden. Dies erscheint insbesondere vor dem Hintergrund erforderlich, dass nach hier vertretener Ansicht das objektive Kriterium der spezifischen Richtung kein Tatbestandsmerkmal des Artikel 25(3)(c) des Romstatutes darstellt und die Problematik daher nicht durch den *actus reus* gelöst werden kann. Im Gegensatz zum deutschen Strafrecht, in dem der Gehilfe grundsätzlich nicht mit der Absicht der Tatförderung handeln muss,¹⁰⁵ verlangt Artikel 25(3)(c) des Romstatutes stets eine solche Absicht. Jedoch

wird es nicht immer einfach sein, die Absicht, die Begehung eines Verbrechens zu erleichtern, nachzuweisen. Der Nachweis muss selbstverständlich von Fall zu Fall erbracht werden. Handelt jemand mit Gegenständen, die schon ihrer Natur nach ein hohes Gefahrenpotenzial besitzen wie beispielsweise Waffen, können durchaus niedrigere Maßstäbe angesetzt werden als bei Gegenständen, die auch einem harmlosen Verhalten dienen können.¹⁰⁶ Das von der IJK entwickelte Kriterium der „Nähe“¹⁰⁷ kann dabei eine Indizwirkung entfalten. Dabei erinnert es an die Begründung des JStGH in *Perišić*, dass aufgrund der großen Entfernung und organisatorischen Unabhängigkeit zwischen Täter und Teilnehmer ein besonderer Begründungsaufwand besteht. Nähe zwischen einem Täter und einem Unternehmen kann sich durch geographische Nähe, wirtschaftliche und politische Beziehungen, rechtliche Verflechtungen, und Intensität, Dauer und Beschaffenheit der Beziehungen äußern.¹⁰⁸ Je näher sich Unternehmen und Täter sind, desto wahrscheinlicher erscheint eine strafbare Teilnahme; mit wachsender Entfernung sinkt die Wahrscheinlichkeit.¹⁰⁹ Dass das Nähe-Kriterium jedoch nur ein Indiz darstellen kann, zeigt ein Vergleich der Fälle *Van Anraat* und eines weiteren niederländischen Geschäftsmannes namens *Kouwenhoven*.¹¹⁰ Beide Unternehmer waren in direktem Kontakt mit Regierungsbeamten, beide Unternehmer unterhielten mehrjährige Beziehungen zu den Regimen, *Van Anraat* lebte sogar einige Zeit im Irak und *Kouwenhoven* begleitete *Taylor* auf diplomatische Missionen.¹¹¹ Jedoch konnte nur im Fall *Van Anraat* der nötige Vorsatz bewiesen werden.

IV. Zeitpunkt der Beihilfe

Nach der Rechtsprechung der *Ad-hoc*-Tribunale kann die Unterstützungsleistung des Gehilfen vor, während oder nach der Tatbegehung erbracht werden.¹¹² Im Falle der Beihilfe *ex post facto*, also nach der Tatbegehung, muss schon vor oder bei der Ausführung der Tat zwischen dem Täter und dem Teilnehmer Einigkeit bestehen, dass die Unterstützungshandlung später erbracht werden soll.¹¹³ Wie eine Verfahrenskammer der Außerordentlichen Kammern in den Gerichten von Kambodscha erklärt, liegt der Strafgrund für Beihilfe *ex post facto* darin,

„dass ein vor oder während der Begehung eines Verbrechens gemachtes Angebot, Unterstützung nach der Tat zu leisten, den Täter ermutigen oder moralisch unterstützen kann und dadurch eine substanzielle Wirkung auf die Tatbegehung hat.“¹¹⁴

91-A), Berufungsurteil, 110; JStGH, *Šainović et al* (IT-05-87-A), Berufungsurteil, 985.

⁹⁸ IStGH, *Bemba et al.* Berufungsurteil (ICC-01/05-01/13-2275-Red), 806, 810.
⁹⁹ Siehe hierzu: *Roxin*, Strafrecht AT II 2003; § 26, Rn. 218–254; *Ambos JA* 2000, 721–725; Schönke/Schröder/Heine/Weise, § 27, Rn. 9; BGH, NSTz 2001, 364ff.

¹⁰⁰ BGHSt, 46, 107, 112. BGH NJW 2014, 1098, 1100.

¹⁰¹ Hierzu schon RGSt 39, 44, 39.

¹⁰² *Rackow*, Neutrale Beihilfe als Problem des Strafrechts 2007 (nachfolgend: *Neutrale Beihilfe*), 461.

¹⁰³ “[A]ll demand that he in some sort associate himself with the venture, [...]. All the words used [...] carry an implication of purposive attitude towards it.” US Berufungsgericht (2. Bezirk), *US v. Peoni*.

¹⁰⁴ *Burchard JCIJ* 2010, 919, 940; *Rackow*, *Neutrale Beihilfe*, 460f.

¹⁰⁵ *Roxin*, Strafrecht AT II 2003; § 26, Rn. 268f; *Kühl*, Strafrecht AT 2017, § 20, Rn. 241. BGH NSTz 2007, 289, 290.

¹⁰⁶ *Kaleck/Saage-Maaß JCIJ* 2010, 699, 721.

¹⁰⁷ “[P]roximity” *Clapham et al.*, *Corporate Complicity*, 23–26.

¹⁰⁸ Ebd., 25.

¹⁰⁹ Ebd., 9. *Ambos*, *Wirtschaftsvölkerstrafrecht*, 65.

¹¹⁰ *Gerechthof Den Haag*, Urteil vom 10.03.2008, 22-004337-06, 3.

¹¹¹ *Huisman/van Sliedregt JICJ* 2010, 803, 823.

¹¹² JStGH, *Brđanin* (IT-99-36-T), Urteil, 271; *Blaškić* (IT-95-14-A), Berufungsurteil, 48; *Simić* (IT-95-9-T), Urteil, 162. *Reggio Int’l Crim. L. Rev.* 2010, 623, 638.

¹¹³ JStGH, *Blagojević und Jokić* (IT-02-60-T), Urteil, 731; *SGSL, Sessay et al.* (SCSL-04-15-T), Urteil, 278; *Taylor* (SCSL-03-01-T), Urteil, 484.

¹¹⁴ “[T]hat an offer made before or during the commission of a crime, of assistance to be provided after the fact, may encourage or morally support the perpetrator and thereby have a substantial effect on the commission of a crime.” *AKGK, Nuon und Khieu* (002/19-09-2007/ECCC/TC), Urteil, 704. *Ventura*, de *Hemptinne/Roth/van Sliedregt* [Hrsg.], *Modes of Liability in International Criminal Law* 2019, 230.

Die Einbeziehung dieser Form der Beihilfe war auf der Konferenz von Rom nicht unumstritten. Die Verfasser stellten sich die Frage, ob nicht eine eigenständige Vorschrift dafür notwendig wäre,¹¹⁵ die es letztlich nicht in das Romstatut geschafft hat. Stimmen, die sich dafür aussprachen, dass das Fehlen einer solchen Norm bedeute, das Romstatut erkenne keine sukzessive Beihilfe an,¹¹⁶ ist der IStGH in Bemba et al. nicht gefolgt und schloss sich der Rechtsprechung der UN-Tribunale an.¹¹⁷

Sukzessive Beihilfe ist auch im unternehmerischen Kontext denkbar. Insbesondere im Zusammenhang mit Blutdiamanten kann sich ein Unternehmer bereit erklären, diese zu „waschen“. Weiß der Täter davon im Voraus, kann eine Beihilfe *ex post facto* durchaus angenommen werden.

E. Beitrag zu einem Gruppenverbrechen gemäß Artikel 25(3)(d) des Romstatutes

Eine besondere Form der Teilnahme findet sich in Artikel 25(3)(d) des Romstatutes in der Teilnahme an einem Gruppenverbrechen. In objektiver Hinsicht bedarf es einerseits eines Beitrages, der „wenigstens signifikant“¹¹⁸ sein muss. Dazu tritt die Besonderheit, dass das Verbrechen nicht von einem Einzeltäter begangen werden darf, sondern gemäß dem ausdrücklichen Wortlaut von „eine[r] mit einem gemeinsamen Ziel handelnde[n] Gruppe von Personen“¹¹⁹. Solch eine Gruppe muss aus mindestens drei Personen bestehen,¹²⁰ ohne dass der Beschuldigte Teil der Gruppe sein muss.¹²¹ Der Beitrag zu einem Gruppenverbrechen rückt damit nahe an die *joint-criminal-enterprise*-Doktrin des JStGH, der ebenfalls diese besondere kriminelle Verbindung mehrerer Personen fordert und zur Einführung des Signifikanz-Standards führte.¹²² In Kvočka et al. führte er dazu aus, dass ein signifikanter Beitrag die kriminelle Unternehmung „effizient oder effektiv“¹²³ machen müsse. Zur Bestimmung dieses Maßstabes stellte der IStGH seinerseits in Mbarushimana Kriterien auf, die als Indizien helfen können. Darunter sind den Charakter der Teilnahme, Bemühungen, das Verbrechen zu verhindern oder die Position der beschuldigten Person in der Gruppe.¹²⁴

Auf subjektiver Ebene erfordert Artikel 25(3)(d) des Romstatutes Vorsatz im Sinne des Artikel 30 des Romstatutes und zusätzlich die Erfüllung eine der beiden Alternativen (i) oder (ii).¹²⁵ Das „Ziel [...], die kriminelle Tätigkeit oder die strafbare Absicht der Gruppe zu fördern“,¹²⁶ gemäß Artikel 25(3)(d)(i) des Romstatutes stellt wieder ein erhöhtes Vorsatzelement im Sinne der Absicht dar; nun bezogen auf die kriminelle Aktivität der Gruppe und nicht deren konkretes Verbrechen.¹²⁷ Laut Arti-

kel 25(3)(d)(ii) des Romstatutes reicht sogar „Kenntnis des Vorsatzes der Gruppe, das Verbrechen zu begehen“¹²⁸ für die Strafbarkeit aus, wobei der Teilnehmer kein bestimmtes Verbrechen selbst wollen muss.¹²⁹

Die Spenden im Flick-Fall wurden nach Erlangung des Wissens über die kriminellen Absichten der SS unverändert gezahlt und die Angeklagten unternahmen keinerlei Bemühungen, die Verbrechen zu vereiteln, sodass zwei der Indizien aus Mbarushimana für die Annahme eines signifikanten Beitrages sprechen. Unterstützt wird das durch das Verständnis des JStGH, denn die Spenden erweiterten den finanziellen Spielraum der SS und festigten diese als Organisation, sodass diese ihre Verbrechen mit einer Effizienz begehen konnte, die die Welt entsetzte. Als Profiteure der aggressiven Expansions- und Annexionspolitik der Nazis kann man sogar annehmen, dass die Angeklagten, durch ihre Spenden den Krieg fördern wollten. Folglich könnte eine Strafbarkeit gemäß Artikel 25(3)(d) des Romstatutes angenommen werden.

F. Zusammenfassung

Schon seit Anbeginn des Völkerstrafrechtes mussten sich Unternehmer für ihr geschäftliches Handeln verantworten. Dabei wirken entscheidende Grundsätze der frühen völkerstrafrechtlichen Rechtsprechung bis heute fort. Dazu zählen insbesondere die individuelle Verantwortlichkeit, die ein Verfahren gegen eine juristische Person ausschließt, und die Erkenntnis, dass die Tatsache, dass ein Angeklagter „nur seinen Geschäften nachging“ kein Straffreistellungsgrund darstellt. Im Unterschied zu Nürnberg gibt es heute jedoch ein deutlich ausdifferenziertes Modell der Beteiligungsformen, die eine genaue Bezeichnung als Täter oder Teilnehmer ermöglicht. Dies kann gemäß Regel 145(1)(c) der Verfahrens- und Beweisordnung bei der Bestimmung der Strafe eine Rolle spielen.¹³⁰ Am wahrscheinlichsten erscheinen Verfahren wegen Beihilfe gemäß Artikel 25(3)(c) des Romstatutes oder der Teilnahme an einem Gruppenverbrechen gemäß Artikel 25(3)(d) des Romstatutes, der als Auffangtatbestand einen objektiv geringeren Beitrag fordert als die Beihilfe. Beiden gemeinsam ist jedoch, dass nicht jede Handlung eine Strafbarkeit begründen kann, um infinitesimale Beiträge herauszufiltern, weshalb jene substanziell (Beihilfe) beziehungsweise signifikant (Teilnahme an einem Gruppenverbrechen) sein muss. Die erhöhten subjektiven Anforderungen dienen dabei als Filter, um strafbare von „neutraler“ Beihilfe zu differenzieren. Mithin besteht auch kein Bedarf, das Romstatut um wirtschaftsstrafrechtliche Tatbestände mit herabgesetzter *mens rea* zu ergänzen.¹³¹ Die Grenzen zur Straflosigkeit

¹¹⁵ Vorbereitungskomitee zur Errichtung eines IStGH, Compilation of Proposals (UN Doc A/51/22) 83; Text des Vorsitzenden (UN Doc. A/AC.249/1997/WG.2/CRP.2/Add.2.). Olásolo/Carnero Rojo, Stahn [Hrsg.] The Law and Practice of the International Criminal Court 2015 557, 582.

¹¹⁶ Schabas, ICC, 578; Cassese/Gaeta/Jones/Eser, 767, 807.

¹¹⁷ IStGH, Bemba et al. Berufungsurteil (ICC-01/05-01/13-2275-Red), 20.

¹¹⁸ “[A]t least significant” IStGH, Mbarushimana Anklagebestätigung (ICC-01/04-01/10-465-Red), 283.

¹¹⁹ “[A] group of persons acting with a common purpose.”

¹²⁰ Cassese/Gaeta/Jones/Eser, 767, 802; Werle JICJ 2007, 935, 970.

¹²¹ IStGH, Katanga Urteil (ICC-01/04-01/07-3436-tENG), 1631.

¹²² IStGH, Mbarushimana, Anklagebestätigung (ICC-01/04-01/10-465-Red), 280–283. Ambos, Law and Practice, 594.

¹²³ “[E]fficient or effective” JStGH, Kvočka et al (IT-98-30/1-T), Urteil, 309. De Falco JCIJ 2013, 715, 719f.

¹²⁴ IStGH, Mbarushimana, Anklagebestätigung (ICC-01/04-01/10-465-Red), 284. Fußnoten ausgelassen.

¹²⁵ IStGH, Ruto und Sang Anklagebestätigung (ICC-01/09-01/11-373), 351. Ambos, Treatise I, 168f.

¹²⁶ “[A]im of furthering the criminal activity or criminal purpose of the group”.

¹²⁷ Burchard, JCIJ 2010, 919, 944; Ambos/id, Art. 25, Rn. 41.

¹²⁸ “[K]nowledge of the intention of the group to commit the crime”.

¹²⁹ IStGH, Mbarushimana, Anklagebestätigung (ICC-01/04-01/10-465-Red), 289.

¹³⁰ IStGH, Lubanga Strafverkündung (ICC-01/04-01/06-2901), 51ff. Ambos/Khan Art. 78, Rn. 22.

¹³¹ Ambos, Wirtschaftsvölkerstrafrecht, 73.

keit werden durch Artikel 25(3) des Romstatutes also klar definiert und zeigen, dass die Ergebnisse des IMG, NMG und BMG auch nach heutigen Maßstäben erzielt werden könnten.

** Der Autor studiert Jura an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und ist studentische Hilfskraft am Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht Abt. III (Prof. Dr. Dr. h.c. Walter Perron). Der Artikel basiert auf einem Beitrag im Rahmen des Seminars von PD Dr. Lars Berster „Völkerstrafrecht zwischen Wunsch und Wirklichkeit“ aus dem Wintersemester 2020/2021.*

Die freie Entscheidung des deutschen Volkes über seine verfassungsmäßige Zukunft nach Art. 146 GG

Wilhelm Alexander Klett*

A. Abstract

Art. 146 GG:

„Dieses Grundgesetz, das nach der Vollendung der Einheit und Freiheit Deutschlands für das gesamte deutsche Volk gilt, verliert seine Gültigkeit an dem Tage, an dem eine Verfassung in Kraft tritt, die vom deutschen Volke in freier Entscheidung beschlossen worden ist.“

Die Schlussbestimmung unserer Verfassung ist seit ihrer Aufnahme ins Grundgesetz Gegenstand vielfältiger Meinungsverschiedenheiten gewesen, ohne dass es gelungen wäre, über ihren Bedeutungsgehalt Rechtssicherheit zu erlangen.¹ Nach Vollendung der deutschen Einheit wird die Anwendung von Art. 146 GG nun ganz überwiegend im Zusammenhang mit der Vertiefung der europäischen Union diskutiert.² Hierin muss sie sich aber nicht erschöpfen, wie nicht zuletzt das nachfolgende Zukunftsszenario zeigen soll, welches auch dazu dient, die Auslegung von Art. 146 GG neu zu beleuchten.

B. Ein ausgedachter Blick in die Zukunft³

Die Mitglieder der Bundesregierung der XX. Wahlperiode haben sich möglicherweise strafbar gemacht. Hierauf wird die Öffentlichkeit aufmerksam, als die Bundesanwaltschaft die Aufhebung der Immunität der Abgeordneten, die zugleich Mitglieder der Bundesregierung sind, beim Deutschen Bundestag beantragt. Das Regierungshandeln und die hieraus zu ziehenden Konsequenzen werden zum bestimmenden gesellschaftlichen Diskussionsthema. Während große Teile der Bevölkerung sich von der Politik abwenden, fordern andere wiederum Änderungen im politisch-rechtlichen System. Erschwerend kommt

¹ Chatziathansiou, Verfassungsstabilität, 2019, S. 7.

² Ausführlich Aust, in: v. Münch/Kunig, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2021, Art. 146 Rn. 13 ff. Statt vieler, die sich für eine Anwendbarkeit in diesem Kontext aussprechen, Zeller, Die verfassungsgebende Gewalt nach Art. 146 GG und die Vertiefung der Europäischen Union, 2012, S. 50 ff.; a.A. Hofmann, ZG 2003, 57 (68).

³ Das Szenario ist nicht willkürlich ausgewählt. Weil die Auseinandersetzung mit den ihm vorausgelagerten Strukturproblemen den Rahmen dieses Aufsatzes aber sprengen würde, soll hierzu nur so viel gesagt sein:

Die Mitglieder der Regierung und des Parlaments sind ausnahmslos Parteipolitiker. Deren Stärke liegt im Einsatz für bestimmte Anliegen. Eben von diesen voreingenommenen Personen wird aber auch eine Vertretung des ganzen Volkes verlangt (Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG). Folglich befinden sie sich in einem tiefgreifenden Konflikt zwischen den Interessen von Einzelnen, wie z.B. denen der Partei und den Interessen aller als Nation. Dieser Konflikt kann aus meiner Sicht nicht dahingehend aufgelöst werden, dass für die Wähler dauerhaft erkennbar wäre, für was sich der Betreffende im Amt entscheidet und warum.

⁴ Siehe für die Jahre 2018-Sommer 2022: Umfrage in Deutschland zum Vertrauen in politische Parteien 2022, veröffentlicht von Statista Research Depart-

ment am 10.11.2022, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/153820/umfrage/allgemeines-vertrauen-in-die-parteien/> (Stand: 19.09.2022).

hinzu, dass fast zwei Drittel der Bürgerinnen und Bürger bereits seit Jahren der Ansicht sind, dass die Parteien nicht in der Lage seien, ihre Probleme zu lösen⁴ und die Hälfte wenig bis kein Vertrauen in die Arbeit der Bundesregierung hat⁵. Diese und ähnliche Erhebungen bringen nun ständig neue Höchststände hervor. Eine schwere Störung des Vertrauensverhältnisses zwischen den Bürgern und ihren Vertretern ist damit auch zahlenmäßig nachweisbar. Daher gelingt es denen, die Veränderungen fordern, wachsende Anhängerschaften um sich zu scharen. Auch eine Verfassungsneugebung über Art. 146 GG wird ins Spiel gebracht.

Diese Entwicklung behagt den Abgeordneten des Bundestags überhaupt nicht. Man befürchtet, einem hochemotionalen, populistischen Impuls der Mehrheit zum Opfer zu fallen. Mutig und trotzig zugleich, verkünden die Abgeordneten daher, dass eine Anwendung von Art. 146 GG nur durch das Parlament erfolgen könne.

Zu Recht?

C. Der Meinungsstand

Hierfür müsste Art. 146 GG überhaupt anwendbar sein. Bereits dies wird bestritten.

I. Die These der Verfassungswidrigkeit

Eine Ansicht geht davon aus, dass es sich bei Art. 146 GG seit seiner Neufassung 1990 um „verfassungswidriges Verfassungsrecht“ handle.⁶ Gestützt wird dies darauf, dass die Norm auf eine Verfassungsgebung im Zuge der deutschen Wiedervereinigung ausgelegt gewesen sei.⁷ Diese vollzog sich jedoch über einen Beitritt der neuen Bundesländer zum Grundgesetz gem. Art. 23

ment am 10.11.2022, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/153820/umfrage/allgemeines-vertrauen-in-die-parteien/> (Stand: 19.09.2022).

⁵ Mit der rot-grün-gelben Bundesregierung war im Oktober 2022 eine Mehrheit von 69 % der Befragten wenig bis gar nicht zufrieden (Siehe hierzu: ARD-DeutschlandTREND von infratest dimap, S. 10; abrufbar unter: https://www.infratest-dimap.de/fileadmin/user_upload/DT_2211_Report.pdf (Stand: 10.11.2022); zur Entwicklung des Vertrauens in die Bundesregierung während der Corona-Pandemie: Entwicklung des Vertrauens in die Bundesregierung während der Corona-Krise 2022, veröffentlicht von Statista Research Department am 07.02.2022, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1221212/umfrage/entwicklung-des-vertrauens-in-die-bundesregierung-waehrend-der-corona-krise/> (Stand: 10.11.2022).

⁶ Bartelsberger, DVBl. 1990, 1285 (1300 f.); Hillgruber, in: Epping/ders. (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz, 52. Edition 2022, Art. 146 Rn 8.1.; Huba, Der Staat 30 (1991), 367 (373f.); Kempen, NJW 1991, 964 (967); Roellecke, NJW 1991, 2441 (2444); ders., in: Depenheuer/Grabener (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, § 13 Rn. 49.

⁷ Statt vieler Murswiek, Die verfassungsgebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1978, S. 115.

GG a.F. Indem der Gesetzgeber Art. 146 GG nicht aufhob, sondern zweckwidrig bestätigte, habe er dem Volk die Befugnis zur Aufgabe des Grundgesetzes übertragen. Diese stünde ihm indes nicht zu, weshalb er in verfassungswidriger Weise seine Befugnisse überschritten habe.⁸ Die Verfassungswidrigkeit ergebe sich außerdem aus einer unlösbaren Widersprüchlichkeit des Wortlauts.⁹

Die These von der Verfassungswidrigkeit des Art. 146 lässt sich nur aufrechterhalten, wenn eine verfassungskonforme Auslegung nicht möglich ist.¹⁰ Angesichts seines bereits in Bezug auf das Verfahren offenen Wortlauts kann dies aber nicht bejaht werden. Ferner scheidet die Behauptung, dass einziger Zweck des Art. 146 GG in der Wiedervereinigung gelegen habe, daran, dass schon der Wortlaut des Art. 146 GG a.F. hierüber keine Aussage enthielt.¹¹

Zudem ist nicht ersichtlich, weshalb allein die 1990 eingefügte Klarstellung, dass das Grundgesetz nach Vollendung der Einheit und Freiheit Deutschlands für das gesamte Volk gilt, zu einer unlösbaren Widersprüchlichkeit der Norm führen soll.¹² Art. 146 GG ist nicht so zu verstehen, dass einerseits das Grundgesetz Ausdruck der Freiheit des deutschen Volkes ist, dieses andererseits aber immer noch darauf wartet, eine neue Verfassung in freier Entscheidung beschließen zu können.¹³ Auch wenn der erste Blick vielleicht täuschen mag, enthält Art. 146 GG nach ganz überwiegend vertretener Ansicht keinen Auftrag zur Verfassungsablösung.¹⁴ Vielmehr müsste die Entscheidung im Sinne von Art. 146 GG „frei“ sein, damit das Grundgesetz einer neuen Verfassung rechtmäßig weichen würde, was aber keinesfalls bedeutet, dass das deutsche Volk sein Dasein ohne diese Entscheidung in Unfreiheit fristen müsste.

Ginge man von einer Verfassungswidrigkeit von Art. 146 GG aus, bestünde auch die Gefahr, dass die Bedürfnisse der Bürgerinnen und Bürger gegenüber der staatlichen Grundordnung missachtet werden müssten.¹⁵ Das Grundgesetz kennt nur zwei Wege für eine förmliche Änderung der Verfassungsrechtslage: Die Verfassungsänderung durch den Bundesgesetzgeber (Art. 79 GG) und Art. 146 GG. Da auf letzteres nicht zurückgegriffen werden könnte, würde sich das Grundgesetz für den ganz zu Beginn angesprochenen Fall „eines schweren politischen Versagens der Verfassungsorgane, das einen Umfang erreicht, der im Wege einer Verfassungsänderung nicht zu beseitigen ist“¹⁶ in eine Verfassung verwandeln, die zumindest nicht in der Lage wäre,

als schwerwiegende Missstände empfundene Umstände zu verhindern. Damit müsste diese Verfassung folgerichtig wenigstens teilweise gegen den Willen des deutschen Volkes aufrecht erhalten werden. Dies läge dem Grundgesetz jedoch fern (vgl. Präambel, Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 S. 1, 38 Abs. 1 S. 2, 56 S. 1, 146 GG).

Dass Art. 146 GG verfassungswidrig sein soll, vermag auch vor dem Hintergrund, dass das Bundesverfassungsgericht Art. 146 GG in ständiger Rechtsprechung als gültiges Verfassungsrecht behandelt,¹⁷ nicht zu überzeugen. Es sei darauf hingewiesen, dass dessen Entscheidungen bei der Auslegung des Grundgesetzes maßgeblich sind (vgl. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 31 BVerfGG).

II. Die These von der Funktionslosigkeit

Von anderen Autoren wird Art. 146 GG nicht als verfassungswidrig, aber als funktionslos bzw. als zu streichende Überflüssigkeit angesehen.¹⁸ Dies wird damit begründet, dass Art. 23 GG a.F. und Art. 146 GG a.F. zwei Wege zum selben Ziel gewesen seien – dem der Wiedervereinigung. Durch die Anwendung von Art. 23 GG a.F. entbehre Art. 146 GG jeglicher Funktion. Das Einzige, was Art. 146 GG entnommen werden könne, wäre der Hinweis auf das überverfassungsrechtliche und nicht zu regelnde Recht eines jeden Volkes, seine Verfassung ändern zu können.¹⁹

Bereits wenn man davon ausgeht, dass Art. 146 GG von jeher sowohl die Wiedervereinigungsfrage (Wie kann die Wiedervereinigung vollzogen werden?), als auch die Verfassungsfrage (Wie kann das Grundgesetz durch eine neue Verfassung abgelöst werden?) beinhaltete,²⁰ kommt man zu dem Schluss, dass seit 1990 nur die erste Frage, nicht jedoch die zweite beantwortet worden ist.²¹

Sieht man hingegen die Wiedervereinigung als einziges Ziel von Art. 146 GG an, so stellt sich die Frage, wie es zu beurteilen ist, dass der Gesetzgeber Art. 146 GG nicht strich, sondern bestätigte. Von einer Funktionslosigkeit kann man konsequenterweise nur ausgehen, wenn sich sämtliche Missstände, die sich durch eine Änderung des Verfassungsrechts der Bundesrepublik beheben ließen, auch durch das Änderungsverfahren gem. Art. 79 GG ausgeräumt werden könnten.

⁸ Huba, Der Staat 30 (1991), 367 (374).

⁹ Roellecke, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, § 13 Rn. 49.

¹⁰ Vgl. BVerfGE 3, 225 (233).

¹¹ Baldus, KritV 1993, 429 (432); Blasche, Die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung, 2006, S. 44; ders., VR 2010, Heft 11, 377 (383); Dreier, in: ders. (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl. 2018, Art. 146 Rn. 31; Wiederin, AöR 117 (1992), 410 (419).

¹² So i.E. auch Blasche, Die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung, 2006, S. 58.

¹³ Vgl. Badura, in: Festschrift für Konrad Redeker zum 70. Geburtstag, 1993, S. 114.

¹⁴ Statt vieler Merkel, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes, 1996, S. 101; a.A. Storst, Der Staat 29 (1990), 321 (322); Wolf, JZ 48 (1993), 594 (600).

¹⁵ Chatziathansiou (Fn. 1), S. 58 ff., 172 f. erblickt in Art. 146 GG ein Stabilisierungspotential für die verfassungsmäßige Ordnung; a.A. statt vieler Schäuble, ZG 1990, 289 (304).

¹⁶ Eggert, Verfassungsablösung, 2021, S. 163.

¹⁷ Vgl. BVerfGE 5, 85 (127); 82, 322 (342); 83, 37 (51); 89, 155 (180); 123, 267 (332); 144, 20 (197).

¹⁸ Blumenwitz, ZfP 39/1 (1992), 1 (21); Kriele, ZRP 1991, Heft 1, 1 (4); Polzin, Verfassungsidentität, 2018, S. 125; Tomuschat, VVDStRL 49 (1990), 71 (86); Waldhoff, in: Depenheuer/Grabenwarter, Verfassungstheorie, 2010, § 8 Rn. 45; Würtenberger, in: Stern (Hrsg.), Deutsche Wiedervereinigung, Band I, 1991, S. 103.

¹⁹ Siehe zum ganzen Herbst, ZRP 2012, 33 (34 f.); zu letzterem auch Radelzhofer, in: Stern (Hrsg.), Deutsche Wiedervereinigung, Band I, 1991, S. 155 f.

²⁰ Dreier (Fn. 11), Art. 146 Rn. 25; Jeand'Heur, DÖV 1990, 873 (876); Mahrenholz, Die Verfassung und das Volk, 1991, S. 27; a.A. Schwarz, JA 2015, 721 (722).

²¹ Statt vieler Dreier (Fn. 11), Art. 146 Rn. 27.

Wie bereits oben dargelegt wurde, ist dies nicht der Fall. Der von den Vertretern dieser Ansicht häufig angeführte Hinweis, dass es dem deutschen Volk in einem außerrechtlichen Vorgang selbstverständlich unbenommen sei, das Grundgesetz auch abstreifen zu können,²² geht am Zweck der Regelung des Art. 146 GG vorbei. Das Recht und insbesondere das Grundgesetz soll dem Umbruch gerade nicht hilflos gegenüberstehen, sondern mit rechtsstaatlichen Mitteln einer Heraufbeschwörung scharfer (d.h. gewaltsamer) innerstaatlicher Konflikte vorbeugen können. Zwar mag es sein, dass sich die Gewalt eines Volkes, sich eine neue Grundordnung geben zu können, einer wirksamen Verrechtlichung entziehe.²³ Dies heißt aber nicht, dass eine Verfassung nicht den Anspruch haben kann, ihre eigene Ablösung zu regeln. Von einer möglicherweise fraglichen Wirksamkeit kann nicht auf rechtliche Zwecklosigkeit oder gar Unmöglichkeit geschlossen werden.²⁴

Auch das Bundesverfassungsgericht geht bei Art. 146 GG nicht von einer funktionslosen bzw. überflüssigen Bestimmung aus, was schon dadurch ersichtlich wird, dass es jedem Bürger ein einklagbares Recht auf Teilhabe an der Verfassungsablösung (Art. 146 i.V.m. Art. 38 Abs. 1 GG) zuspricht.²⁵

III. Die These von der Bindung des Art. 146 GG an Art. 79 Abs. 3 GG

Einer dritten Ansicht zufolge handle es sich bei Art. 146 GG um eine besondere Bestimmung der Verfassungsänderung, mit der das Grundgesetz umfassend neu geregelt werden könne.²⁶ Dies führe dazu, dass die formellen und inhaltlichen Schranken von Art. 79 GG zu beachten seien.²⁷ Dem Schlussartikel könne keine Ermächtigung entnommen werden, dass der Gesetzgeber die Anforderungen des Art. 79 GG unterlaufen könne.²⁸ Es könne vor diesem Hintergrund nicht angehen, dass die klare Norm des Art. 79 Abs. 3 GG zugunsten der unbestimmten und offenen Norm der Schlussbestimmung zurückzutreten habe.²⁹ Ein Art. 146 GG ohne die inhaltlichen Schranken des Art. 79 Abs. 3 GG ermögliche das, was letzterer zu verhindern versucht:

Einer legalen Revolution das Odium (die Anrüchigkeit) des Verfassungsbruchs zu nehmen.³⁰

Das Grundgesetz als wehrhafte Demokratie und Werteordnung ist grundsätzlich so ausgelegt, dass das Problem, wie sich die inhaltlichen Grundsätze der Verfassung gegen deren Gegner

behaupten lassen, von verschiedenen Artikeln aus unterschiedlichen Blickwinkeln aufgegriffen wird.³¹

Der änderungsfeste Kern an Grundsätzen gem. 79 Abs. 3 GG (die Menschenwürde und die Menschenrechte sowie die Grundrechtsbindung des Staates und nach vorzugswürdiger Ansicht mittelbar die sonstigen Grundrechte in ihrem Menschenwürdegehalt³² gem. Art. 1 GG, die Staatsstruktur und das Widerstandsrecht gem. Art. 20 GG und die Gliederung des Bundes in Länder sowie deren Mitwirkung an der Gesetzgebung) soll die Verfassungsidentität vor Übergriffen durch die Gesetzgebungsorgane bewahren.³³ Art. 146 GG hingegen nimmt die Gefahr in den Blick, die von einer gezielt irreführenden Mehrheit der Staatsbürger für die freiheitlich demokratische Grundordnung ausgehen kann. Ihm liegt nach hier vertretener Ansicht die tiefgründige Überlegung zugrunde, dass wirklich frei entscheidende Staatsbürger die Demokratie und den freiheitlichen Rechtsstaat nicht abschaffen, denn nur in einem Staat der beides beinhaltet, können sich die beiden Kernbedürfnisse eines jeden Menschen als soziales Wesen entfalten:

Das Bedürfnis nach persönlicher Freiheit vor der Bestimmung durch andere und das Bedürfnis nach Teilhabe an und in der Gemeinschaft.³⁴

Das Tatbestandsmerkmal der „freien Entscheidung“ verdient daher besondere Beachtung (s.u.). Allein eine „freie Entscheidung“ garantiert jedoch nicht, dass diese beiden Bedürfnisse sich auch in einer zukünftigen Ordnung entfalten können. Um eine Minderheit vor einer begünstigten Mehrheit zu schützen, müssen die Grundsätze, die jedem ein Minimum an Freiheit und Mitbestimmung sichern, auch für die Verfassungsablösung nach Art. 146 GG gelten.³⁵ Letzterer darf daher als Versuch des Grundgesetzes angesehen werden, seine eigene Identität in eine neue Verfassung zu retten.³⁶ Zu beachten ist auch, dass das Grundgesetz gem. Art. 146 GG erst bei Inkrafttreten der neuen Verfassung seine Gültigkeit verliert. Folglich sind alle Verfassungsorgane an Art. 79 Abs. 3 GG gebunden, wenn sie eine Änderung der Verfassungsrechtslage über Art. 146 GG anstreben.³⁷

Außerdem ist es überzeugender, davon auszugehen, dass Art. 79 Abs. 3 GG im Rahmen von Art. 146 GG Geltung entfalten muss, wenn man wie hier davon ausgeht, dass Art. 146 GG in besonderem Maß die Interessen, Überzeugungen und Bedürf-

²² Statt vieler *Starck*, JZ 1990, 349 (354).

²³ So *Murswiek* (Fn. 7), S. 258 f.; *Möllers*, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 5 Rn. 78; a.A. *Schneider*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 2014, Band XI, § 255 Rn. 19.

²⁴ Zumal festgehalten werden kann, dass die Stabilität des Grundgesetzes über Jahrzehnte hinweg doch dafür spricht, dass sich die verfassungsgebende Gewalt des Volkes rechtlich wirksam einhegen lässt.

²⁵ BVerfGE 123, 267 (332).

²⁶ *Heckmann*, DVBl. 1991, 847 (854); *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 98. Ergänzungslieferung 2022, Art. 146 Rn. 48; *ders.*, in: Ders./Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 1 Rn. 74; *Isensee*, in: Ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 2014, Band XII, § 258 Rn. 72; *ders.*, Braucht Deutschland ein neues Grundgesetz?, 1992, S. 54; *ders.*, in: Stern (Hrsg.), Deutsche Wiedervereinigung, Band I, 1991, S. 90; *Schneider* (Fn. 23), § 255 Rn. 43; *Stern*, DtZ 1990, 289 (293 f.).

²⁷ *Speckmaier*, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Grundgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Band II, 2002, Art. 146 Rn. 19, 22.

²⁸ *Isensee*, in: Ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 2014, Band XII, § 258 Rn. 72.

²⁹ *Polzin* (Fn. 18), S. 128.

³⁰ *Roellecke*, NJW 1991, 2441 (2444).

³¹ *Vofkuhle/Kaiser*, JuS 2019, 1154 (1154).

³² Vgl. zur Gewissensfreiheit BVerfGE 23, 127 (134); grundsätzlich *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 98. Ergänzungslieferung 2022, Art. 1 Rn. 26 f.; a.A. *Dreier*, in: Ders. (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl. 2013, Art. 1 Rn. 28 ff., 162 ff. m.w.N.

³³ BVerfGE 30, 1 (24); *Hain*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 79 Rn. 30; *Polzin* (Fn. 18), S. 112 f.

³⁴ *Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 1929, S. 3, 5.

³⁵ BVerfGE 5, 85 (131 f.); *Heckmann*, DVBl. 1991, 847 (854).

³⁶ Vgl. *Scheuner*, DÖV 1953, 581 (583).

³⁷ Statt vieler *Eggert* (Fn. 16), S. 56 f.; a.A. statt vieler *Mahrenholz* (Fn. 20), S. 41 Fn. 46.

nisse der Staatsbürgerinnen und Staatsbürger in den Vordergrund stellt. Aus der Befolgung und Achtung von Art. 79 Abs. 3 GG durch die Rechtsbetroffenen über Jahrzehnte hinweg kann, sofern keine Anhaltspunkte vorliegen, die das Gegenteil nahelegen, geschlossen werden, dass Art. 79 Abs. 3 GG dem Willen des deutschen Volkes³⁸ entspricht. Es ist nicht zwingend, sondern eher abwegig, dass solche Anhaltspunkte bei einer „freien Entscheidung“ vorlägen. Eine Unbeachtlichkeit von Art. 79 Abs. 3 GG würde also zu einer Missachtung der soeben genannten schützenswerten Belange der Bürgerinnen und Bürger führen, wodurch die Anwendung von Art. 146 GG an deren innerem Ziel und Zweck vorbeiginge.

Eine uneingeschränkte Bindung an Art. 79 Abs. 3 GG ist aber nicht unproblematisch. Zum einen wird die angestrebte „freie Entscheidung“ erheblich vorbestimmt,³⁹ zum anderen enthält Art. 79 Abs. 3 GG auch Bestimmungen, die für den freiheitlich demokratischen Rechtsstaat kein Wesensmerkmal sind.⁴⁰ Um den Einzelnen nachhaltig in das staatliche Gesamtgefüge miteinbeziehen (integrieren) zu können, darf auch die Möglichkeit, grundsätzlich neue verfassungsrechtliche Wege beschreiten zu können, nicht ausgeschlossen werden. Demnach können die Integrations⁴¹- und die Schutzfunktion⁴² des Art. 146 GG in einem Spannungsverhältnis zueinander stehen. Da das Grundgesetz eine „Verfassung des verhältnismäßigen Ausgleichs“⁴³ ist, bietet sich folgende Lösung an:

Im Rahmen von Art. 146 GG findet insbesondere Art. 79 Abs. 3 GG Anwendung. Das deutsche Volk kann jedoch eine Freistellung von dieser Bindung beschließen. Dem muss jedoch der Wille des Volkes und nicht nur der Wille der Mehrheit zugrunde liegen. Darüber hinaus müssen der Umfang und die Reichweite der Befreiung genau bestimmt werden.

Zu einem ähnlichen Schluss kam auch das Bundesverfassungsgericht, als es feststellte, dass „die verfassungsgebende Gewalt [des Volkes] den Vertretern und Organen des Volkes kein Mandat [Auftrag] erteilt [habe], über die Verfassungsidentität zu verfügen.“⁴⁴ Dies legt nahe, dass das Volk eine entsprechende Mandatierung vornehmen kann. Für die Verfassungsablösung hat das Bundesverfassungsgericht eine Bindung an Art. 79 Abs. 3 GG bis jetzt offengelassen,⁴⁵ wobei es hiermit aber

durchaus liebäugelt („Ob diese Bindung schon wegen der Universalität von Würde, Freiheit und Gleichheit sogar für die verfassungsgebende Gewalt gilt [...]“⁴⁶).

IV. Die These von der Fortgeltung der Wertungen des Art. 146 GG a.F.

Schlussendlich wird angeführt, dass Art. 146 GG durch den Einigungsvertrag nur geringfügig geändert wurde. Die alten Wertungen bestünden daher fort.⁴⁷ Dies bedeute, dass Art. 146 GG, wie vom Parlamentarischen Rat vorgesehen, eine originäre (ursprüngliche) Verfassungsgebung ermögliche, bei der Art. 79 Abs. 3 GG keine Bindung entfalten könne.⁴⁸ Art. 146 GG diene dazu, dem Verfassungsgeber, der unter dem Grundgesetz nur das Volk sein könne, eine rechtliche Brücke zu einer neuen Verfassung zu bauen.⁴⁹ Auch wird vertreten, dass Art. 146 GG Ausdruck der Volkssouveränität sei, woraus sich ein jederzeitiges Recht, die Verfassung mehrheitlich und inhaltlich ungebunden abzulösen, ergebe.⁵⁰

Zunächst bleibt festzuhalten, dass Art. 146 GG a.F. nach überwiegend vertretener Auffassung die originäre Verfassungsgebung ermöglichen sollte.⁵¹ Es ist zudem wenig überzeugend, den neugefassten Art. 146 GG als völlig neue Regelung zu verstehen. Der eingefügte Relativsatz (s.o.) diene dazu, klarzustellen, dass die Vertreter der Bundesrepublik den deutschen Gesamtstaat 1990 als verwirklicht ansahen und somit von weitergehenden Gebietsansprüchen absahen.⁵² Das innerdeutsche Recht der Verfassungsablösung wurde hierdurch nicht beeinflusst.⁵³ Es spricht auch viel dafür, in Art. 146 GG eine Brücke zu einer neuen Verfassung bzw. ein Ausdruck der Volkssouveränität, also dem hoheitlichen Recht des Volkes auf Selbstbestimmung, zu erblicken. Daraus kann aber nicht gefolgert werden, dass durch Art. 146 GG eine ungezügelt Vollbelebung der Volkssouveränität stattfindet. Ansonsten wäre diese ein über der Verfassung thronendes Prinzip, dem sich das Grundgesetz gefügig zu beugen hätte.⁵⁴

Dadurch wäre im Ergebnis nicht Art. 79 Abs. 3 GG, sondern Art. 146 GG änderungsfest, was dem Wortlaut des Grundgesetzes entgegenstehen würde. Außerdem würde das Spannungsver-

³⁸ Meines Erachtens ist der Wille des Volkes das, was alle Mitglieder der staatlichen Gemeinschaft nach sorgfältiger und unbefangener Bewertung der beachtlichen Umstände und Tatsachen für grundlegend erstrebenswert ansehen.

³⁹ Moelle, Der Verfassungsbeschluss nach Artikel 146 Grundgesetz, 1996, S. 209 geht sogar so weit, der Entscheidung nach Art. 146 GG bei einer Bindung an Art. 79 Abs. 3 GG den freiheitlichen Charakter abzuspochen.

⁴⁰ Dreier, Gilt das Grundgesetz ewig?, 2009, S. 69.

⁴¹ Vgl. Stückrath, Art. 146 GG: Verfassungsablösung zwischen Legalität und Legitimität, 1997, S. 184 a.E.

⁴² Vgl. Stückrath (Fn. 41), S. 220.

⁴³ Poscher, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 3.

⁴⁴ BVerfGE 123, 267 (344).

⁴⁵ Zuletzt durch BVerfGE 144, 20 (197).

⁴⁶ BVerfGE 123, 267 (343).

⁴⁷ Zum ganzen Dreier (Fn. 11), Art. 146 Rn. 37; ders. (Fn. 40), S. 92 f.

⁴⁸ Cramer, Artikel 146 Grundgesetz zwischen offener Staatlichkeit und Identitätsbewahrung, 2014, S. 220 f.; Fischer, MDR 1994, 440 (441); Greve, in: Schmidt-Bleibtreu (Begr.), Kommentar zum Grundgesetz, 15. Aufl. 2022, Art. 146 Rn. 4; Huber, in: Sachs (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 146 Rn. 11; Merkel (Fn. 14), S. 122; Moelle (Fn. 39), S. 145 f.; Möl-

ler, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes und die Schranken der Verfassungsrevision, 2004, S. 105, 221 f.; Schilling, Der Staat 59 (2014), 95 (108); Stückrath (Fn. 41), S. 248; Unruh, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Begr.), Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 146 Rn. 15; Wiederin, AöR 117 (1992), 410 (437).

⁴⁹ Dreier (Fn. 11), Art. 146 Rn. 36.

⁵⁰ Michael, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 163. Aktualisierung 2013, Art. 146 Rn. 367.

⁵¹ Statt vieler Isensee (Fn. 28), § 258 Rn. 17. Dies geht zurück auf die Rede des damaligen Abgeordneten Dr. Schmid in der 9. Sitzung des Plenums des Parlamentarischen Rats vom 6.05.1949: „Die neue, die echte Verfassung unseres Volkes wird also nicht im Wege der Abänderung dieses Grundgesetzes geschaffen werden, sie wird originär entstehen, und nichts in diesem Grundgesetz wird die Freiheit des Gestaltungswillens unseres Volkes beschränken, wenn es sich an diese Verfassung machen wird.“ (abgedruckt in: Der Parlamentarische Rat 1948 – 1949, Band 9, 1996, S. 444).

⁵² Zur Verwirklichung von Art. 1 Abs. 4 des Vertrags über die abschließende Regelung in bezug auf Deutschland („2+4 Vertrag“, BGBl. 1990 II, S. 1320), in Kraft getreten durch Gesetz vom 12.09.1990 (BGBl. 1990 II, S. 1317 ff.); siehe hierzu Blumenwitz, NJW 1990, 3041 (3045).

⁵³ Moelle (Fn. 39), S. 125.

⁵⁴ Isensee (Fn. 28), § 258 Rn. 68.

hältnis zwischen Schutz- und Integrationsfunktion (s.o.) vollständig zugunsten letzterer aufgelöst. Als Werteordnung ist das Grundgesetz gerade keine Verfassung, die dem Willen der Mehrheit unabhängig davon, worauf er beruht und abzielt, Rechtmäßigkeit verleiht.⁵⁵ Zwar soll durch Art. 146 GG ein Änderungstau abgebaut werden können, um einer revolutionären Entladung vorzubeugen.⁵⁶ Der Schutzfunktion entsprechend ist Art. 146 GG aber als Norm zu verstehen, die verhindern soll, dass die Verfassungsidentität voreilig als Änderungstau eingestuft wird.

Auch ein Rückgriff auf eine ungebundene verfassungsgebende Gewalt des Volkes bzw. eine originäre Verfassungsgebung kann in Art. 146 GG nicht hineingelesen werden. Denn das Volk kann nicht auf der einen Seite an Art. 146 GG gebunden sein, auf der anderen Seite ungebundene Verfassungsgebung betreiben.⁵⁷ Stimmiger ist es, davon auszugehen, dass in Art. 146 GG eine rechtsstaatliche Variante der verfassungsgebenden Gewalt beheimatet ist.⁵⁸ Daher handelt es bei Art. 146 GG nicht um Verfassungsgebung im engeren Sinne, sondern um Verfassungsablösung, die vollumfänglich nach den Maßgaben des Grundgesetzes verrechtlicht ist. Ein Rückgriff auf Naturrecht, der vereinzelt angedacht wird⁵⁹, ist daher nicht notwendig.⁶⁰ Die gewünschten Beschränkungen ergeben sich nach hier vertretener Ansicht bereits aus Art. 79 Abs. 3 GG.

V. Zwischenergebnis

Wie die vorangegangene Auseinandersetzung mit dem Meinungsstand veranschaulicht hat, ist Art. 146 GG weder verfassungswidrig noch überflüssig. Seine beiden Hauptfunktionen bestehen darin, dass er einerseits die bestehende grundgesetzliche Ordnung gegen die verfassungsidentitätsfeindliche Revolution schützen und andererseits eine möglichst umfassende Teilhabe des Einzelnen an und in der staatlichen Gemeinschaft gewährleisten soll. Hieraus folgt grundsätzlich eine Bindung aller Verfassungsorgane, die im Rahmen von Art. 146 GG tätig werden, an Art. 79 Abs. 3 GG. Ist es jedoch der Wille des Volkes, dann können die Organe von der Bindung freigestellt werden.

D. Die freie Entscheidung über die verfassungsmäßige Zukunft

Zunächst fällt auf, dass eine „freie Entscheidung“ begriffslogisch voraussetzt, dass deren Ergebnis nicht vorbestimmt und

damit nicht zwingend ist. Daher kann das Ergebnis einer freien Entscheidung im Sinne von Art. 146 GG auch lauten, dass das Grundgesetz so wie es ist, bestätigt wird. Im Schlussartikel ist demnach nur die Rechtsfolge eines bestimmten Ergebnisses niedergelegt; nämlich, dass das Grundgesetz mit dem Inkrafttreten einer neuen Verfassung seine Gültigkeit verliert. Folglich ist Art. 146 GG die grundgesetzliche Verankerung von etwas, das über den Wortlaut der Regelung hinausgeht:

Die freie Entscheidung des deutschen Volkes über seine verfassungsmäßige Zukunft.

I. Die „freie“ Entscheidung

Der Parlamentarische Rat schuf das Grundgesetz 1948/49 wegen der Besetzung und Teilung Deutschlands als Provisorium (vorläufige Lösung).⁶¹ Obwohl es inhaltlich voll funktionsfähig war, sollte es mit dem Wegfall der Souveränitätsbeschränkungen, d.h. bei einer vollständigen Selbstbestimmung Deutschlands, durch eine neue Verfassung abgelöst werden.⁶² Aus diesem Grund wird die Freiheit der Entscheidung in Art. 146 GG als Freiheit des deutschen Volkes von innerem und vor allem von äußerem Zwang verstanden.⁶³ Dem alltäglichen Verfassungsleben wird seit der Wiedervereinigung eine solche Freiheit bescheinigt.⁶⁴ Das Bundesverfassungsgericht forderte die Wahrung eines „gewisse[n] Mindeststandard[s] freiheitlich-demokratischer Garantien“⁶⁵. Vielfach wird die Freiheit der Entscheidung in Art. 146 GG auch mit der Wahlfreiheit aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG gleichgesetzt.⁶⁶

Ob all dies für eine freie Entscheidung über die verfassungsmäßige Zukunft ausreicht, ist fraglich.

So verwirklicht sich in einer freien Entscheidung über die verfassungsmäßige Zukunft das Selbstbestimmungsrecht eines Volkes.⁶⁷ Von echter Selbstbestimmung⁶⁸ kann nur gesprochen werden, wenn jede Art der Fremdbestimmung ausgeschlossen ist. Da der Mensch als soziales Wesen zwangsläufig der Beeinflussung durch andere unterliegt, ist echte Selbstbestimmung unmöglich.⁶⁹ Gleichwohl kann die Fremdbestimmung auf ein Mindestmaß begrenzt werden. Hierfür ist es zunächst erforderlich, dass der Einzelne, der entscheiden soll, vollständig⁷⁰, für diesen verständlich, zutreffend und unvoreingenommen⁷¹ über den Entscheidungsgegenstand ins Bild gesetzt wird. Er muss zu-

⁵⁵ Vgl. Eggert (Fn. 16), S. 138.

⁵⁶ Isensee (Fn. 28), § 258 Rn. 69; Michael (Fn. 50), Art. 146 Rn. 634.

⁵⁷ Eggert (Fn. 16), S. 54.

⁵⁸ Eggert (Fn. 16), S. 165 f.

⁵⁹ Vgl. BVerfGE 123, 267 (343); Moelle (Fn. 39), S. 62 ff.

⁶⁰ Vgl. BVerfGE 89, 155 (180).

⁶¹ Statt vieler Bickenbach, JuS 2015, 891 (892).

⁶² Beispielhaft hierfür ist die unwidersprochene Aussage des damaligen Abgeordneten Dr. v. Brentano in seiner Rede in der 10. Sitzung des Plenums des Parlamentarischen Rats vom 8.05.1949:

„Wir alle sind uns klar - und das kommt im letzten Artikel unseres Verfassungsentwurfs zum Ausdruck -, daß das, was wir hier beschließen, zeitlich begrenzt sein soll und muß. Und wir hoffen und wünschen, daß der Tag bald kommen möge, an dem unsere ganze Arbeit sich als überholt erweisen wird, der Tag, an dem das deutsche Volk, das ganze deutsche Volk in wahrhaft freier Willensentfaltung seine eigene Staatsform und sein eigenes Staatsgrundgesetz frei und unabhängig wird beschließen können.“ (abgedruckt in: Der Parlamentarische Rat 1948 – 1949, Band 9, 1996, S. 601).

⁶³ BVerfGE 5, 85 (131 f.). Während Freiheit von äußerem Zwang als Freiheit von Besetzung und damit Souveränität nach außen verstanden wird, soll die Freiheit von innerem Zwang gegeben sein, wenn eine demokratische Willensbildung und eine offene Kommunikation stattfinden. Dies beinhaltet auch offene Diskurse und Beratungen sowie die Erörterung von Alternativen zum Grundgesetz. Siehe hierzu Dreier (Fn. 11), Art. 146 Rn. 48 f.

⁶⁴ Theurer, Die Ablösung des Grundgesetzes durch Art. 146, 2011, S. 159.

⁶⁵ BVerfGE 5, 85 (132).

⁶⁶ Statt vieler Moelle (Fn. 39), S. 58 f.

⁶⁷ Vgl. Quaritsch, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 2013, Band XI, § 229 Rn. 2.

⁶⁸ Zur Selbstbestimmung unter dem Grundgesetz Kunzendorf, Gelenkter Wille, 2021, S. 101 ff., 141.

⁶⁹ Zu den Grenzen der Selbstbestimmung Himmelmann, in: Heilinger/King/Wittwer (Hrsg.), Individualität und Selbstbestimmung, 2009, S. 325 ff.

⁷⁰ Vgl. BVerfGE 118, 277 (353).

⁷¹ Vgl. BVerfGE 44, 125 (140 f.).

dem in die Lage versetzt werden, sämtliche Folgen seiner Entscheidung abschätzen und als Vor- oder Nachteile bewerten zu können. Eine Einwirkung Dritter auf das Vorstellungsbild des Entscheidenden darf nur ausgewogen und mit Achtung vor der Entscheidungshoheit des Entscheidenden erfolgen. Unzulässig ist es daher, die Ansicht des Entscheidenden durch die eigene zu ersetzen.

Hiermit ist jedoch noch nicht gesagt, ob diese Maßstäbe auch für die Freiheit der Entscheidung gem. Art. 146 GG gelten.

Dessen Schutzfunktion dient dazu, die Bundesrepublik in ihrem Bestand und das Grundgesetz in seinem Kern zu bewahren (s.o.). Diese würde unterlaufen werden, wenn Bestrebungen, die sich gegen beides richten, sich bei ihren Bemühungen das Grundgesetz zu ersetzen, allzu schnell auf Art. 146 GG berufen könnten.⁷² Um einen möglichst wirkungsvollen Schutz zu ermöglichen, ist es daher unerlässlich, jegliche Form der gezielten Beeinflussung, auch wenn sie sich im anerkannten und üblichen Rahmen des demokratischen Kampfs um die Meinungshoheit hält, für unvereinbar mit einer freien Entscheidung im Sinne von Art. 146 GG einzustufen.

Hieraus ergibt sich auch kein Widerspruch zur Wahlfreiheit gem. Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG. Bei Wahlen findet ein Kampf um Ämter für bestimmte Personen statt.⁷³ Es lässt sich nicht vermeiden, dass die Kandidatinnen und Kandidaten sich und ihre Anliegen möglichst günstig darstellen, da schließlich ihre politische und finanzielle Zukunft davon abhängt. Hiervon unterscheidet sich aber die Entscheidung über die verfassungsmäßige Zukunft, bei der die rechtliche Grundordnung gegebenenfalls auf Jahrzehnte hinaus festgelegt wird. Es geht nicht um Personen, sondern um grundlegende Weichenstellungen. Weshalb eine Beeinflussung in eine bestimmte Richtung zulässig sein soll, erschließt sich nicht.

Auch im Hinblick auf die Integrationsfunktion kann am bisherigen festgehalten werden. Diese verfolgt das Ziel, den Einzelnen möglichst wirksam in die Entscheidung über die verfassungsmäßige Zukunft miteinzubeziehen. Notwendig wird dies, weil eine solche Entscheidung nicht vom Himmel fällt, sondern meistens die Folge eines stetigen Vertrauensverlusts in Staat und Gesellschaft ist, der durch politisches Versagen begünstigt wird.⁷⁴ Verabschieden sich zahlreiche Bürger gefühlsmäßig aus der staatlichen Gemeinschaft, ist deren ordnungsgemäßes Funktionieren gefährdet.⁷⁵ Sobald diese Bürger die Verfassungsrechtslage als Missstand empfinden und auch dem Gesetzgeber dessen Behebung nicht mehr zutrauen, können diese Bürger im Zweifel nicht mehr über eine Änderung des Grundgesetzes gem. Art. 79 GG in die staatliche Gemeinschaft reintegriert werden.

Gelingen könnte dies aber durch eine Entscheidung über die verfassungsmäßige Zukunft. Eine gewissenhafte Auseinandersetzung mit den Bedürfnissen des Einzelnen gegenüber der Ge-

meinschaft ist eine Voraussetzung, damit die Aussicht auf Wiedereinbeziehung besteht. Es besteht die Hoffnung, Skeptiker für die bestehende Ordnung gewinnen zu können, sofern deren Bedenken und die Vor- und Nachteile der verfassungsrechtlichen Verhältnisse unvoreingenommen beleuchtet werden.⁷⁶ Alle Bürger erhalten hierdurch die Gelegenheit, sich den Wert der bestehenden Ordnung bewusst zu machen. Ergibt die sachliche Bewertung der Vor- und Nachteile, dass eine Änderung der Verfassungsrechtslage ratsam ist, so eröffnet Art. 146 GG die Möglichkeit zu einer Entscheidung. Hierin liegt einer der wesentlichen integrativen Mehrwerte der freien Entscheidung über die verfassungsmäßige Zukunft gegenüber der gewöhnlichen öffentlichen Debatte.

Zusammenfassend ist es vorzugswürdig, davon auszugehen, dass es bei der „freien Entscheidung“ also darum geht, einerseits gezielte Beeinflussung, die sich unter anderem gegen die Verfassungsidentität richtet, auszuschließen⁷⁷ und andererseits die Bedürfnisse der Bürgerinnen und Bürger⁷⁸ zum Anlass für eine sachliche und unbefangene Gesamtabwägung der Verfassungsrechtslage zu nehmen. Mit anderen Worten: Es sollte die Entscheidungshoheit des deutschen Volkes bestmöglich zur Geltung gebracht werden. Gewährleistet wird dies, wenn es möglichst selbstbestimmt entscheiden kann.

II. Voraussetzungen

Unerwähnt ist bisher geblieben, unter welchen Voraussetzungen eine freie Entscheidung über die verfassungsmäßige Zukunft herbeigeführt werden könnte. Wie im Folgenden dargelegt wird, ist diese von vier Voraussetzungen abhängig. Da Art. 146 GG auf das deutsche Volk abstellt, müssten sie aus dessen Sicht vorliegen. Da ein Volk als Ganzes dies aber unmöglich feststellen könnte, obläge die Feststellung dem Hauptverfassungsorgan, das im Rahmen von Art. 146 GG tätig werden würde.

1. Missstand

Die erste Voraussetzung bezieht sich auf das objektive Bedürfnis⁷⁹ nach einer Entscheidung über die verfassungsmäßige Zukunft. Gegeben wäre dieses bei einem erheblichen unerwünschten Zustand (Missstand).

Unbedeutend ist die Art des Zustands, also ob er rechtlicher, wirtschaftlicher, politischer, usw. Natur ist. Entscheidend ist vielmehr, dass die Zustandswirklichkeit negativ von der Erwartung an den Zustand abweicht. Ferner unterscheidet sich der erhebliche vom unerheblichen unerwünschten Zustand dadurch, dass er sich auf das Verfassungsrecht zurückführen lässt. Erheblich kann nur der unerwünschte Zustand sein, der sich durch eine nicht von vornherein offensichtlich unverhältnismäßige Änderung des Verfassungsrechts beheben lässt. Dies legt den Schluss nahe, dass nur Zustände erfasst sein können, die ihre wesentli-

⁷² Eggert (Fn. 16), S. 168.

⁷³ Pieroth, JuS 2010, 473 (476).

⁷⁴ Eggert (Fn. 16), S. 164.

⁷⁵ Zur Bedeutung von Vertrauen für die Demokratie *Mishler/Rose*, *The Journal of Politics* 59/2 (1997), 418 (419).

⁷⁶ Dass jeder alles einbringen können muss, befürwortet *Haug*, *AöR* 138 (2013), 435 (449).

⁷⁷ vgl. *Michael* (Fn. 50), Art. 146 Rn. 637 ff., 646.

⁷⁸ Siehe hierzu eingehend *Arzberger/Murck/Schumacher*, *Die Bürger – Bedürfnisse, Einstellungen, Verhalten –*, 1979, S. 10 ff.

⁷⁹ Eggert (Fn. 16), S. 162.

che Ursache im Verfassungsrecht haben. Keine Berücksichtigung können auch die Zustände finden, die sich durch eine Änderung der Verfassungsrechtslage nicht beseitigen lassen, da sie jeder Rechtsordnung unabhängig von deren Ausgestaltung innewohnen.

2. Möglichkeit der Änderung der Verfassungsrechtslage

Da das Ergebnis einer freien Entscheidung über die verfassungsmäßige Zukunft im Vorfeld offen wäre, kann nicht gefordert werden, dass das deutsche Volk aufgrund des Missstands bereits auf jeden Fall eine Änderung der Verfassung oder gar eine neue Verfassung wollen muss. Es reicht vielmehr aus, wenn die Möglichkeit besteht, dass das deutsche Volk nach einer gründlichen Auseinandersetzung mit der Verfassungsrechtslage diese ändern wollen würde.⁸⁰ Demnach dürfte ein Änderungswille nicht bereits von vornherein ausgeschlossen sein. Dadurch wird sichergestellt, dass eine Anwendung der hinter Art. 146 GG stehenden Grundsätze zur „freien Entscheidung“ ausscheiden würde, wenn klar wäre, dass das deutsche Volk an der bestehenden Verfassungsrechtslage festhalten wollen würde.

3. Zuständigkeit von neuen und unabhängigen Verfassungsorganen

Des Weiteren soll die Zuständigkeit für die umfassende sowie unparteiische Auseinandersetzung mit der grundgesetzlichen Rechtsordnung und für die freie Entscheidung über die verfassungsmäßige Zukunft neuen und unabhängigen Verfassungsorganen zukommen.⁸¹

Zunächst empfiehlt sich die Übertragung der Befugnis an die bestehenden Verfassungsorgane vor dem Hintergrund einer möglichen Arbeitsüberlastung nicht. Die zum Zwecke einer freien Entscheidung umfassend und öffentlich durchgeführte Beschäftigung mit der Verfassungsrechtslage sowie den Bedürfnissen und den Ansichten der Bürgerinnen und Bürger ist aufwändig und kann Monate, wenn nicht Jahre dauern. Es könnte nicht gewährleistet werden, dass die Verfassungsorgane noch weiterhin in der Lage wären, ihre sonstigen Aufgaben ordnungsgemäß zu erfüllen. Einer Gefährdung der Funktionsfähigkeit von Bundeseinrichtungen steht die Schutzfunktion von Art. 146 GG aber entgegen.

Ferner kann auch nicht unberücksichtigt bleiben, dass eine freie Entscheidung über die verfassungsmäßige Zukunft enorme Verantwortung mit sich bringt. Ein Scheitern würde im Falle ihrer Zuständigkeit den bestehenden Organen und damit der grundgesetzlichen Ordnung auch zugerechnet werden.⁸² Der

Schaden, der für diese nachhaltig entstünde, dürfte bei einer Zuständigkeit von neuen Verfassungsorganen, deren Bestand streng mit der „freien Entscheidung“ verknüpft wäre, als geringer einzustufen sein, wodurch sich wiederum der bestmögliche Schutz der bestehenden Ordnung entfalten würde.

Auch die Systematik des Grundgesetzes spricht für die Zuständigkeit neuer Verfassungsorgane. Nach Art. 20 Abs. 2 GG wird die vom Volk ausgehende Staatsgewalt hauptsächlich nicht von diesem selbst, sondern von stellvertretenden Organen ausgeübt.⁸³ Die Änderung der Verfassung erfolgt durch den Gesetzgeber, aber für das Volk. Aus dem repräsentativ-demokratischen Charakter des Grundgesetzes und Art. 79 Abs. 2 GG ergibt sich, dass eine Änderung der Verfassungsrechtslage durch das Volk selbst zwangsläufig nachrangig wäre. Will es eine solche Änderung erreichen, ist es auf Wahlen (Art. 20 Abs. 2 S. 2 i.V.m. Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG), Demonstrationen (Art. 8 GG) und Petitionen (Art. 17 GG) verwiesen. Dies würde sich jedoch ändern, wenn der innere Grund für die Übertragung der Änderungsbefugnis an den Gesetzgeber, der darin liegt, dass die Abgeordneten mit verständiger Würdigung den Willen des Volkes ermitteln und in Recht umsetzen,⁸⁴ wegfielen.

Unter I. wurde ein Zukunftsszenario angesprochen, bei dem sich die Bundesregierung möglicherweise strafbar gemacht hätte und unklar wäre, welches Ausmaß die Verstrickungen Dritter in das Fehlverhalten der Regierung angenommen hätten. In einem solchen Fall eines schweren politischen Versagens wäre auch der Gesetzgeber nicht über jeden Zweifel erhaben. Schließlich hätte er dem Regierungshandeln zumindest kein Einhalt geboten. Je nachdem wie stark der Gesetzgeber in die Aktivitäten der Regierung eingebunden wäre, ergäbe sich mehr oder weniger eindeutig, dass er außerstande wäre, das Recht dem Willen des Volkes entsprechend zu setzen. Würde er mit der Änderung der Verfassung beauftragt, so wäre er für die Beseitigung von Missständen zuständig, die er selbst zumindest mitverursacht hätte.⁸⁵ Der Bock würde zum Gärtner werden.⁸⁶

Hier schlägt die Sternstunde von Art. 146 GG bzw. der dahinterliegenden Grundsätze. Diese kommen zum Tragen (und auch nur dann), wenn auf Art. 79 GG nicht zurückgegriffen werden kann, weil der Gesetzgeber die notwendige Änderung nicht vornehmen kann und/oder will.⁸⁷ Demnach kann der Gesetzgeber im Rahmen von Art. 146 GG aber auch nicht zuständig sein.

Wäre der Gesetzgeber aber zuständig und ginge man davon aus, dass er seinen durch Art. 20 Abs. 2 S. 2 i.V.m. Art. 79 Abs. 2 GG erteilten Auftrag gewissenhaft ausführen wollen würde, so würde dies dennoch eine Gefahr für eine „freie Entscheidung“ bedeuten.⁸⁸ Diese ist bereits in der Natur der Sache angelegt und

⁸⁰ Eingehend zur Möglichkeitstheorie *Hartmann*, JuS 2003, 897 (897 ff).

⁸¹ So i.E. auch *Michael* (Fn. 50), Art. 146 Rn. 696; a.A. statt vieler *Herdegen* (Fn. 31), Art. 146 Rn. 42; *Storost*, Der Staat 29 (1990), 321 (328) befürwortet den Ausschluss sämtlicher Verfassungsorgane.

⁸² vgl. *Aust* (Fn. 2), Art. 146 Rn. 41.

⁸³ BVerfGE 44, 308 (315).

⁸⁴ Vgl. die Aussage des damaligen Abgeordneten Dr. *Katz* in der zwölften Sitzung des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rats vom 1.12.1948: „Wir sind in diesem Fall nur deshalb gegen den Volksentscheid, weil wir glauben, daß eine so große Majorität wie die Zweidrittelmehrheit der Abgeordneten des Bundestags und die Zweidrittelmehrheit der Stimmen des Bundesrats bereits eine so

überwiegende Majorität des Volkes darstellt, daß der Volksentscheid überflüssig ist und eine unnötige Verzögerung des Verfahrens darstellt.“ (abgedruckt in: Der Parlamentarische Rat 1948 – 1949, Band 14/1, 2009, S. 364).

⁸⁵ Dies übersieht *Moelle* (Fn. 39), S. 206 bei seiner Gleichsetzung des Bundestags mit einem Verfassungsrat.

⁸⁶ *Michael* (Fn. 50), Art. 146 Rn. 587.

⁸⁷ Vgl. *Volkman*, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, 2013, S. 340.

⁸⁸ Dieses Problem sehen auch *Michael* (Fn. 50), Art. 146 Rn. 589 und *Nettesheim*, Der Staat 51 (2012), 313 (351).

nicht von einem besonders selbstsüchtigen Willen des Gesetzgebers abhängig. Bei einer freien Entscheidung über die verfassungsmäßige Zukunft ginge es zwangsläufig auch um die Verteilung von Zuständigkeiten und Befugnissen. Dies betrifft die ureigenen Interessen aller bestehenden Verfassungsorgane. Man müsste von diesen ein unmenschliches Maß an Selbstbeherrschung verlangen, wenn sie für eine „freie Entscheidung“, bei der es um die eigenen Handlungsmöglichkeiten für die Zukunft geht, zuständig wären. Die Versuchung, das Volk zu beeinflussen, wäre schließlich immens. Da der Gesetzgeber und die sonstigen Verfassungsorgane bei Art. 146 GG Richter in eigener Sache wären, können sie keine Zuständigkeit beanspruchen.⁸⁹

Darüber hinaus unterscheidet sich der alltägliche Politikbetrieb wesentlich von einer freien Entscheidung über die verfassungsmäßige Zukunft. Die gewohnten Mittel und Verhaltensweisen der politischen Vertreter des Volkes, um sich und die eigene Position durchzusetzen, stießen bei einer Entscheidung, die die Grundpfeiler von Staat und Gesellschaft festlegen, rasch an ihre Grenzen.⁹⁰ So erscheint es nicht abwegig, anzunehmen, dass zumindest die Abgeordneten bereits aus parteitaktischen Gründen außerstande wären, mit den tiefen unvoreingenommenen Interessen, Überzeugungen und Bedürfnissen des Volkes gebührend umzugehen. Auch dies spricht gegen eine Befugnis des Gesetzgebers, die Durchführung und Durchsetzung der „freien Entscheidung“ prägen zu können.

Daraus, dass die Zuständigkeit für eine freie Entscheidung über die verfassungsmäßige Zukunft demnach vorzugswürdigerweise nicht bei den bestehenden Verfassungsorganen läge,⁹¹ folgt, dass der Wille des Volkes nach einer Zuständigkeit von neuen Einrichtungen Anwendungsvoraussetzung für eine freie Entscheidung im Sinne von Art. 146 GG ist.

Darüber hinaus wäre für eine „freie Entscheidung“ die Unabhängigkeit der neuen Einrichtungen unabdingbar.⁹² Ansonsten könnten der Gesetzgeber bzw. die Bundesregierung die Verfahrenshoheit mittelbar an sich ziehen, wodurch die Gefahr entstünde, dass das Handeln der neuen Einrichtungen nicht mit dem Willen des Volkes, sondern mit dem Willen der bestehenden Verfassungsorgane übereinstimmen würde.

4. Vorteilhaftigkeit

Die vierte Voraussetzung betrifft das Wesen einer freien Entscheidung über die verfassungsmäßige Zukunft. Da es wider-

sprüchlich wäre, einerseits von einer freien Entscheidung in obigem Sinne zu sprechen und es andererseits für zulässig zu erachten, dass den Bürgerinnen und Bürgern eine Entscheidung aufgezwungen werden würde, die diese als unvorteilhaft erachteten, ergibt sich, dass nur dann eine freie Entscheidung im Sinne von Art. 146 GG vorläge, wenn die Entscheidung bei einer wertenden Gesamtwürdigung sämtlicher Umstände als vorteilhaft bezeichnet werden würde. Mindestens würde dies Verhältnismäßigkeit⁹³ voraussetzen. Grundsätzlich können die Wertungen zur „Vorteilhaftigkeit“ gem. § 107 BGB⁹⁴ herangezogen werden, so dass zusätzlich auch keine größeren Nachteile entstehen dürften. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass es nicht um den Schutz des Minderjährigen vor rechtsgeschäftlichen Folgen ginge, sondern um den Schutz der Willensbildung einer ganzen Nation im Rahmen einer Grundentscheidung, die die rechtlich-politische Grundordnung gegebenenfalls auf Jahre hinaus festlegen würde.

Daraus, dass die Vorteilhaftigkeit nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis eine Anwendungsvoraussetzung darstellt, ergibt sich, dass diese auch bei der Durchführung und Durchsetzung der freien Entscheidung über die verfassungsmäßige Zukunft vorliegen muss. Es erscheint daher folgerichtig, dass dies nicht nur die „freie Entscheidung“ selbst, sondern auch sämtliche Bedingungen und Folgen, die mit ihr in einem ursächlichen Zusammenhang stehen, erfasst.

5. Zwischenergebnis

Damit es zu einer freien Entscheidung über die verfassungsmäßige Zukunft im Sinne von Art. 146 GG kommen könnte, wären also folgende Voraussetzungen zu erfüllen:

(1) Ein Missstand, der dazu führt, dass (2) ein Änderungswille des Volkes bezogen auf das Grundgesetz im Bereich des Möglichen ist. (3) Die Zuständigkeit für eine freie Entscheidung soll neuen und unabhängigen Verfassungsorganen zukommen und (4) eine „freie Entscheidung“ ist vorteilhaft.

III. Die neuen Verfassungseinrichtungen

1. Der Nationalrat

Die Aufgabe der Durchführung und Durchsetzung der freien Entscheidung des deutschen Volkes über seine verfassungsmäßige Zukunft liegt beim Nationalrat. Er kann alle hierfür erforderlichen Maßnahmen ergreifen. Ihre Grenze findet diese Befugnis zunächst im Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der wegen

⁸⁹ *Michael* (Fn. 50), Art. 146 Rn. 589 spricht in diesem Zusammenhang davon, dass übergeordnete Interessen aller durch die Organinteressen des Gesetzgebers verdrängt werden könnten. Dennoch ist aus seiner Sicht (*Michael* (Fn. 50), Art. 146 Rn. 695) die Schaffung einer rechtlichen Grundlage durch den Gesetzgeber als „Hilfsorgan“ alternativlos.

⁹⁰ *Merkel* (Fn. 14), S. 217.

⁹¹ Nach e.A. (statt vieler *Theurer*, (Fn. 64), S. 114 f.) soll die außerparlamentarische Initiative zumindest zulässig sein. Nach a.A. (statt vieler *Herdegen* (Fn. 32), Art. 146 Rn. 41 f.) können nur die gesetzgebenden Körperschaften des Bundes eine Anwendung von Art. 146 GG ermöglichen. Deutlich in diesem Sinne ist die Stellungnahme des damaligen Bundesministers Dr. *Schäuble* in der 222. Plenarsitzung der 11. Wahlperiode des Deutschen Bundestags vom 5.09.1990: „Infolgedessen ist es wichtig, daß wir festgehalten haben — das wird durch den Zusammenhang zwischen Art. 146 des Grundgesetzes und Art. 5 des Vertrags ganz klar —, daß die Frage einer Volksabstimmung nach Art. 146 eine Frage

ist, die von den gesetzgebenden Körperschaften Bundestag und Bundesrat als eine Änderung oder Ergänzung der Verfassung, d. h. mit den Mehrheiten nach Art. 79 Abs. 2 des Grundgesetzes, entschieden werden kann und auch nur so entschieden werden kann, daß es also einen anderen Weg, zu einer Volksabstimmung nach Art. 146 des Grundgesetzes zu kommen, nicht gibt.“ (BT-Plenarprotokoll 11/222, S. 17490 f.).

⁹² So ausdrücklich für eine verfassungsgebende Nationalversammlung BVerfGE 1, 14 (61); *Michael* (Fn. 50), Art. 146 Rn. 589.

⁹³ Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz besagt, dass das staatlich gewählte Mittel grundsätzlich und in seiner konkreten Anwendung geeignet, erforderlich und angemessen im Hinblick auf den mit ihm verbundenen Eingriff ist. Angemessenheit liegt vor, wenn der Grad der Zweckerreichung den Grad der Beeinträchtigung übersteigt. Siehe hierzu umfassend *Poscher* (Fn. 43), § 3 Rn. 21 ff.

⁹⁴ Siehe hierzu *Spickhoff*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2021, § 107 Rn. 37 ff.

der Voraussetzung der Vorteilhaftigkeit auf das gesamte Verfahren nach Art. 146 GG ausstrahlt und im Grundsatz der Verfassungsorganantreue, nach dem die eigenen Befugnisse mit Rücksicht auf die anderen Verfassungsorgane auszuüben sind.⁹⁵ Aus seinem Rang als ausführendes Verfassungsorgan ergibt sich die Bindung des Nationalrats an die Grundrechte und die Rechtsordnung.⁹⁶ Er unterliegt zudem in vollem Umfang der Rechtsprechungsgewalt des Bundesverfassungsgerichts.⁹⁷ Als unabhängige Einrichtung des deutschen Volkes ist er strikt an dessen Willen gebunden. Da der Nationalrat Aufgaben der öffentlichen Verwaltung gegenüber den Bürgern wahrnimmt, ohne zugleich einem Ministerium zugeordnet zu sein, ist er eine oberste Bundesbehörde eigener Art.

Außerdem führt der Nationalrat den Nachweis über die vier Voraussetzungen, die für die gesamte Zeit bis zur endgültigen Entscheidung vorliegen müssen. Der Nachweis steht einer gerichtlichen Überprüfung offen, wobei der Nationalrat einen gewissen Einschätzungsspielraum in Bezug auf das Vorliegen der Voraussetzungen besitzt. Gelänge ihm der Nachweis nicht oder nur teilweise, verlöre er seine Existenzberechtigung. Spätestens nach der Durchsetzung der freien Entscheidung würde der Nationalrat sich auflösen.

Aufgrund der Tatsache, dass Art. 146 GG sein Verfahren nicht regelt, sondern nur dessen verfassungsrechtliche Grundnorm ist, könnte die Einrichtung des Nationalrats nicht unmittelbar hierauf gestützt werden.⁹⁸ Eine Schaffung von Verfahrensvorschriften durch ihn selbst verstieße gegen das rechtsstaatliche Verbot der Selbstermächtigung.⁹⁹ Da im Rahmen von Art. 146 GG eine Beteiligung des Gesetzgebers ausscheidet, könnte auch kein entsprechendes Bundesgesetz geschaffen werden. Daher wäre eine Grundgesetzergänzung notwendig, für die Art. 79 GG gälte.¹⁰⁰ Eine unmittelbare Geltung, insbesondere von Art. 79 Abs. 2 GG scheidet daran, dass der Gesetzgeber so die Verfahrenshoheit an sich ziehen könnte. Da das deutsche Volk als wesentlicher Akteur bei der freien Entscheidung im Sinne von Art. 146 GG einzustufen ist, ist es folgerichtig, ihm in entsprechender Anwendung von Art. 79 Abs. 2 GG die Möglichkeit zu geben, das Grundgesetz ergänzen zu können.¹⁰¹

Eine entsprechende Anwendung von Vorschriften auf andere Sachverhalte geht nur, wenn eine (planwidrige) Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage vorliegt.¹⁰² Um einer Vielzahl von möglichen zukünftigen Gegebenheiten gerecht werden zu können, wurde das Verfahren von Art. 146 GG bewusst offen gelassen.¹⁰³ Dies schließt eine Regelungslücke grundsätzlich aus. Der Gesetzgeber¹⁰⁴ und die Bundesregie-

rung¹⁰⁵ gingen jedoch davon aus, dass ersterer die Verfahrenslücke durch (Verfassungs-)Gesetz schließen kann. Wie oben gezeigt, könnte und sollte der Gesetzgeber im Rahmen von Art. 146 GG nicht tätig werden. Dies hätte dann aber die vom Gesetzgeber nicht beabsichtigte dauerhafte Unanwendbarkeit von Art. 146 GG und der dahinterliegenden Grundsätze zur Folge. Eine planwidrige Regelungslücke liegt also vor.

Auch die Interessenlage ist vergleichbar. Art. 79 Abs. 2 GG fordert für ein verfassungsänderndes Gesetz eine Zweidrittelmehrheit in Bundestag und Bundesrat. Dadurch sollen Änderungen auf einer breiten gesellschaftlichen Übereinkunft beruhen und auch nicht voreilig durchgeführt werden können.¹⁰⁶ Dies wird erst recht erreicht, wenn eine Ergänzung des Grundgesetzes von zwei Dritteln des deutschen Volkes beschlossen wird. Auch die besonderen Interessen der Bundesländer könnten so gewahrt bleiben.

Entsprechend Art. 79 Abs. 2 GG könnten die Regeln über den Nationalrat und das Verfahren nach Art. 146 GG also dadurch geschaffen werden, dass zwei Drittel der abstimmungsberechtigten Mitglieder des deutschen Volkes diese beschließen würden. Die ausdrücklich im Grundgesetz vorgesehene Möglichkeit für das Volk, die Staatsgewalt auch durch Abstimmungen (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG) auszuüben, stützt diese Vorgehensweise zusätzlich. Obwohl die Ausarbeitung der Regeln dem Nationalrat obläge, bliebe das deutsche Volk kraft seiner verfassungsbestimmenden Gewalt dessen Urheber.

Es entstünde aber ein Problem. Der Nationalrat müsste schon bestehen, doch er würde erst zu einem rechtmäßigen Bundesorgan werden, wenn das Volk entsprechende Grundgesetzergänzungen für Recht erklärte. Dieses Problem ließe sich dadurch lösen, dass der Nationalrat ein Minimum an Verfahrensregeln schon vor einer Volksabstimmung vorläufig in Kraft setzen könnte. Ihn träfe hierbei die Verpflichtung, diesen Zustand möglichst kurz zu halten. Auch bei der Ausübung von Befugnissen wäre äußerste Zurückhaltung geboten. Da die Regeln, auch wenn sie vorläufig wären, auf das Volk zurückgeführt werden würden, müsste der Nationalrat diese zurücknehmen, wenn ihnen der Wille des Volkes entgegenstünde. Sobald eine „freie Entscheidung“ über die vorläufigen Regeln möglich wäre, wären diese unverzüglich zur Abstimmung zu stellen.

Unerwähnt ist bisher geblieben, in welchem Verhältnis das Handeln des Nationalrats zum sonstigen Staatshandeln und dem Verhalten internationaler Organisationen stünde. Konflikte ergäben sich, wenn sich die letzteren nicht mit dem Willen des Volkes decken würden. Da der Nationalrat strikt daran gebunden wäre, was die Mitglieder der staatlichen Gemeinschaft für

⁹⁵ Zum Grundsatz der Verfassungsorganantreue *Degenhart*, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 37. Aufl. 2021, Rn. 804.

⁹⁶ Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG.

⁹⁷ So bzgl. einer Nationalversammlung statt vieler *Eggert* (Fn. 16), S. 214 f.; a.A. *Nettesheim*, Der Staat 51 (2012), 313 (354).

⁹⁸ *Merkel* (Fn. 14), S. 103 f. sieht in Art. 146 GG eine auszufüllende Kompetenznorm.

⁹⁹ *Michael* (Fn. 50), Art. 146 Rn. 697.

¹⁰⁰ Für eine Ausgestaltung des Verfahrens durch Verfassungsrecht ist auch (statt vieler) *Isensee* (Fn. 28), § 258 Rn. 89.

¹⁰¹ Für ein Verfassungsänderungsverfahren mit Volksbeteiligung ist auch *Masing*, Der Staat 44 (2005), 1 (12); eine entsprechende Anwendung von Art.

79 Abs. 2 GG befürwortet, wenn auch mit anderer Zielsetzung, *Stern*, in: *Ders./Schmidt-Bleibtreu* (Hrsg.), Einigungsvertrag und Wahlvertrag, 1990, S. 49.

¹⁰² Zur Analogiebildung *Wank*, Die Auslegung von Gesetzen, 6. Aufl. 2015, § 11 S. 87 ff., § 12 S. 95 ff.

¹⁰³ *Isensee* (Fn. 28), § 258 Rn. 75.

¹⁰⁴ Ausführlich bei *Wiederin*, AöR 117 (1992), 410 (434 ff.).

¹⁰⁵ BT-Drucks. 11/7760, S. 359.

¹⁰⁶ *Dreier*, in: *Ders.* (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl. 2015, Art. 79 Rn. 16.

grundlegend erstrebenswert erachteten,¹⁰⁷ ließen sich Konflikte zwischen dem Nationalrat und nationalen sowie internationalen Stellen nur auflösen, wenn dem Verhalten einer möglichen Konfliktpartei Vorrang zukäme.

An diesem Punkt kommt eine der bedeutendsten Wertungen von Art. 146 GG zum Tragen:

Wenn das Grundgesetz bereit ist, seinen Geltungsanspruch zurückzunehmen, dann kann es sich auch nicht als Ursprung allen staatlichen Seins ansehen. Dieser liegt vielmehr in den tiefsten Bedürfnissen, Interessen und Überzeugungen der Bürgerinnen und Bürger. Wie sich aus Art. 20 Abs. 2 i.V.m. Art. 146 GG ergibt, ist die Rechtsordnung Ausdruck dieser Bedürfnisgemeinschaft und erhält ihre Bedeutung und Reichweite durch die innerste Einstellung ihrer Rechtsbetroffenen. Wird ein Verfassungsorgan wie der Nationalrat in besonderem Maß mit der Wahrnehmung dessen, was Staatlichkeit ausmacht, betraut, so wäre es widersinnig, wenn der Nationalrat im Konfliktfall zurückstecken müsste, denn dadurch würde der Sinn und Zweck der „freien Entscheidung“ – wenn man so will über die Hintertür – vereitelt werden. Auf der anderen Seite erscheint ein Vorrang der Handlungen des Nationalrats unvereinbar mit den Prinzipien von Rechtsstaatlichkeit und Gewaltenteilung, denn der Nationalrat schiene bei dieser Betrachtungsweise einer Kontrolle durch sich selbst zu unterliegen.¹⁰⁸

Dies trifft jedoch in zweierlei Hinsicht nicht zu. Erstens sollte Rechtsstaatlichkeit und Gewaltenteilung nicht losgelöst von den tatsächlich tätigen Personen gedacht werden.¹⁰⁹ Wenn es also darum geht, einen förderlichen Ausgleich zwischen den Verfahren und Zuständigkeiten unterschiedlicher staatlicher Einrichtungen zu finden, sollte nicht unberücksichtigt bleiben, welche Persönlichkeiten diese Einrichtungen beleben.¹¹⁰ Ein Mehr an rechtlichen Befugnissen kann durch eine zurückhaltende und verantwortungsbewusste Amtsführung ausgeglichen werden.¹¹¹

Zweitens unterläge der Nationalrat der Bindung an den Willen des Volkes (s.o.). Dadurch ist es unwahrscheinlich, dass der Nationalrat derart in Konflikt mit anderen nationalen oder internationalen Einrichtungen geraten würde, dass sich die Vorrangfrage stellen würde. Dies wird deutlich, wenn man wie hier davon ausgeht, dass die grundgesetzliche Ordnung grundsätzlich dem Willen des Volkes entspricht. Dass der Nationalrat sich tatsächlich genötigt sähe, eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts oder ein verfassungsänderndes Gesetz des Gesetzgebers aufzuheben, wäre daher nur im äußerst unwahrscheinlichen Extremfall denkbar. Nämlich dann, wenn sich diese Verfassungsorgane über das, was alle als zutiefst erstrebenswert empfänden, kurzerhand hinwegsetzen würden, um eine freie Entscheidung des deutschen Volkes über seine verfassungsmäßige Zukunft zu verhindern.

¹⁰⁷ Geht man wie hier davon aus, dass der Nationalrat strikt an den Willen des Volkes gebunden ist, dann kann letzterer nichts sein, was jederzeitiger Schwankung unterliegt, denn ansonsten wäre die Funktionsfähigkeit der Bundesrepublik ernsthaft gefährdet.

¹⁰⁸ Vgl. *Huber*, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2021, § 6 Rn. 29.

¹⁰⁹ Vgl. *Steffani*, *Gewaltenteilung und Parteien im Wandel*, 1997, S. 20.

¹¹⁰ Vgl. *Holtmann*, PVS 45 Nr. 3 (2004), 311 (314).

2. Die Nationalversammlung

Die Nationalversammlung würde dadurch geschaffen werden, dass der Nationalrat entsprechende Grundgesetzergänzungen zur Abstimmung stellte und diese unter Wahrung der oben genannten Bedingungen angenommen werden würden. Ihre Aufgabe wäre die Ausarbeitung einer neuen Verfassung.¹¹² Hierbei würde der Nationalrat darüber wachen, dass der Willen des Volkes ausreichend Berücksichtigung fände. Auch die Nationalversammlung wäre unabhängig¹¹³, was eine unzulässige Einflussnahme Dritter auf die Ausarbeitung ausschließen würde. Auch sie unterläge der Gerichtsbarkeit des Bundesverfassungsgerichts¹¹⁴ und hätte keine Gesetzgebungs-, Regierungs- oder Rechtsprechungsbefugnisse.¹¹⁵

Weder durch die Nationalversammlung noch durch den Nationalrat würden die Befugnisse der übrigen Verfassungsorgane angetastet werden.

E. Fazit

Ganz am Anfang stand die Frage im Raum, ob die Abgeordneten Recht hätten, wenn sie behaupten würden, dass über eine Anwendung von Art. 146 GG nur der Bundestag befinden könnte. Wie die Untersuchung der in Art. 146 GG verankerten freien Entscheidung des deutschen Volkes über seine verfassungsmäßige Zukunft gezeigt hat, begegnen dem durchgreifende Bedenken. Zuständig wären vorzugswürdigerweise der Nationalrat und gegebenenfalls die Nationalversammlung. Es hat sich auch herausgestellt, dass eine „freie Entscheidung“ von vier hohen Hürden abhängig wäre. Ein Tätigwerden der neuen und unabhängigen Verfassungsorgane benötigte zudem eine Rechtsgrundlage, die vom deutschen Volk mit Zweidrittelmehrheit geschaffen werden würde.

In Betracht käme eine freie Entscheidung des deutschen Volkes über seine verfassungsmäßige Zukunft im Sinne von Art. 146 GG, deren Ursprung in der Entscheidungshoheit des Volkes liegt, daher vor allem bei einem mit dem unter I. angesprochenen Zukunftsszenarios vergleichbaren schweren und tiefgreifenden Politikversagen, welches von den allermeisten Bundesbürgerinnen und Bundesbürgern als Missstand empfunden werden würde.¹¹⁶

** Der Autor studiert Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Der Aufsatz entstand während des Studiums und der Vorbereitung auf das Erste Juristische Staatsexamen. Der Autor dankt Frederik Schindler, ebenfalls Student der Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, und Jan Martinus Berger (LL.M./Master 2), studentische Hilfskraft am Institut für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie (Abt. III, Rechtstheorie), Direktor: Prof. Dr. Matthias Jestaedt, für deren kritische Auseinandersetzung mit dem Aufsatz.*

¹¹¹ Vgl. *Möllers*, *Gewaltengliederung*, 2005, S. 88 ff., der Gewaltenteilung mit demokratischer Legitimation verknüpft.

¹¹² BVerfGE 1, 14 (61); *Merkel* (Fn. 14), S. 220.

¹¹³ BVerfGE 1, 14 (61); *Michael* (Fn. 50), Art. 146 Rn. 589.

¹¹⁴ Statt vieler *Eggert* (Fn. 16), S. 214 f.; a.A. *Nettesheim*, *Der Staat* 51 (2012), 313 (354).

¹¹⁵ *Moelle* (Fn. 39), S. 205.

¹¹⁶ In eine ähnliche Richtung tendiert auch *Greve* (Fn. 48), Art. 146 Rn. 9.

Die Online-Gründung von Gesellschaften nach DiRUG und Digitalisierungsrichtlinie

Nicolas Gerneth*

A. Abstract

Der Artikel befasst sich mit der seit dem 31.08.2022 möglichen Online-Gründung der GmbH. Diese neue Möglichkeit basiert auf der Digitalisierungsrichtlinie der EU aus dem Jahr 2019. Daher wird zunächst beleuchtet, inwiefern die Vorgaben der Digitalisierungsrichtlinie (DigRL) im Hinblick auf die Online-Gründung durch das DiRUG (Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie) umgesetzt werden. Anschließend werden die genauen Voraussetzungen der Online-Gründung erläutert. Schließlich erfolgt unter Berücksichtigung der Frage nach der Erforderlichkeit der Einbindung des Notars, einer Rechtsvergleichung sowie einer allgemeinen Bewertung des Online-Gründungsverfahrens eine Würdigung der Umsetzung der DigRL durch das DiRUG.

B. Einleitung

„Ein Europa für das digitale Zeitalter“ – so lautet eine der sechs Prioritäten der Europäischen Kommission für 2019-2024.¹ Demgemäß wurde bereits im April 2014 vorgeschlagen, dass die Mitgliedstaaten eine besondere Form der Einpersonengesellschaft (Societas Unius Personae – SUP) schaffen. Deren Gründung sollte vollständig online erfolgen.² Dieser Vorschlag wurde aber im Europäischen Parlament blockiert. Dennoch wurde das Ziel der Digitalisierung der Gesellschaftsgründung weiterverfolgt.³ Letztlich hat die Europäische Kommission zur Erreichung dieses Ziels am 25.4.2018 ein sog. Company Law Package vorgelegt.⁴

Als Teil dieses Company Law Package wurde die Richtlinie (EU) 2019/1151 (DigRL) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.6.2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132⁵ im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht (ABl. L 186 vom 11.7.2019, S. 80) erlassen.

Die deutsche Bundesregierung wurde der DigRL durch das DiRUG vom 5.7.2021 gerecht.⁶ Dem DiRUG gingen ein Referentenentwurf⁷ und ein Gesetzentwurf der Bundesregierung⁸ voraus.⁹ Es trat nun gem. Art. 31 I DiRUG am 1.8.2022 in Kraft.

Das DiRUG schafft in Deutschland erstmals die Möglichkeit einer notariellen Beurkundung mittels Videokommunikation bei der Gründung einer GmbH (§ 2 III 1 GmbHG n. F., §§ 16a ff. BeurkG n. F.).¹⁰ Diese Online-Beurkundung ist ausschließlich über ein von der Bundesnotarkammer betriebenes Videokommunikationssystem zulässig (§ 78p BNotO n. F.).¹¹ Dabei wird der Gesellschaftsvertrag mit qualifizierten elektronischen Signaturen unterzeichnet (§ 2 III 2 GmbHG n. F.).¹² Es sind aber noch weitere Voraussetzungen zu beachten.

C. Hauptteil

I. Vergleich der Digitalisierungsrichtlinie mit dem DiRUG

Zunächst sind die Vorgaben des europäischen Gesetzgebers in der DigRL mit den Regelungen des deutschen Gesetzgebers im DiRUG anhand speziellerer Oberpunkte zu vergleichen.

1. Ermöglichung der Online-Gründung a) Richtlinie

Art. 1 Nr. 5 DigRL fügt in Titel 1 Kapitel III der GesRRL Art. 13g bis 13j ein. Art. 13g I UAbs. 1 GesRRL legt allgemein fest, dass die Mitgliedstaaten gewährleisten müssen, dass eine Online-Gründung vollständig online durchgeführt werden kann, ohne dass die Antragsteller persönlich vor der nach nationalem Recht zuständigen Stelle erscheinen müssen.¹³ Die Mitgliedstaaten können die Online-Gründung auf die im Anhang IIA der GesRRL genannten Rechtsformen beschränken (Art. 13g I UAbs. 2 GesRRL).¹⁴ In Deutschland betrifft dies die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Anhang IIA der GesRRL).¹⁵

¹ Ec.europa.eu, Die Prioritäten der Europäischen Kommission, https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024_de (zuletzt abgerufen am 14.03.22).

² *Stelmaszczyk/Kienzle* GmbHHR 2021, 849, 849.

³ *Teichmann* GmbHHR 2018, 1, 5.

⁴ *Lieder* NZG 2018, 1081, 1081.

⁵ Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.6.2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts (Kodifizierter Text), ABl. L 169 vom 30.6.2017, S. 46, zuletzt geändert durch die Richtlinie (EU) 2019/2121 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.11.2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, ABl. L 321 vom 12.12.2019, S. 1; nachfolgend GesRRL.

⁶ BGBl. I S. 3338.

⁷ Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz eines Gesetzes zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG), https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_DiRUG.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt abgerufen am 21.2.22); nachfolgend RefE-DiRUG.

⁸ Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG) vom 31.3.2021, BT-Drs. 19/28177.

⁹ *Keller/Schümmer* NZG 2021, 573, 573.

¹⁰ *Knaier* GmbHHR 2021, 169, 175; *Hördt/Hornung* EWS 2022, 12, 15.

¹¹ BT-Drs. 19/28177, S. 115; RefE-DiRUG, S. 110.

¹² *Bock* RNotZ 2021, 326, 328.

¹³ *Lieder* NZG 2020, 81, 82.

¹⁴ *J. Schmidt* ZIP 2021, 112, 113.

¹⁵ *Bayer/J. Schmidt* BB 2019, 1922, 1923; *J. Schmidt* EuZW 2019, 801, 802.

Die Online-Gründung soll lediglich eine zusätzliche Option der Gesellschaftsgründung darstellen. Der europäische Gesetzgeber will dadurch ermöglichen, wirtschaftliche Aktivitäten einfacher, rascher und effizienter einleiten zu können.¹⁶

b) DiRUG

Art. 20 Nr. 2 lit. b DiRUG ändert § 2 GmbHG durch die Anfügung eines dritten Absatzes. Dieser erklärt eine notarielle Beurkundung mittels Videokommunikation für zulässig und ermöglicht so die Durchführung der Online-Gründung einer GmbH.¹⁷ Somit setzt § 2 III 1, 2 GmbHG Art. 13g I GesRRL um.

Das Verfahren zur Online-Gründung steht anderen Rechtsformen nicht zur Verfügung. Es wird also von der Opt-Out-Option des Art. 13g I UAbs. 2 GesRRL Gebrauch gemacht. Dadurch werden AG und KGaA vom Anwendungsbereich der Online-Gründung ausgeschlossen. Die Online-Gründung einer UG (haftungsbeschränkt) als Rechtsformvariante der GmbH ist dennoch möglich.¹⁸

2. Verfahren der Online-Gründung

a) Richtlinie

Für die Gestaltung des Online-Gründungsverfahrens gibt Art. 13g II GesRRL vor, dass die Mitgliedstaaten detaillierte Regelungen festlegen müssen. Dabei sind die Mindeststandards des Art. 13g III GesRRL einzuhalten.¹⁹ Dies sind insbesondere Verfahren zur Gewährleistung der erforderlichen Rechts- und Geschäftsfähigkeit der Antragsteller und ihrer Befugnis zur Vertretung der Gesellschaft (Art. 13g III lit. a GesRRL) sowie Mittel zur Überprüfung der Identität der Antragsteller gem. Art. 13b GesRRL (Art. 13g III lit. b GesRRL).²⁰ Diese Mindeststandards und Schutzmechanismen dienen der Rechtssicherheit und der Verhinderung von Missbräuchen.²¹

Zudem können die Mitgliedstaaten optional die Rolle eines Notars oder einer anderen nach nationalem Recht für die Online-Gründung von Gesellschaften zuständigen Stelle regeln (Art. 13g IV lit. c GesRRL).²² So wird dem nationalen Gesetzgeber die Flexibilität gewährt, sein System an die eigenen Bedürfnisse anzupassen und seine Rechtstraditionen im Handels- und Gesellschaftsrecht zu wahren.²³ Zudem bestätigt Art. 13c I GesRRL entsprechend dem Grundansatz der DigRL, dass nationale Rechtsvorschriften, die gemäß den Rechtsordnungen und -traditionen des Mitgliedstaats erlassen wurden, unberührt bleiben.²⁴

¹⁶ ErwG 2 DigRL; *Keller/Schümmer* NZG 2021, 573, 573; *Bormann/Stelmaszczyk* NZG 2019, 601, 602.

¹⁷ BT-Drs. 19/28177, S. 161; RefE-DiRUG, S. 162; *Linke* NZG 2021, 309, 310.

¹⁸ BT-Drs. 19/28177, S. 161; RefE-DiRUG, S. 162; *Stelmaszczyk/Kienzle* ZIP 2021, 765, 766; *Lieder* NZG 2018, 1081, 1083; *Bayer/J. Schmidt* BB 2019, 1922, 1923.

¹⁹ *Knaier* GmbH 2021, 169, 171.

²⁰ *Kindler/Jobst* DB 2019, 1550, 1551.

²¹ ErwG 3 DigRL; *Bormann/Stelmaszczyk* NZG 2019, 601, 602; *Lieder* NZG 2018, 1081, 1086.

²² *Halder* NJOZ 2020, 1505, 1507.

²³ ErwG 19 DigRL; *Bormann/Stelmaszczyk* NZG 2019, 601, 608.

²⁴ *Bormann/Stelmaszczyk* NZG 2019, 601, 608; *Lieder* NZG 2020, 81, 83.

²⁵ *Birkefeld/Schäfer* BB 2019, 2626, 2627.

Ferner können die Mitgliedstaaten die Online-Gründung ausschließen, wenn das Gesellschaftskapital der GmbH in Sachleistungen zu erbringen ist (Art. 13g IV lit. d GesRRL).²⁵

b) DiRUG

Deutschland hat gem. Art. 4 Nr. 3 DiRUG einen Unterabschnitt 3 betreffend der notariellen Beurkundung mittels Videokommunikation in das BeurkG eingefügt (§§ 16a ff. BeurkG n. F.).²⁶ Demnach wurde von Art. 13g IV lit. c GesRRL Gebrauch gemacht und bei der Online-Gründung an der bewährten Einschaltung eines Notars als „Gatekeeper“ und „Filter“ für die Registergerichte festgehalten.²⁷ Außerdem wurde die Online-Gründung einer GmbH mit Sacheinlagen richtlinienkonform ausgeschlossen (Art. 13g IV lit. d GesRRL).²⁸ Die Online-Beurkundung i. S. d. §§ 16a ff. BeurkG n. F. ist daher auf die Gründung mit Bareinlagen beschränkt.²⁹

Die §§ 16a ff. BeurkG n. F. regeln vor allem die Zulässigkeit, die Aufnahme einer elektronischen Niederschrift, die Feststellung der Beteiligten sowie den Umgang mit Nachweisen für die Vertretungsberechtigung. Folglich gestalten diese die Online-Beurkundung verfahrensrechtlich aus.³⁰

3. Identifizierung

a) Richtlinie

Als einer der Mindeststandards (Art. 13g III lit. b GesRRL i. V. m. Art. 13b GesRRL) ist die Identifizierung der Beteiligten von besonderer Bedeutung für die Sicherheit und Zuverlässigkeit der Online-Gründung.³¹ Dies gilt auch für den Mindeststandard des Art. 13g III lit. c GesRRL. Dort ist die Verpflichtung der Antragsteller normiert, die in der Verordnung (EU) Nr. 910/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates³² genannten Vertrauensdienste zu nutzen.³³

Die Mitgliedstaaten sollen also zur Stärkung des Vertrauens sicherstellen, dass entsprechend der eIDAS-VO eine sichere elektronische Identifizierung für einheimische Nutzer sowie für Nutzer aus anderen Mitgliedstaaten möglich ist. Zudem haben sie elektronische Identifizierungssysteme einzurichten, die zugelassene elektronische Identifizierungsmittel vorsehen. Dies dient der Ermöglichung der grenzüberschreitenden elektronischen Identifizierung.³⁴

Vorstehendes regelt Art. 13b GesRRL. Zusätzlich räumt Art. 13b II GesRRL den Mitgliedstaaten die Möglichkeit ein, die An-

²⁶ *Stelmaszczyk/Kienzle* ZIP 2021, 765, 766.

²⁷ *J. Schmidt* ZIP 2021, 112, 113; *Bormann* ZGR 2017, 621, 632; *Hördt/Hornung* EWS 2022, 12, 16.

²⁸ BT-Drs. 19/28177, S. 161; RefE-DiRUG, S. 162; *Stelmaszczyk/Kienzle* ZIP 2021, 765, 766.

²⁹ *Bock* RNotZ 2021, 326, 329.

³⁰ BT-Drs. 19/28177, S. 114 f.; RefE-DiRUG, S. 109.

³¹ *Keller/Schümmer* NZG 2021, 573, 575; *J. Schmidt* ZIP 2021, 112, 113.

³² Verordnung (EU) Nr. 910/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.7.2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 1999/93/EG, ABl. L 257 vom 28.8.2014, S. 73; nachfolgend eIDAS-VO.

³³ *Bormann/Stelmaszczyk* NZG 2019, 601, 607.

³⁴ ErwG 10 DigRL; *Keller/Schümmer* NZG 2021, 573, 575.

erkennung elektronischer Identifizierungsmittel, deren Sicherheitsniveau nicht Art. 6 I der eIDAS-VO entspricht, abzulehnen.³⁵

b) DiRUG

Der deutsche Gesetzgeber hat in § 16c BeurkG n. F. präzise Regelungen bezüglich der Feststellung der Identität der Beteiligten bestimmt. § 16c BeurkG n. F. zufolge erfolgt die Identifizierung im Rahmen der Online-Beurkundung zweistufig.³⁶

Auf der ersten Stufe steht die Identifizierung der Beteiligten entweder anhand eines nationalen elektronischen Identitätsnachweises (§ 16c S. 1 Nr. 1 BeurkG n. F.) oder für Beteiligte aus dem EU-Ausland anhand eines elektronischen Identifizierungsmittels (§ 16c S. 1 Nr. 2 BeurkG n. F.).³⁷ Letzteres muss gem. Art. 6 I der eIDAS-VO anerkannt werden (§ 16c S. 1 Nr. 2 lit. a BeurkG n. F.) und dem Sicherheitsniveau „hoch“ im Sinne des Art. 8 II lit. c der eIDAS-VO entsprechen (§ 16c S. 1 Nr. 2 lit. b BeurkG n. F.).³⁸ Dadurch macht das DiRUG von Art. 13b II GesRRL Gebrauch.³⁹

Auf der zweiten Stufe soll sich der Notar Gewissheit über die Person der Beteiligten mittels eines ihm elektronisch übermittelten Lichtbilds verschaffen (§ 16c S. 1 Hs. 1 BeurkG n. F.).⁴⁰ Demgemäß muss er das Erscheinungsbild eines jeden Beteiligten mit dem Lichtbild abgleichen und sich so von dessen Identität überzeugen.⁴¹ Dafür hat der Notar das ihm gem. § 16c S. 1 BeurkG n. F. übermittelte Lichtbild auszulesen (§ 16c S. 2 BeurkG n. F.).⁴² Sofern der Beteiligte dem Notar bekannt ist, kann gem. § 16c S. 3 BeurkG n. F. auf die zweite, aber nicht auf die erste Stufe verzichtet werden.⁴³

Zwar sieht Art. 13b GesRRL einen Lichtbildabgleich bzw. die Übermittlung eines elektronisch auslesbaren Lichtbilds i. S. d. § 16c S. 1, 2 BeurkG n. F. nicht unmittelbar vor.⁴⁴ Jedoch gestattet ErwG 22 DigRL ausdrücklich ergänzende elektronische Kontrollen der Identität, etwa im Rahmen von Videokonferenzen.⁴⁵ Der Abgleich eines elektronisch übermittelten auslesbaren Lichtbilds stellt gerade eine solche ergänzende elektronische Kontrolle der Identität dar.⁴⁶ Der deutsche Gesetzgeber durfte dieses Sicherheitselement also vorsehen, weil dies zur Erreichung der in Deutschland bestehenden Identifizierungsstandards erforderlich ist.⁴⁷ Somit steht der Abgleich eines elektronisch übermittelten auslesbaren Lichtbilds i. S. d. § 16c S. 1, 2 BeurkG n. F. im Einklang mit Unionsrecht.⁴⁸

³⁵ J. Schmidt ZIP 2021, 112, 113.

³⁶ Stelmaszczyk/Kienzle ZIP 2021, 765, 769; Kienzle DNotZ 2021, 590, 598.

³⁷ Hördt/Hornung EWS 2022, 12, 16; Stelmaszczyk/Kienzle GmbHHR 2021, 849, 857.

³⁸ BT-Drs. 19/28177, S. 120; Stelmaszczyk/Kienzle ZIP 2021, 765, 769 f.; Kienzle DNotZ 2021, 590, 598.

³⁹ BT-Drs. 19/28177, S. 120; RefE-DiRUG, S. 116; Bock RNotZ 2021, 326, 330.

⁴⁰ BT-Drs. 19/28177, S. 121; Hördt/Hornung EWS 2022, 12, 16; Kienzle DNotZ 2021, 590, 598.

⁴¹ BT-Drs. 19/28177, S. 121; RefE-DiRUG, S. 117; Freier NotBZ 2021, 161, 164.

⁴² BT-Drs. 19/28177, S. 121 f.; Bock RNotZ 2021, 326, 330; Meier/Szalai ZNotP 2021, 306, 313.

⁴³ Stelmaszczyk/Kienzle GmbHHR 2021, 849, 857; Kienzle DNotZ 2021, 590, 598.

⁴⁴ J. Schmidt ZIP 2021, 112, 114.

Das DiRUG setzt durch § 16c BeurkG n. F. Art. 13b I GesRRL um.⁴⁹

4. Präsenzvorbehalt

a) Richtlinie

Die Mitgliedstaaten können gem. Art. 13b IV 1 GesRRL Maßnahmen ergreifen, die die physische Anwesenheit der Gründer erfordert, wenn dies aufgrund des öffentlichen Interesses an der Verhinderung eines Identitätsmissbrauchs oder einer Identitätsänderung gerechtfertigt ist. Zudem normiert Art. 13g VIII 1 GesRRL einen derartigen Präsenzvorbehalt, wenn ein öffentliches Interesse besteht, die Einhaltung der Vorschriften über die Rechts- und Geschäftsfähigkeit und die Vertretungsbefugnis der Beteiligten sicherzustellen. Indes soll die physische Anwesenheit nur im Einzelfall verlangt werden, wenn Anhaltspunkte für einen Verdacht vorliegen (Art. 13b IV 2 GesRRL, 13g VIII 2 GesRRL). Auch muss gewährleistet sein, dass alle sonstigen Verfahrensschritte online abgeschlossen werden können (Art. 13b IV 2 GesRRL, 13g VIII 3 GesRRL).⁵⁰

Insgesamt kann die physische Anwesenheit der Gründer nur in Einzelfällen verlangt werden. Es darf zu keiner systematischen Anordnung des persönlichen Erscheinens kommen.⁵¹ Die Ausnahme darf durch die Umsetzung der Mitgliedstaaten nicht zum Regelfall werden.⁵² Die Hürden für die ausnahmsweise Anordnung der physischen Anwesenheit sind aufgrund dieses „fully online-Prinzips“ somit hoch anzusetzen.⁵³

b) DiRUG

Dem Notar steht gem. § 16a II BeurkG n. F. die Möglichkeit zu, die Online-Beurkundung im Einzelfall abzulehnen, wenn er die Erfüllung seiner Amtspflichten im Wege der Online-Beurkundung nicht gewährleisten kann. Anwendungsfälle sind Zweifel an der Identität oder der erforderlichen Rechts- oder Geschäftsfähigkeit der Person (§ 16a II BeurkG n. F.). Diese Aufzählung ist nicht abschließend. Eine Umsetzung des Vorbehalts bezüglich der Vertretungsbefugnis ist nicht erfolgt. Im Regelfall kann der Notar diese Prüfung bereits durch Einsicht in ein Register oder auf der Grundlage vorgelegter Vertretungsnachweise vornehmen.⁵⁴

⁴⁵ BT-Drs. 19/28177, S. 122; RefE-DiRUG, S. 117; Lieder NZG 2020, 81, 84; Halder NJOZ 2020, 1505, 1507.

⁴⁶ BT-Drs. 19/28177, S. 122; RefE-DiRUG, S. 117.

⁴⁷ Bormann/Stelmaszczyk NZG 2019, 601, 610; Wachter/Stelmaszczyk § 10 Rn. 2212.

⁴⁸ BT-Drs. 19/28177, S. 122; RefE-DiRUG, S. 117; J. Schmidt ZIP 2021, 112, 114; Wachter/Stelmaszczyk § 10 Rn. 2212; Bormann/Stelmaszczyk NZG 2019, 601, 610.

⁴⁹ J. Schmidt ZIP 2021, 112, 113 f.; Knaier GmbHHR 2021, 169, 176.

⁵⁰ ErwG 21 DigRL.

⁵¹ ErwG 21 DigRL; Lieder NZG 2018, 1081, 1087; Bormann/Stelmaszczyk NZG 2019, 601, 608.

⁵² Halder NJOZ 2020, 1505, 1507.

⁵³ Omlor DStR 2019, 2544, 2546.

⁵⁴ BT-Drs. 19/28177, S. 116; RefE-DiRUG, S. 111; J. Schmidt ZIP 2021, 112, 114; Kienzle DNotZ 2021, 590, 596.

Demnach steht § 16a II BeurkG n. F. im Einklang mit den Vorgaben in Art. 13b IV GesRRL, 13g VIII GesRRL.⁵⁵

5. Muster

a) Richtlinie

Art. 13h I 1 GesRRL verpflichtet die Mitgliedstaaten, eine Mustersatzung zumindest für die in Anhang IIA der GesRRL genannten Gesellschaftsformen (in Deutschland: GmbH) zur Verfügung zu stellen. Auch ist die Verwendungsmöglichkeit der Muster bei der Online-Gründung sicherzustellen (Art. 13h II UAbs. 1 S. 1 GesRRL).⁵⁶ Die Mustersatzung muss in der eigenen Amtssprache und zumindest in einer anderen in der EU gängigen Sprache angeboten werden (Art. 13h III 1 GesRRL).⁵⁷ Zudem richtet sich der Inhalt der Muster gem. Art. 13h IV GesRRL nach den Vorgaben des nationalen Rechts.⁵⁸

Im Übrigen gelten die allgemeinen Bestimmungen für das Online-Gründungsverfahren nach Art. 13g GesRRL. Denn aus dem Wortlaut und der Systematik folgt, dass Art. 13h GesRRL lediglich Sonderregeln bestimmt.⁵⁹

b) DiRUG

§ 2 III 3, 4 GmbHG n. F. ermöglichen die Verwendung von Musterprotokollen im Verfahren der Online-Gründung.⁶⁰ Auch wurde gem. Art. 20 Nr. 11 DiRUG Anlage 2 GmbHG n. F. angefügt. Diese beinhaltet jeweils ein Musterprotokoll für die Online-Gründung einer GmbH als Ein- oder Mehrpersonengesellschaft.⁶¹ Jedoch fehlt ein Muster in englischer Sprache, welches zumindest zu Informationszwecken (Art. 13h III 2 GesRRL) noch zur Verfügung gestellt werden muss.⁶²

Die neuen Musterprotokolle dienen zusammen mit § 2 III 3 GmbHG n. F. der Umsetzung von Art. 13h II 1 GesRRL.⁶³

6. Fazit

Das DiRUG setzt die DigRL entsprechend um.⁶⁴ Jedoch werden von sämtlichen Einschränkungsmöglichkeiten, die die DigRL anbietet, Gebrauch gemacht. Dies gilt vor allem für die Ausweitung des Online-Verfahrens auf andere Gesellschaftsformen sowie die Sachgründung. Es handelt sich mithin um eine Minimallösung.⁶⁵

⁵⁵ BT-Drs. 19/28177, S. 116; RefE-DiRUG, S. 111; *Linke* NZG 2021, 309, 311; dazu ausführlich *Stelmaszczyk/Kienzle* ZIP 2021, 765, 770 f., die diesbezügliche unionsrechtliche Bedenken für nicht überzeugend halten; a. A. *J. Schmidt* ZIP 2021, 112, 115.

⁵⁶ ErwG 18 DigRL; *Meier/Szalai* ZNotP 2021, 306, 307.

⁵⁷ *Schurr* EuZW 2019, 772, 778; zum Erfordernis der englischen Sprache als in der EU gängige Sprache auch nach dem Brexit *J. Schmidt* DK 2018, 229, 230; *Álvarez Royo-Villanova* ECFR 2019, 149, 171 f.; *Bormann/Stelmaszczyk* NZG 2019, 601, 611.

⁵⁸ ErwG 18 DigRL; *Knaier* GmbHHR 2021, 169, 177.

⁵⁹ *Lieder* NZG 2018, 1081, 1089; *Halder* NJOZ 2020, 1505, 1509; *Bormann/Stelmaszczyk* NZG 2019, 601, 610.

⁶⁰ BT-Drs. 19/28177, S. 162; RefE-DiRUG, S. 163.

⁶¹ *Knaier* ZNotP 2021, 241, 250; *J. Schmidt* ZIP 2021, 112, 116.

⁶² *J. Schmidt* ZIP 2021, 112, 117; *Bock* RNotZ 2021, 326, 334.

⁶³ BT-Drs. 19/28177, S. 162, 164; RefE-DiRUG, S. 163, 165; *Meier/Szalai* ZNotP 2021, 306, 316; *Stelmaszczyk/Kienzle* ZIP 2021, 765, 774.

II. Voraussetzungen der Online-Gründung

Im weiteren Fortgang sind die genauen Voraussetzungen der Online-Gründung einer GmbH zu untersuchen und die Unterschiede zur Gründung nach geltendem Recht herauszuarbeiten.

1. Gründung der GmbH nach geltendem Recht

De lege lata bedarf der Gesellschaftsvertrag bei der Gründung einer GmbH gem. § 2 I 1 GmbHG notarieller Form und somit der Beurkundung gem. § 128 BGB i. V. m. §§ 6 ff. BeurkG.⁶⁶ Zudem müssen gem. § 2 I 2 GmbHG sämtliche Gesellschafter der zu gründenden GmbH den Gesellschaftsvertrag unterzeichnen.⁶⁷ Weitere Voraussetzung für das Entstehen der GmbH (§ 11 I GmbHG) ist gem. § 7 GmbHG die Anmeldung zur Eintragung ins Handelsregister (§ 10 GmbHG) nach Leistung der Einlagen.⁶⁸ Dieser Anmeldung ist unter anderem gem. § 8 I Nr. 3 GmbHG eine von allen Geschäftsführern der GmbH unterschriebene Liste aller Gesellschafter i. S. d. § 40 GmbHG beizufügen.⁶⁹

Im Hinblick auf die Beurkundung des Gesellschaftsvertrags ist § 13 BeurkG zentral.⁷⁰ Dieser regelt, dass die Niederschrift den Beteiligten in Gegenwart des Notars vorgelesen, von ihnen genehmigt und eigenhändig unterschrieben werden muss (§ 13 I 1 Hs. 1 BeurkG). Diese drei Formvorschriften sind jeweils Mussvorschriften, deren Fehlen die Niederschrift gem. § 125 S. 1 BGB formnichtig macht.⁷¹

2. Gründung der GmbH nach künftigem Recht

De lege ferenda steht Gründern das Onlineverfahren neben dem vorstehend erläuterten traditionellen Präsenzverfahren mit persönlichem Erscheinen beim Notar zur Verfügung. Es besteht eine Wahlmöglichkeit.⁷²

a) Anwendungsbereich

§ 2 III GmbHG n. F. sieht vor, dass die notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrags auch mittels Videokommunikation erfolgen kann.⁷³ Das Verfahren der Online-Gründung ist lediglich für die GmbH eröffnet.⁷⁴ Zudem ist die Online-Gründung nur bei Bargründungen zulässig (§ 2 III 1 GmbHG n. F.).⁷⁵ Gründer können im notariellen Online-Verfahren sowohl natürliche als auch juristische Personen und Personengesellschaften sein.⁷⁶

⁶⁴ *Kienzle* DNotZ 2021, 590, 606.

⁶⁵ *Keller/Schümmer* NZG 2021, 573, 576; *Hoch* NWB 2021, 3810, 3815 f.

⁶⁶ *Michalski-GmbHG/J. Schmidt* § 2 Rn. 44; *Keller/Schümmer* NZG 2021, 573, 573.

⁶⁷ *GmbHG-K/Altmeppen* § 2 Rn. 13.

⁶⁸ *Noack/Servatius/Haas-GmbHG/Servatius* § 7 Rn. 1.

⁶⁹ *Noack/Servatius/Haas-GmbHG/Servatius* § 8 Rn. 7.

⁷⁰ *Keller/Schümmer* NZG 2021, 573, 573.

⁷¹ *Armbrüster/Preuß/Renner-K/Renner* § 13 BeurkG Rn. 1; *Beck-online* Großkommentar-BeurkG/*Seebach/Rachlitz* § 13 Rn. 13; *Eylmann/Vaasen-K/Limmer* § 13 BeurkG Rn. 1.

⁷² BT-Drs. 19/28177, S. 115; RefE-DiRUG, S. 110; *Herrler/Kienzle* § 18a Rn. 20; *Freier* NotBZ 2021, 161, 165.

⁷³ *Knaier* GmbHHR 2021, 169, 172.

⁷⁴ *Heckschen/Knaier* NZG 2021, 1093, 1094; *Linke* NZG 2021, 309, 310.

⁷⁵ *J. Schmidt* ZIP 2021, 112, 113; *Keller/Schümmer* NZG 2021, 573, 574.

⁷⁶ *Stelmaszczyk/Kienzle* ZIP 2021, 765, 771; *Kienzle* DNotZ 2021, 590, 599.

Der Anwendungsbereich des § 2 III GmbHG n. F. erfasst Gründungen von Ein- oder Mehrpersonengesellschaften.⁷⁷

§ 2 III 1 GmbHG n. F. verweist auf §§ 16a bis 16e BeurkG n. F., um die Online-Gründung zu ermöglichen. Spiegelbildlich erlaubt § 16a I BeurkG n. F. die Online-Beurkundung nur, soweit sie durch § 2 III GmbHG n. F. explizit gestattet wird.⁷⁸ Somit ist die Online-Beurkundung lediglich im Falle der Gründung einer GmbH und die Online-Gründung der GmbH nur mittels der Online-Beurkundung i. S. d. §§ 16a bis 16e BeurkG n. F. möglich.⁷⁹

b) Gesellschafterbeschlüsse

Neben dem Gesellschaftsvertrag können gem. § 2 III 1 GmbHG n. F. im Rahmen der Gründung der Gesellschaft gefasste Beschlüsse der Gesellschafter gem. §§ 16a ff. BeurkG n. F. online beurkundet werden.⁸⁰ Die Regelung umfasst Beschlüsse, die mit der Gründung im engen Zusammenhang stehen oder für diese erforderlich sind.⁸¹ Das DiRUG ordnet kein Formerfordernis für derartige Beschlüsse an, sondern wird der gegenwärtigen Praxis der gemeinsamen Beurkundung von Gesellschaftsvertrag und Gesellschafterbeschlüssen in einer notariellen Urkunde gerecht.⁸²

§ 2 III 1 GmbHG n. F. erfasst Beschlüsse über die Bestellung von Geschäftsführern, die Festlegung von deren Vertretungsbefugnis und eine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB.⁸³ Weiterhin ist der Beschluss über eine Geschäftsordnung der Geschäftsführung oder die Befreiung eines Gesellschafters vom Wettbewerbsverbot zulässig.⁸⁴ Dies ist das Ergebnis, wenn die Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse zu Geschäftsführern als mit der Gründung in einem engen Zusammenhang stehend angesehen wird. Stellt man hingegen auf einen natürlichen Zusammenhang mit der Gründung ab, so sind sogar die Erteilung einer umfassenden Vertretungsmacht der Geschäftsführer der Vor-GmbH sowie die Bestellung von Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten (§ 46 Nr. 7 GmbHG) erfasst.⁸⁵

Im Gegensatz dazu ist die Online-Beurkundung für Beschlüsse über Kapitalmaßnahmen oder Umwandlungsvorgänge ausgeschlossen.⁸⁶ Diese führen zu einer Änderung der im Rahmen der Gründung vereinbarten Satzung und zielen somit nicht auf die tatsächliche Gründung ab. Daher besteht kein enger innerer Zusammenhang mit der Gründung.⁸⁷ Ferner ist der in der Praxis häufig verwendete Beteiligungsvertrag, der die Vereinbarungen der Gesellschafter integriert und so die Publizität des Handelsregisters vermeiden will, aufgrund der zahlreichen schuldrechtlichen Vereinbarungen kein Beschluss i. S. d. § 2 III 1 GmbHG n. F.⁸⁸ Werden derartige, nicht von § 2 III 1 GmbHG

n. F. umfasste Gesellschafterbeschlüsse online mitbeurkundet, leiden diese an einem Formmangel und sind nach § 125 BGB nichtig.⁸⁹

c) Videokommunikationssystem

Die Online-Beurkundung ist gem. § 16a I BeurkG n. F. ausschließlich über ein von der Bundesnotarkammer betriebenes Videokommunikationssystem zulässig.⁹⁰ Die Notare können für diese keine anderen auf dem Markt angebotenen Videokommunikationssysteme nutzen. Dadurch bleibt der hoheitliche Charakter der Beurkundungsverhandlung auch im Online-Verfahren uneingeschränkt erhalten. Ebenfalls werden so die hohen Standards gewährleistet, auf die sich der Rechtsverkehr bezüglich Sicherheit, Manipulationsresistenz und Zuverlässigkeit des Videokommunikationssystems verlassen können muss.⁹¹

Die Bundesnotarkammer hat gem. § 78p I BNotO n. F. das Videokommunikationssystem einzurichten und zu betreiben. Dessen Betrieb umfasst gem. § 78p II BNotO n. F. verschiedene Funktionen, wie etwa die Schaffung der technischen Voraussetzungen für die Identifizierung der Beteiligten (§ 78p II Nr. 2, 3 BNotO n. F.) sowie die abschließende Erstellung einer qualifizierten elektronischen Signatur inklusive deren Verbindung mit der elektronischen Urkunde (§ 78p II Nr. 4 BNotO n. F.).⁹²

Durch die Durchführung des Online-Verfahrens über das Videokommunikationssystem lassen sich die Formzwecke der Beurkundungspflicht auch in einem digitalen Beurkundungsverfahren ohne körperliche Anwesenheit der Beteiligten weitgehend funktionsäquivalent abbilden. Nur so können Notare ihre beurkundungsrechtlichen Pflichten, wie insbesondere die verlässliche Feststellung der Identität (§ 10 BeurkG), der Geschäftsfähigkeit und der freien Willensbildung der Beteiligten (§ 11 BeurkG), erfüllen. Dies gilt gleichsam für die Durchführung der Verlesung der Niederschrift (§ 13 BeurkG) sowie für die sorgfältige Erforschung des Willens der Beteiligten und die umfassende Ermittlung des der Beurkundung zugrunde liegenden Sachverhalts (§ 17 I BeurkG).⁹³

d) Identifizierung

Die Feststellung der Beteiligten erfolgt aufgrund ihrer besonderen Bedeutung für die Sicherheit und Zuverlässigkeit der Online-Gründung gem. § 16c BeurkG n. F. anhand eines dem Notar elektronisch übermittelten Lichtbildes sowie eines der in § 16c Nr. 1, 2 BeurkG n. F. genannten Nachweise (sh. B. I. 3. b)).⁹⁴

⁷⁷ Omlor DStR 2019, 2544, 2546; Lieder NZG 2018, 1081, 1083.

⁷⁸ BT-Drs. 19/28177, S. 161; RefE-DiRUG, S. 162; Meier/Szalai ZNotP 2021, 306, 307.

⁷⁹ BT-Drs. 19/28177, S. 115; RefE-DiRUG, S. 110.

⁸⁰ Kienzle DNotZ 2021, 590, 593.

⁸¹ BT-Drs. 19/28177, S. 161; Freier NotBZ 2021, 161, 162.

⁸² BT-Drs. 19/28177, S. 161; RefE-DiRUG, S. 163; Linke NZG 2021, 309, 310 f.

⁸³ BT-Drs. 19/28177, S. 161; Lutter/Hommelhoff-GmbHG/Bayer § 2 Rn. 76; Blunk/Monden ZdiW 2021, 74, 77.

⁸⁴ Stelmaszczyk/Kienzle GmbHR 2021, 849, 851; Herrler/Kienzle § 18a Rn. 17.

⁸⁵ MüKo-GmbHG/Heinze § 2 Rn. 336 f.

⁸⁶ BT-Drs. 19/28177, S. 161; Herrler/Kienzle § 18a Rn. 18.

⁸⁷ Kienzle DNotZ 2021, 590, 594.

⁸⁸ Heckschen/Knaier NZG 2021, 1093, 1096.

⁸⁹ Stelmaszczyk/Kienzle GmbHR 2021, 849, 853.

⁹⁰ BT-Drs. 19/28177, S. 115; RefE-DiRUG, S. 110; Stelmaszczyk/Kienzle ZIP 2021, 765, 769.

⁹¹ BT-Drs. 19/28177, S. 115 f.; RefE-DiRUG, S. 111; J. Schmidt ZIP 2021, 112, 113; Stelmaszczyk/Kienzle GmbHR 2021, 849, 855; Knaier GmbHR 2021, 169, 174 f.

⁹² Stelmaszczyk/Kienzle ZIP 2021, 765, 769; Kienzle DNotZ 2021, 590, 596; Meier/Szalai ZNotP 2021, 306, 308.

⁹³ BT-Drs. 19/28177, S. 115; RefE-DiRUG, S. 110; Linke NZG 2021, 309, 310; Bock RNotZ 2021, 326, 329.

⁹⁴ Keller/Schümmer NZG 2021, 573, 575; J. Schmidt ZIP 2021, 112, 113.

Allerdings bleibt die Online-Gründung einer GmbH in Deutschland Drittstaatsangehörigen und EU-Bürgern, die nicht im Besitz eines elektronischen Identifizierungsmittels sind, versperrt.⁹⁵

Der Notar hat aufgrund der hohen Bedeutung der Identifikation auch bei der Online-Gründung äußerste Sorgfalt auf die zweifelsfreie Feststellung der vor ihm erschienenen Personen anzuwenden.⁹⁶ Bei dieser ist es ihm aber nicht möglich, etwa die Haptik eines Ausweisdokuments zu prüfen oder einen Dokumentenprüfer einzusetzen.⁹⁷ Demnach schränkt das für die Online-Gründung eingeführte zweistufige Identifizierungsverfahren die im Präsenzverfahren bestehende freie Wahl des Identifizierungsmittels (§ 10 I BeurkG) ein.⁹⁸ Dadurch wird eine dem Präsenzverfahren entsprechende, verlässliche Identifizierung der Beteiligten sichergestellt. So kann eine wirksame Verhütung von Straftaten, insbesondere im Bereich von Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung, Steuerhinterziehung, Insolvenz- und sonstigen Wirtschaftsstraftaten erfolgen. Auch wird man auf diese Weise dem Umstand gerecht, dass die Identitätsfeststellung gem. § 415 ZPO vollen Beweis im Rechtsverkehr erbringt.⁹⁹

e) Elektronische Niederschrift

Bei der Online-Beurkundung ist gem. § 16b I 1, II BeurkG n. F. die Errichtung einer elektronischen Niederschrift in Form eines rein elektronischen Dokuments zentral.¹⁰⁰ Gegenstand der Niederschrift sind die notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrags sowie die im Rahmen der Gründung gefassten Beschlüsse i. S. d. § 2 III 1 GmbHG n. F.¹⁰¹ Grundsätzlich sind gem. § 16b I 2 BeurkG n. F. die für das Präsenzverfahren geltenden Vorschriften über die Niederschrift entsprechend anwendbar, soweit nichts abweichendes bestimmt ist.¹⁰² Insbesondere bleibt es bei der Verlesung der Niederschrift in Gegenwart des Notars i. S. d. § 13 I 1 BeurkG.¹⁰³ Da eine papiergebundene Niederschrift nicht existiert, muss die elektronische Niederschrift vom Bildschirm verlesen werden können.¹⁰⁴ Dies ist eine Neuerung zum Präsenzverfahren, bei dem dies nicht zulässig war.¹⁰⁵

Weiterhin finden sich in § 16b BeurkG n. F. genauere Vorgaben zur Ausgestaltung der elektronischen Niederschrift.¹⁰⁶ Unter anderem normiert § 16b IV 1 BeurkG n. F., dass die elektro-

nische Niederschrift von sämtlichen an der Beurkundung Beteiligten mittels qualifizierten elektronischen Signaturen zu versehen ist.¹⁰⁷

f) Qualifizierte elektronische Signatur

§ 2 III 2 GmbHG n. F. ersetzt bei der Online-Gründung das Unterschriftserfordernis des § 2 I 2 GmbHG durch eine qualifizierte elektronische Signatur der mittels Videokommunikation an der Beurkundung teilnehmenden Gesellschafter. Diese erfolgt gem. § 16b IV 1 BeurkG n. F. auf der elektronischen Niederschrift.¹⁰⁸

Die qualifizierte elektronische Signatur i. S. d. Art. 3 Nr. 11, 12 und Art. 26 der eIDAS-VO ist in § 126a BGB kodifiziert und ermöglicht die Ersetzung des Schriftformerfordernisses des § 126 BGB durch eine rein elektronische Form.¹⁰⁹ Sie sichert die Integrität und Authentizität elektronischer Dokumente.¹¹⁰ Für die Beteiligten übernimmt die Zertifizierungsstelle der Bundesnotarkammer die Erstellung von qualifizierten Signaturzertifikaten i. S. d. Art. 3 Nr. 15 der eIDAS-VO. Auf deren Basis wird die qualifizierte elektronische Signatur erzeugt und an die elektronische Urkunde angebracht.¹¹¹

Die Beteiligten sollen die Signatur selbst erzeugen (§ 16b IV 3 BeurkG n. F.). Aufgrund dieser Ausgestaltung als Soll-Vorschrift führt deren Verletzung nicht zur Unwirksamkeit der Beurkundung. Denn es kann sich dem beurkundenden Notar entziehen, ob die Signatur tatsächlich selbst erzeugt wurde. Diese Rechtsfolge ist ein weiterer Unterschied zum Präsenzverfahren, bei dem die Beurkundung im Falle einer nicht eigenhändig geleisteten Unterschrift unwirksam ist (§ 13 I 1 BeurkG).¹¹² Der Notar hingegen muss die Signatur zwingend selbst erzeugen (§ 16b IV 4 Hs. 1 BeurkG n. F.).¹¹³ So wird die Wirksamkeit lediglich an die persönliche Erzeugung durch den Notar geknüpft und dadurch einer Gefahr für die Wirksamkeit der Urkunde entgegengewirkt.¹¹⁴

g) Amtsbereichsprinzip

§ 10 III 1 BNotO n. F. legt für die Online-Beurkundung bestimmte örtliche Anknüpfungskriterien fest, wann diese als im Amtsbereich gem. § 10a II BNotO ausgeübt gilt.¹¹⁵ Dadurch wird vermieden, dass sich die Online-Gründungen bundesweit

⁹⁵ J. Schmidt ZIP 2021, 112, 114; Stelmaszczyk/Kienzle GmbHR 2021, 849, 856 f.

⁹⁶ BGH, 20.03.1956, III ZR 11/55, DNotZ 1956, 502, 503.

⁹⁷ Kienzle DNotZ 2021, 590, 598.

⁹⁸ BT-Drs. 19/28177, S. 120; RefE-DiRUG, S. 115 f.; Kienzle DNotZ 2021, 590, 598.

⁹⁹ BT-Drs. 19/28177, S. 119 f.; RefE-DiRUG, S. 115; Keller/Schümmer NZG 2021, 573, 575; Hördt/Hornung EWS 2022, 12, 16.

¹⁰⁰ Stelmaszczyk/Kienzle ZIP 2021, 765, 767.

¹⁰¹ Freier NotBZ 2021, 161, 162.

¹⁰² BT-Drs. 19/28177, S. 117; RefE-DiRUG, S. 112; MüKo-GmbHG/Heinze § 2 Rn. 344.

¹⁰³ Blunk/Monden ZdiW 2021, 74, 76.

¹⁰⁴ Stelmaszczyk/Kienzle GmbHR 2021, 849, 856 f.; Bock RNotZ 2021, 326, 330 f.; Herrler/Kienzle § 18a Rn. 26; MüKo-GmbHG/Heinze § 2 Rn. 344.

¹⁰⁵ OLG Frankfurt, 30.08.1999, 1 Not 1/98, DNotZ 2000, 513, 513; dem folgend BeurkG-K/Winkler § 13 Rn. 12; Beck-online Großkommentar-BeurkG/Seebach/Rachlitz § 13 Rn. 44 f.; a. A. LG Stralsund, 05.06.1996, 7 O 185/96, NJW 1997, 3178, 3179.

¹⁰⁶ Bock RNotZ 2021, 326, 330.

¹⁰⁷ BT-Drs. 19/28177, S. 117 f.; RefE-DiRUG, S. 113; Freier NotBZ 2021, 161, 162; Keller/Schümmer NZG 2021, 573, 574.

¹⁰⁸ Linke NZG 2021, 309, 311.

¹⁰⁹ Hördt/Hornung EWS 2022, 12, 16; Keller/Schümmer NZG 2021, 573, 574 f.

¹¹⁰ Bormann/Stelmaszczyk NZG 2019, 601, 605; Stelmaszczyk/Kienzle ZIP 2021, 765, 773.

¹¹¹ Kienzle DNotZ 2021, 590, 593; Stelmaszczyk/Kienzle ZIP 2021, 765, 767.

¹¹² BT-Drs. 19/28177, S. 119; RefE-DiRUG, S. 114; Blunk/Monden ZdiW 2021, 74, 76; Bock RNotZ 2021, 326, 331.

¹¹³ Freier NotBZ 2021, 161, 162.

¹¹⁴ BT-Drs. 19/28177, S. 118; RefE-DiRUG, S. 114; Meier/Szalai ZNotP 2021, 306, 308.

¹¹⁵ Herrler/Kienzle § 18a Rn. 10.

bei nur wenigen Notaren konzentrieren, es damit zu einer Verzerrung der flächendeckenden Zuweisung von Notariatsstellen (§ 4 BNotO) kommt und die angemessene Versorgung der Rechtssuchenden mit notariellen Leistungen gefährdet wird.¹¹⁶

h). Sonderfälle

aa) Gründung mittels Muster

§ 2 III 3, 4 GmbHG n. F. ermöglicht die Online-Gründung mittels Musterprotokollen.

Die neuen Musterprotokolle für die Online-Gründung in Anlage 2 GmbHG n. F. orientieren sich an den bestehenden Mustern (Anlage 1 GmbHG n. F.). Die DigRL sieht keine Einschränkung bezüglich der Anzahl der Gesellschafter und Geschäftsführer vor. Somit können im Unterschied zu den bestehenden Mustern mehr als drei Gesellschafter einbezogen und mehr als ein Geschäftsführer bestellt werden. Zusätzlich wird bei einer Mehrpersonengesellschaft deren Vertretungsmacht (Gesamtvertretung) geregelt.¹¹⁷ Die Gründer können weiterhin vom vereinfachten Verfahren nach § 2 Ia GmbHG mit den bestehenden Mustern Gebrauch machen (§ 2 III 3 Alt. 1 GmbHG n. F.), die inhaltlich aber nicht geändert wurden. Allerdings findet der Kostenvorteil nach § 105 VI 1 Nr. 1 GNotKG keine Anwendung auf die Online-Gründung mit dem neuen Musterprotokoll.¹¹⁸

bb) Vollmachtsgründung

Zudem ist die Vollmachtsgründung ein Sonderfall der Gründung einer GmbH. Diesbezüglich gibt es aber keine Einschränkungen bei der Online-Gründung.¹¹⁹ Zum einen normiert § 16d BeurkG n. F., dass vorgelegte Vollmachten eines gesetzlichen Vertreters der elektronischen notariellen Niederschrift in elektronisch beglaubigter Abschrift beigelegt werden müssen.¹²⁰ Diese Regelung bezieht sich also nur auf die „Frage des Wie“ der Vollmachtsgründung. Die Frage nach dem „Ob der Vollmachtsgründung“ wird somit vorausgesetzt.¹²¹ Zum anderen lässt § 2 II GmbHG bei der Präsenzgründung der GmbH die Vertretung durch Bevollmächtigte zu. Daher muss dies auch bei der Online-Gründung möglich sein.¹²² Ferner enthält § 12 II BeurkG n. F. spezielle Regelungen für den Fall der Vollmachtsgründung. Folglich kann dahinstehen, ob für diese ein praktisches Bedürfnis besteht und die Mitgliedstaaten zur Einführung der Vollmachtsgründung verpflichtet waren.¹²³

Aber auch bei der Vollmachtsgründung im Rahmen einer Online-Gründung gilt § 2 II GmbHG. Diese ist mithin nur aufgrund einer notariell errichteten oder zumindest beglaubigten Vollmacht zulässig.¹²⁴

Für die Wirksamkeit einer rechtsgeschäftlichen Vollmacht i. S. d. § 172 BGB muss eine Vollmachtsurkunde in Urschrift oder Ausfertigung vorgelegt werden.¹²⁵ Notwendig ist zumindest Schriftform (§ 126 I BGB), während die elektronische Form (§ 126a BGB) gem. § 126 III BGB a. E. aufgrund der §§ 172, 174 S. 1, 175, 176 BGB ausgeschlossen ist.¹²⁶ Nur wer diese Dokumente in dieser Form vorlegen kann, gilt als bevollmächtigt (§ 172 BGB).¹²⁷

Es genügen weder eine einfache oder beglaubigte Abschrift noch ein Scan. Bei diesen kann nicht bewiesen werden, dass die Vollmacht im Moment der Vorlage noch besteht.¹²⁸ Auch die Vorlage elektronischer Urschriften oder elektronischer Ausfertigungen von Vollmachten ist nicht verlässlich.¹²⁹ Denn elektronische Dokumente sind trotz qualifizierter elektronischer Signatur im Gegensatz zu zahlenmäßig beschränkten Ausfertigungen in Papierform beliebig oft kopierbar.¹³⁰ Es fehlt somit an der Singularität als Anknüpfungspunkt der Legitimationswirkung des § 172 BGB („Unikatfunktion“).¹³¹

Ein zusätzliches Problem ist, dass eine ausländische Vollmacht legalisiert und mit einer Apostille versehen werden muss.¹³² Auch die Apostille und die Legalisation können nach den internationalen Übereinkommen¹³³ nicht elektronisch erteilt werden.¹³⁴

Aus diesen Gründen sind Vollmachten also auch bei der Online-Gründung in Urschrift bzw. Ausfertigung sowie als legalisierte bzw. mit Apostille versehene Dokumente dem Notar in Papierform vorzulegen.¹³⁵

cc) Gründung durch ausländische juristische Personen

Ferner bestehen erhebliche technische Schwierigkeiten, wenn an der Online-Gründung eine ausländische juristische Person als Gründerin beteiligt ist.¹³⁶

Auch bei der Online-Gründung hat sich der Notar gem. §§ 12, 17 BeurkG Gewissheit über die Existenz und Vertretungsverhältnisse einer beteiligten Gesellschaft zu verschaffen.¹³⁷

¹¹⁶ BT-Drs. 19/28177, S. 109; RefE-DiRUG, S. 104; MüKo-GmbHG/Heinze § 2 Rn. 343.

¹¹⁷ BT-Drs. 19/28177, S. 162, 164; RefE-DiRUG, S. 163, 166; J. Schmidt ZIP 2021, 112, 116; Stelmaszczyk/Kienzle ZIP 2021, 765, 774; Bock RNotZ 2021, 326, 333.

¹¹⁸ BT-Drs. 19/28177, S. 162; RefE-DiRUG, S. 163; Kienzle DNotZ 2021, 590, 593; Bock RNotZ 2021, 326, 333.

¹¹⁹ Herrler/Kienzle § 18a Rn. 48.

¹²⁰ Hördt/Hornung EWS 2022, 12, 17.

¹²¹ Eichhorn, Digitalisierung im Gesellschaftsrecht 2022, S. 102.

¹²² J. Schmidt ZIP 2021, 112, 115.

¹²³ Stelmaszczyk/Kienzle ZIP 2021, 765, 772 f.; dazu aber J. Schmidt ZIP 2021, 112, 115; Bormann/Stelmaszczyk NZG 2019, 601, 606.

¹²⁴ Wachter/Stelmaszczyk § 10 Rn. 2179.

¹²⁵ BT-Drs. 19/28177, S. 123; RefE-DiRUG, S. 117; BayObLG, 27.12.2001, 2Z BR 185/01, NJOZ 2002, 819, 819 f.

¹²⁶ Jauernig-BGB/Mansel § 172 Rn. 8.

¹²⁷ Stelmaszczyk/Kienzle GmbHR 2021, 849, 858.

¹²⁸ BT-Drs. 19/28177, S. 123; RefE-DiRUG, S. 117 f.; Drygala/Grobe GmbHR 2020, 985, 987.

¹²⁹ Lieder NZG 2020, 81, 86; Bock RNotZ 2021, 326, 332.

¹³⁰ Bormann/Stelmaszczyk NZG 2019, 601, 605; Halder NJOZ 2020, 1505, 1509.

¹³¹ Stelmaszczyk/Kienzle ZIP 2021, 765, 773; Wachter/Stelmaszczyk § 10 Rn. 2182; Herrler/Kienzle § 18a Rn. 49.

¹³² Drygala/Grobe GmbHR 2020, 985, 987.

¹³³ Gesetz zu dem Haager Übereinkommen vom 5.10.1961 zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Legalisation, BGBl. 1965 II S. 875.

¹³⁴ Meier/Szalai ZNotP 2021, 306, 312; J. Schmidt ZIP 2021, 112, 115.

¹³⁵ BT-Drs. 19/28177, S. 124; RefE-DiRUG, S. 118; Knaier GmbHR 2021, 169, 174.

¹³⁶ Drygala/Grobe GmbHR 2020, 985, 986.

¹³⁷ Herrler/Kienzle § 18a Rn. 46.

Demnach muss er dafür sorgen, dass ein äquivalenter Vertretungsnachweis erbracht wird, was aber in den überwiegenden Fällen nicht möglich ist.¹³⁸ Denn die Standards vieler anderer europäischer Register bleiben hinsichtlich der Kontrolle und Prüfung von eingereichten Informationen, mithin im Hinblick auf die Verlässlichkeit der letztendlich veröffentlichten Informationen, deutlich hinter denen der deutschen Register zurück.¹³⁹

Daran ändert das europäische System zur Vernetzung der nationalen Unternehmensregister (Business Registers Interconnection System – BRIS) nur wenig.¹⁴⁰ Das BRIS vermittelt lediglich einen Zugang zu den Originaldaten der nationalen Register über ein einheitliches Portal.¹⁴¹ Es können also nur die Informationen abgerufen werden, die sich in den nationalen Registern befinden. Etwaige Umsetzungsdefizite der jeweiligen Register werden durch diese bloße einheitliche Zugriffsmöglichkeit gerade nicht beseitigt.¹⁴²

Aus diesen Gründen verlangt die deutsche Registerpraxis eine ausländische Notarbescheinigung (inklusive Übersetzung) über die Existenz der ausländischen Gesellschaft und die Vertretungsberechtigung der für sie handelnden Personen.¹⁴³ Für die Verwendung im Inland ist erforderlich, dass diese Nachweise legalisiert oder mit einer Apostille versehen werden.¹⁴⁴ Jedoch bestehen bezüglich einer europaweit einsetzbaren elektronischen Apostille insbesondere aufgrund eines fehlenden einheitlichen Standards hinsichtlich der Form erhebliche rechtliche Unsicherheiten.¹⁴⁵ Zudem sieht das deutsche Recht keine Erleichterung für den Nachweis der Echtheit ausländischer elektronischer Dokumente vor. Vielmehr wird die Echtheit ausländischer Dokumente nach § 438 I ZPO in freier Beweiswürdigung beurteilt.¹⁴⁶

Folglich bedarf es also auch bei der Online-Gründung bis auf weiteres der Vorlage von legalisierten oder mit Apostille versehenen Dokumenten in Papierform.¹⁴⁷

Dieses Nachweisproblem besteht nicht für deutsche Personhandels- und Kapitalgesellschaften. Denn es existiert ein Handelsregister mit besonderer Gewähr für die materielle Richtigkeit der Eintragungen sowie umfassenden Publizitätswirkungen nach § 15 HGB.¹⁴⁸

dd) Sonstiges

Schließlich lässt der durch Art. 20 Nr. 4 lit. a DiRUG geänderte § 8 I Nr. 3 GmbHG n. F. zu, die Gesellschafterliste elektronisch zu errichten und mit qualifizierten elektronischen Signaturen der

Anmeldenden zu versehen.¹⁴⁹ Gleiches gilt gem. § 40 I 1 GmbHG n. F. für die Gesellschafterliste.¹⁵⁰ Diese Änderung beruht auf Art. 20 Nr. 6 lit. a DiRUG.

Folglich wird so die unionsrechtlich geforderte vollständige Online-Gründung der GmbH ermöglicht.¹⁵¹

3. Fazit

Es wird deutlich, dass das DiRUG Neuerungen für das GmbH-Recht, das Beurkundungs- und das Notarrecht mit sich bringt.¹⁵² Dabei ist hervorzuheben, dass für die Gründung der GmbH die Möglichkeit einer Beurkundung mittels Videokommunikation eingeführt wurde.¹⁵³ Dennoch hat der deutsche Gesetzgeber an der Beteiligung des Notars festgehalten. Dies bringt die Rechts-tradition der vorsorgenden Rechtspflege mit der technischen Innovation angemessen zusammen.¹⁵⁴ Bei der Online-Gründung erfolgt eine verlässliche Identifizierung auf dem Videokommunikationssystem. Es wird eine elektronische Niederschrift mit qualifizierten elektronischen Signaturen errichtet. Zudem kann der Notar in Zweifelsfällen die physische Anwesenheit der Beteiligten verlangen. Durch dieses gesamte Verfahren wird die Einhaltung der bestehenden Sicherheitsstandards gewährleistet und etwaigen Missbrauchsgefahren begegnet.¹⁵⁵

III. Würdigung

Abschließend ist die Umsetzung der DigRL durch das DiRUG zu würdigen.

1. Erforderlichkeit eines Notars

Fraglich ist zunächst, ob es erforderlich ist, bei der Online-Gründung einer Gesellschaft weiterhin einen Notar einzubinden.

a) Gründung ohne Notar

Einerseits wird angeregt, dass die Gründung von Gesellschaften ganz ohne Notar erfolgen sollte. Denn für die Digitalisierung sei es nicht nur erforderlich, analoge in digitale Prozesse umzuwandeln, sondern generell neue Wege zu gehen und sich der digitalen Welt anzupassen.

Die DigRL hat keine Pflicht zur Einbindung von Notaren festgelegt, sondern den Mitgliedstaaten lediglich die Option eingeräumt, die Rolle von Notaren zu regeln. Somit wäre es grundsätzlich möglich gewesen, bei der Online-Gründung von Gesellschaften auf Notare zu verzichten (sh. B. I. 2. a)).

¹³⁸ Heckschen/Knaier NZG 2021, 1093, 1098; Kienzle DNotZ 2021, 590, 599.

¹³⁹ Bock RNotZ 2021, 326, 332; Knaier GmbHR 2021, 169, 173; Lieder NZG 2018, 1081, 1083 f.

¹⁴⁰ Wachter/Stelmaszczyk § 10 Rn. 2170; Kindler/Jobst DB 2019, 1550, 1553.

¹⁴¹ Bock GmbHR 2018, 281, 282; Stelmaszczyk/Kienzle ZIP 2021, 765, 772; Halder NJOZ 2020, 1505, 1509.

¹⁴² Lieder NZG 2018, 1081, 1084; 2020, 81, 85.

¹⁴³ Stelmaszczyk/Kienzle ZIP 2021, 765, 772; Kienzle DNotZ 2021, 590, 599.

¹⁴⁴ Wachter/Stelmaszczyk § 10 Rn. 2174; Drygala/Grobe GmbHR 2020, 985, 986.

¹⁴⁵ Forscher/Kienzle DNotZ 2020, 724, 731; Kienzle DNotZ 2021, 590, 599; Herrler/Kienzle § 18a Rn. 47.

¹⁴⁶ Kienzle NJW 2019, 1712, 1714 f.; Stelmaszczyk/Kienzle GmbHR 2021, 849, 857; Kindler/Jobst DB 2019, 1550, 1553.

¹⁴⁷ BT-Drs. 19/28177, S. 124; RefE-DiRUG, S. 118; Bormann/Stelmaszczyk NZG 2019, 601, 604; Lieder NZG 2020, 81, 85; Herrler/Kienzle § 18a Rn. 47.

¹⁴⁸ Lieder NZG 2020, 81, 85; Bormann/Stelmaszczyk NZG 2019, 601, 603; Stelmaszczyk/Kienzle ZIP 2021, 765, 771.

¹⁴⁹ Stelmaszczyk/Kienzle GmbHR 2021, 849, 860.

¹⁵⁰ Freier NotBZ 2021, 161, 164.

¹⁵¹ MüKo-GmbHG/Heinze § 2 Rn. 332.

¹⁵² Weber, Digitalisierung im Gesellschaftsrecht 2021, S. 270.

¹⁵³ Knaier GmbHR 2021, 169, 175.

¹⁵⁴ Omlor DSStR 2019, 2544, 2549.

¹⁵⁵ Bock RNotZ 2021, 326, 330; Blunk/Monden ZdiW 2021, 74, 75; Hördt/Hor-nung EWS 2022, 12, 18.

Für das Legitimationsverfahren könnten Dienstleister eingesetzt werden, die die Legitimation bereits ohne Probleme für die Online-Eröffnung von Bankkonten in Deutschland am Computer überprüfen. Ferner könnte die Legitimation und die mit dieser verbundenen Rechte unmittelbar beim Handelsregister geregelt werden. So könnte dieses als öffentliches Verzeichnis für alle Informationen über deutsche Gesellschaften eine entscheidende Rolle für deren Gründung einnehmen.

Gegen die Einbindung eines Notars spricht, dass trotz dessen beratender Funktion keine umfassende rechtliche Beratung erfolgt, da für diesen strenge Maßstäbe für die Haftung gelten. In der Praxis gibt er daher lediglich Hinweise.¹⁵⁶ Zudem entstehen bei der Einbindung von Notaren hohe einmalige sowie laufende Kosten, die den Beurkundenden treffen.¹⁵⁷

b) Gründung mit Notar

Andererseits kommen Online-Lösungen im Gesellschaftsrecht nur dann in Betracht, wenn sie die organische Weiterentwicklung des bewährten Systems vorsorgender Rechtspflege im GmbH-Recht ermöglichen.¹⁵⁸ Nur so bleibt die weite Spanne der Aufgaben des Notars bei der Gesellschaftsgründung (z. B. Identifizierung und Warnpflicht) erhalten, was zur Verhinderung einer Zweiklassengesellschaftsgründung führt.¹⁵⁹ Dies gilt auch für die materielle Richtigkeitsgewähr sowie die Belehrungs-, Filter- und Kontrollfunktion des Notars.¹⁶⁰ Der Notar stellt also unter anderem sicher, dass nur solche Gründungsdokumente zum Registergericht gelangen, die den inhaltlichen Vorgaben der nationalen Gesellschaftsform entsprechen.¹⁶¹ Diesen Funktionen hat der Notar auch bei einer Online-Gründung nachzukommen.¹⁶² Folglich ist die Einbindung von Notaren richtigerweise und überzeugend als zwingend erforderlich für das deutsche System der vorsorgenden Rechtspflege anzusehen.¹⁶³

Ferner kommt das Legitimationsverfahren (sog. Video-Ident-Verfahren) ausdrücklich nicht in Betracht. Grund dafür ist, dass dieses internetgestützte Verfahren fälschungsanfällig ist und nicht abschätzbare Sicherheitslücken birgt, die gerade auch aufgrund der Manipulationsanfälligkeit ausländischer Ausweisdokumente in krimineller Absicht genutzt werden können.¹⁶⁴ Die Erwägungen, keinen Notar bei der Gründung von Gesellschaften einzubinden, sind daher abzulehnen.

c) Ergebnis

Es ist erforderlich, den Notar weiterhin bei der Online-Gründung von Gesellschaften einzubinden.

2. Rechtsvergleichung

Um besser bewerten zu können, ob der deutsche Gesetzgeber die Vorgaben der DigRL und deren Zweck erfüllt hat, ist ein Vergleich zu anderen Rechtsordnungen notwendig.¹⁶⁵

a) Dänemark

Die Anmeldung von Gesellschaften in Dänemark erfolgt über die zentrale Plattform der dänischen Wirtschaftsbehörde. Hinsichtlich erforderlicher Unterlagen ist die Einreichung der privatschriftlich unterzeichneten Satzung als PDF-Dokument erforderlich.¹⁶⁶ Die Identitätsprüfung der Anmeldenden erfolgt mittels sog. nem-ID, die der einzige Identitätsnachweis ist. Das Anmeldeportal prüft automatisch und softwarebasiert, ob etwa die Geschäftsführer einem Tätigkeitsverbot unterliegen. Ist dies der Fall, so wird die Gründung automatisch von der Software verweigert.¹⁶⁷ Auch erfolgt eine Prüfung der Vollständigkeit der Unterlagen, Falschangaben werden entdeckt und frei formulierte Angaben zur Vertretungsbefugnis werden entsprechend den gesetzlich vorgegebenen Vertretungsformen korrigiert. Hingegen werden die Dokumente inhaltlich nicht überprüft. Dennoch vermeidet dieser Abgleich der Daten vielfach Fehler, die sonst nur weniger zuverlässig bzw. mit einem höheren Aufwand aufgedeckt würden.¹⁶⁸ Insbesondere hat die automatisierte Bestätigungsmail, die an denjenigen geschickt wird, in dessen Namen die Eintragung vorgenommen wurde, eine hohe Abschreckungswirkung für Identitätsdiebstahl. Nur 400 von 230.000 Eintragungen werden jährlich beanstandet.¹⁶⁹

b) Delaware

Der US-amerikanische Bundesstaat Delaware weist die höchste Anzahl von Gesellschaftsgründungen in den USA auf und ist als ehemalige britische Kolonie stark vom Common Law geprägt.

Delaware hat die Online-Gründung in § 116 des General Corporation Law ausdrücklich geregelt. Für die Gründung von Gesellschaften werden lediglich alle erforderlichen Dokumente sowie ein Registered Agent benötigt. Dieser muss eine Adresse und ein Büro in Delaware haben, welches zu den üblichen Geschäftszeiten geöffnet sein muss. Ist dies der Fall, nimmt er die Eintragung online vor. Weitere Einschränkungen existieren nicht.¹⁷⁰

Somit ist Delaware aufgrund des wenig vorhandenen Formalismus für Gesellschaftsgründer sehr attraktiv, einfach und schnell.¹⁷¹

¹⁵⁶ Zum Ganzen *Berger/Brem* GWR 2021, 413, 414 f.

¹⁵⁷ BT-Drs. 19/28177, S. 3 f.; *Drygala/Grobe* GmbH 2020, 985, 990; *Berger/Brem* GWR 2021, 413, 415.

¹⁵⁸ *Bormann* ZGR 2017, 621, 647.

¹⁵⁹ *Schurr* EuZW 2019, 772, 777.

¹⁶⁰ *Lieder* NZG 2018, 1081, 1088.

¹⁶¹ *Wachter/Stelmaszczyk* § 10 Rn. 2206; *Lieder* NZG 2018, 1081, 1088.

¹⁶² BT-Drs. 19/28177, S. 112 f.; RefE-DiRUG, S. 108; *Knaier* GmbH 2021, 169, 175.

¹⁶³ *Knaier* GmbH 2018, 560, 566; *Bormann/Stelmaszczyk* NZG 2019, 601, 608 f.; *Lieder* NZG 2020, 81, 83.

¹⁶⁴ BT-Drs. 19/28177, S. 121; *Bormann/Stelmaszczyk* NZG 2019, 601, 609.

¹⁶⁵ *Hördt/Hornung* EWS 2022, 12, 14.

¹⁶⁶ *Teichmann* GmbH 2018, 1, 7 f.; *Weber*, Digitalisierung im Gesellschaftsrecht 2021, S. 89 f.

¹⁶⁷ *Vilgertshofer* MittBayNot 2019, 529, 530; *Drygala/Grobe* GmbH 2020, 985, 988; *Teichmann* GmbH 2018, 1, 8; *Eichhorn*, Digitalisierung im Gesellschaftsrecht 2022, S. 123 f.

¹⁶⁸ *Teichmann* GmbH 2018, 1, 8.

¹⁶⁹ *Vilgertshofer* MittBayNot 2019, 529, 530; *Teichmann*, GmbH 2018, 1, 8; *Weber*, Digitalisierung im Gesellschaftsrecht 2021, S. 89 f.; *Eichhorn*, Digitalisierung im Gesellschaftsrecht 2022, S. 123.

¹⁷⁰ Zum Ganzen *Hördt/Hornung* EWS 2022, 12, 19 f.

¹⁷¹ *Hördt/Hornung* EWS 2022, 12, 20; *Bormann/Stelmaszczyk* ZIP 2018, 764, 770.

c) Bewertung

Anhand dieser Beispiele wird deutlich, dass das deutsche System der doppelten Gründungskontrolle nicht das einzig funktionierende Verfahren ist.

Es ist jedoch nicht möglich, diese Systeme unmittelbar zu adaptieren, da Deutschland etwa die in Dänemark bestehende digitale Kennziffer (nem-ID) sowie das Postfach für die Bestätigungsmail nicht vorweisen kann.¹⁷² Zudem ist das Gesellschaftsrechtssystem von Delaware missbrauchsanfällig, wenig transparent und mangels sicherer Register mit hohen Transaktionskosten verbunden.¹⁷³ Es bestehen also kaum Schutzvorrichtungen und es findet sich keine Sicherheit für Anteilseigner bei der Gesellschaftsgründung.¹⁷⁴ Die Online-Gründungsverfahren stellen daher keine umsetzbaren Alternativen dar.

3. Online-Gründungsverfahren

Schließlich ist das Online-Gründungsverfahren nach dem DiRUG zu bewerten.

a) Anwendungsbereich

Für viele Beurkundungsgegenstände (etwa im Familien-, Erb- oder Immobilienrecht) ist das bewährte Präsenzverfahren die einzig zulässige Variante des Beurkundungsverfahrens. Dort stehen andere Formzwecke wie namentlich die Entschleunigung sowie der Schutz und die Warnung unerfahrener Vertragsparteien im Vordergrund. Diese sind jedoch bei der Gründung einer GmbH von geringerer Bedeutung. Das Online-Verfahren ist dementsprechend für die Gründung einer GmbH besonders geeignet.¹⁷⁵ Somit ist diese bewusste Entscheidung des Gesetzgebers gegen eine allgemeine Öffnung des Online-Verfahrens für alle notariellen Verfahren sachgerecht.¹⁷⁶

Zwar wird teilweise gefordert, dass auch Sachgründungen in den Anwendungsbereich der Online-Beurkundung fallen sollen.¹⁷⁷ Jedoch sind diese besonders komplex, risikobehaftet und weisen eine höhere Dauer auf.¹⁷⁸ Auch die AG und KGaA haben eine komplexe Organisationsstruktur, erfordern mithin eine hohe Regelungsintensität.¹⁷⁹ Somit ist zu befürworten, dass die Online-Gründung zunächst auf die Bargründung einer GmbH beschränkt wurde.¹⁸⁰

Indes ist nicht verständlich, dass gesellschaftsrechtliche Strukturmaßnahmen, die wertungsmäßig den im Rahmen einer Bargründung beurkundeten Maßnahmen entsprechen, nicht Gegenstand der Online-Beurkundung sein können.¹⁸¹ Dies betrifft insbesondere Satzungsänderungen, da nicht ersichtlich ist, warum die erstmalige Beurkundung der Satzung, nicht aber deren

Änderung online erfolgen kann.¹⁸² Ebenso sind Anteilskauf und -abtretung wertungsmäßig ähnlich zur Gründung und sollten daher im Online-Verfahren zu beurkunden sein.¹⁸³ Weiterhin sind die Gesellschafterbeschlüsse über Kapitalmaßnahmen und Umwandlungsvorgänge zu nennen, die aufgrund einer Satzungsänderung von der Online-Beurkundung ausgeschlossen sind (sh. B. II. 2. b)). Da Satzungsänderungen aber dieser Ansicht zufolge gerade Gegenstand der Online-Beurkundung sein sollten, muss dies konsequenterweise auch für diese Gesellschafterbeschlüsse gelten. Die Einbeziehung all dieser weiteren Vorgänge überzeugt auch insofern, als dass sie zu einer weitgehenden und breitflächigeren Nutzung des neu geschaffenen Beurkundungsverfahrens führt. Dies würde die Neuregelung effizienter machen.¹⁸⁴

b) Beurkundungsverfahren

Es ist grundsätzlich zu begrüßen, dass das Präsenzverfahren im Online-Bereich gespiegelt wurde. Dafür wurde die physische durch eine virtuelle Anwesenheit beim Notar mittels eines audiovisuellen Systems ersetzt. Ebenso trägt die Bundesnotarkammer durch den Betrieb des Videokommunikationssystems richtigerweise die Verantwortung für dieses audiovisuelle System.¹⁸⁵

Jedoch können lediglich ungefähr die Hälfte der Mitgliedstaaten die im Rahmen der Legitimation notwendigen Dokumente herstellen. Dadurch ist der praktische Anwendungsbereich des Online-Verfahrens bei grenzüberschreitenden Sachverhalten erheblich eingeschränkt. Dies betrifft z. B. Frankreich, Italien oder Österreich.¹⁸⁶ Zudem zeigen die Sonderfälle der Vollmachtgründung und Gründung durch eine ausländische juristische Person erhebliche Defizite im Hinblick auf die technischen Möglichkeiten. Das hiesige Erfordernis von Papierdokumenten kann gerade nicht mit den Zielen des europäischen sowie des deutschen Gesetzgebers im Einklang stehen.¹⁸⁷

c) Gründung mittels Muster

Zwar werden die Muster des GmbHG stark kritisiert. Unter anderem mangelt es an den regelmäßig für die Mehrpersonengesellschaften erforderlichen Regelungsmechanismen und Gestaltungsoptionen wie z. B. Vinkulierungsklauseln oder Wettbewerbsverboten.¹⁸⁸

Allerdings ist dem entgegenzuhalten, dass es aufgrund der hohen Anzahl an Gestaltungsmöglichkeiten im deutschen Gesellschaftsrecht unmöglich erscheint, Muster zu entwickeln, die

¹⁷² Bormann/Stelmaszczyk ZIP 2018, 764, 771; Weber, Digitalisierung im Gesellschaftsrecht 2021, S. 106.

¹⁷³ Bormann/Stelmaszczyk ZIP 2018, 764, 770.

¹⁷⁴ Hördt/Hornung EWS 2022, 12, 19 f.

¹⁷⁵ BT-Drs. 19/28177, S. 115; RefE-DiRUG, S. 109.

¹⁷⁶ Stelmaszczyk/Kienzle ZIP 2021, 765, 767.

¹⁷⁷ Keller/Schümmer NZG 2021, 573, 577.

¹⁷⁸ Meier/Szalai ZNotP 2021, 306, 316; J. Schmidt DK 2018, 229, 231; Lieder NZG 2018, 1081, 1085.

¹⁷⁹ Bormann/Stelmaszczyk NZG 2019, 601, 602; Lieder NZG 2018, 1081, 1082 f.

¹⁸⁰ Omlor DStR 2019, 2544, 2549; Knaier GmbHR 2018, 560, 564; Halder NJOZ 2020, 1505, 1511.

¹⁸¹ Keller/Schümmer NZG 2021, 573, 577; Hoch NWB 2021, 3810, 3821.

¹⁸² Birkefeld/Schäfer BB 2019, 2626, 2629.

¹⁸³ J. Schmidt ZIP 2021, 112, 117.

¹⁸⁴ Drygala/Grobe GmbHR 2020, 985, 990 f.

¹⁸⁵ Keller/Schümmer NZG 2021, 573, 576.

¹⁸⁶ Heckschen/Knaier NZG 2021, 1093, 1097; Hoch NWB 2021, 3810, 3816.

¹⁸⁷ J. Schmidt ZIP 2021, 112, 116, die sogar von einem „Armutszeugnis für Deutschland und die EU“ spricht.

¹⁸⁸ Blunk/Monden ZdiW 2021, 74, 77; J. Schmidt ZIP 2021, 112, 117; Kindler/Jobst DB 2019, 1550, 1154.

allen denkbaren Konstellationen gerecht werden.¹⁸⁹ Zudem entsteht mit den aktuellen Mustern kein Risiko, dass Gründer aus Bequemlichkeits- oder Kostengründen zum Muster greifen und dadurch ihren Bedürfnissen einer praxistauglichen Lösung nicht gerecht werden. Dies verringert die Wahrscheinlichkeit für etwaige Streitigkeiten, die aufgrund von fehlenden oder außerhalb der Satzung beschlossenen Vereinbarungen entstehen.¹⁹⁰ In derartigen komplexeren Fällen bedarf es dann eines Hinweises des Notars, dass mit der Nutzung des Musterprotokolls Einschränkungen verbunden sind und dies daher gegebenenfalls nicht zu empfehlen ist.¹⁹¹ Dem ist zu folgen.

d) Bewertung

Das Ziel der DigRL, das Gesellschaftsrecht umfassend zu digitalisieren, wurde in Deutschland nur teilweise erreicht. Der Handelsregisterverlässlichkeit wird eine höhere Priorität als einer systematischen Digitalisierung eingeräumt.¹⁹² Die Folge dessen ist eine Minimallösung, bei der der deutsche Gesetzgeber die Digitalisierung nicht über das durch die EU zwingend vorgegebene Maß hinaus fördert.¹⁹³ Selbst diese Minimallösung weist einige Probleme und Defizite auf.

Allerdings hätte man im Interesse eines modernen, serviceorientierten Notariats direkt von Beginn an fortschrittlicher sein sollen.¹⁹⁴ Dies hätte der zurückgehenden Anzahl von Gesellschaftsgründungen in Deutschland entgegenwirken und den Standort Deutschland für in- und ausländische Investoren attraktiver machen können.¹⁹⁵ Somit geht das DiRUG in die richtige Richtung. Dennoch sollte das Online-Verfahren aber zumindest in den kommenden Jahren, vor allem wenn hinreichende Erfahrungen gewonnen und die Systeme optimiert wurden, bewusst fortentwickelt werden.¹⁹⁶

4. Zusammenfassung

Die Einbindung eines Notars bei der Online-Gründung der GmbH ist zwingend erforderlich und richtig.

Dies verdeutlicht der Vergleich zu den Online-Gründungsverfahren in Delaware und Dänemark. Jedoch stellen diese keine umsetzbaren Alternativen dar.

Vor dem Hintergrund ist aber umso mehr zu bedauern, dass das DiRUG die Vorgaben der DigRL nur insoweit umsetzt, wie diese es forderte. Folglich ist die Weiterentwicklung der Online-Gründung und des Online-Beurkundungsverfahrens nötig und wird daher erwartet.

D. Schluss

Insgesamt hat das DiRUG die DigRL zwar entsprechend umgesetzt. Jedoch machte der deutsche Gesetzgeber insofern von seinen Spielräumen Gebrauch, als dass er sämtliche Einschränkungen nutzte. Das DiRUG ist somit als Minimallösung für die Ermöglichung der Online-Gründung anzusehen.¹⁹⁷

Im Unterschied zum Präsenzverfahren bei der Gründung einer GmbH besteht bei der Online-Gründung die Möglichkeit der notariellen Beurkundung mittels Videokommunikation.¹⁹⁸ Dennoch ist der Notar wesentlicher Bestandteil des Gründungsverfahrens und muss auch bei der Online-Gründung seine bisherigen Funktionen erfüllen. So werden die Sicherheitsstandards aufrechterhalten und die Missbrauchsgefahren eingedämmt.¹⁹⁹ Diese Aspekte waren grundlegend für die Ausgestaltung des Online-Gründungsverfahrens.

Die Beibehaltung dieser Standards insbesondere der Einbindung eines Notars ist zu befürworten.²⁰⁰ Allerdings sind vor allem die praktischen Einschränkungen bei grenzüberschreitenden Sachverhalten und die Vorlage von Papierdokumenten in Sonderfällen zu hinterfragen. Zudem sollten Verbesserungen und Weiterentwicklungen im Hinblick auf den Anwendungsbereich der Online-Gründung und des Online-Beurkundungsverfahrens vorgenommen werden.²⁰¹

Zunächst ist aber mit Spannung die Annahme der Praxis von dieser neuen Möglichkeit der Online-Gründung, seit dem 1.8.2022 abzuwarten. Dafür wird die Kommission bis spätestens zum 1.8.2025 einen Bericht veröffentlichen (Art. 3 DigRL), der Daten darüber erhebt, wie die Online-Gründung in der Praxis funktioniert. Dabei werden vor allem die Daten hinsichtlich der Anzahl von Online-Gründungen, Verwendungen der Muster, Erforderlichkeit von physischer Anwesenheit sowie die Dauer und Kosten besonders zu beobachten sein.

** Der Autor studiert im 7. Fachsemester an der Albert-Ludwigs-Universität. Der Artikel basiert auf einer Seminararbeit zum Seminar im „Deutschen, Europäischen und Internationalen Unternehmensrecht“ von Herrn Prof. Dr. Hanno Merkt, LL.M. aus dem Sommersemester 2022.*

¹⁸⁹ Stelmaszczyk/Kienzle GmbHR 2021, 849, 858.

¹⁹⁰ Stelmaszczyk/Kienzle ZIP 2021, 765, 774.

¹⁹¹ Knaier GmbHR 2021, 169, 178; Heckschen/Knaier NZG 2021, 1093, 1097.

¹⁹² So bereits für den Gesetzentwurf des Landes Nordrhein-Westfalen Halder NJOZ 2020, 1505, 1513.

¹⁹³ Keller/Schümmer NZG 2021, 573, 576.

¹⁹⁴ J. Schmidt ZIP 2021, 112, 117.

¹⁹⁵ Hördt/Hornung EWS 2022, 12, 20; in diese Richtung auch Berger/Brem GWR 2021, 413, 413.

¹⁹⁶ Kienzle DNotZ 2021, 590, 606; J. Schmidt ZIP 2021, 112, 117; Knaier GmbHR 2018, 560, 564; Hoch NWB 2021, 3810, 3821.

¹⁹⁷ Kienzle DNotZ 2021, 590, 606; Keller/Schümmer NZG 2021, 573, 576.

¹⁹⁸ Knaier GmbHR 2021, 169, 175.

¹⁹⁹ Bock RNotZ 2021, 326, 337; Blunk/Monden ZdiW 2021, 74, 75; Hördt/Hornung EWS 2022, 12, 18.

²⁰⁰ Knaier GmbHR 2018, 560, 566; Bormann/Stelmaszczyk NZG 2019, 601, 608 f.; Lieder NZG 2020, 81, 83.

²⁰¹ Kienzle DNotZ 2021, 590, 606; J. Schmidt ZIP 2021, 112, 117.

Die Erledigung des Rechtsstreits

Julia Martin*

A. Abstract

Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache – das Monstrum des deutschen Zivilprozessrechts?¹ Kaum ein Problem hat die Literatur und Rechtsprechung so kontinuierlich beschäftigt wie die Erledigung in der Hauptsache.² Bereits im Jahre 1883 wurde das Reichsgericht erstmals mit dieser konfrontiert.³ Während man die Thematik gegen Ende des 19. Jahrhunderts noch als kostenrechtlich definierte,⁴ bildeten sich über die Jahre vielfältige Theorienkomplexe in unterschiedlichster Ausprägung, die sich durch ihren Gedankenreichtum ebenso auszeichnen wie durch ihre Meinungsvielfalt.⁵ So sah *Blomeyer* bereits vor mehr als 50 Jahren in den Erörterungen insbesondere zur einseitigen Erledigungserklärung einen Tummelplatz für juristische Theorien.⁶ Heute existiert nach wie vor ein reichhaltiges Arsenal der unterschiedlichsten Deutungen für den Umgang mit der einseitigen Erledigungserklärung: Während diese beispielsweise zum Teil als Klageverzicht qualifiziert wird, sehen andere in ihr eine privilegierte Klagerücknahme.⁷

Herrschend hat sich die Klageänderungstheorie herauskristallisiert, die vor allem den Zweck verfolgt, eine Kostentragungspflicht des Klägers abzuwenden. Vielfach wird deren Vorgehensweise jedoch von der Literatur als nicht sachgerecht empfunden.⁸ Der Schwerpunkt dieses Beitrags besteht deshalb darin, diese Klageänderungstheorie, welcher sich der BGH in ständiger Rechtsprechung bedient, auf ihre praktische wie auch theoretische Brauchbarkeit zu untersuchen.

B. Begrifflichkeiten

Was ist unter einer Erledigung des Rechtsstreits zu verstehen? Bislang hat sich weder in der Rechtsprechung noch in der Lehre eine eindeutige Terminologie durchgesetzt. Diese Begriffsverwirrung erschwert den Zugang zu der Thematik erheblich,⁹ so dass im Folgenden zunächst ein informativer Überblick über das

dogmatische Verständnis des BGH zur Erledigung gegeben werden soll.

I. Der „Erledigungsbegriff“ des BGH

Im Jahre 1962 entschied der BGH erstmals, dass eine Erledigung nicht vorliegen könne, wenn die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen der Klage von Anfang an nicht gegeben waren, d.h. die Klage von vornherein unzulässig oder unbegründet war.¹⁰ Auf dieser Entscheidung aufbauend entwickelte er seinen „Erledigungsbegriff“. Diesem zufolge liegt eine Erledigung vor, wenn eine Klage, die bei ihrer Erhebung zunächst zulässig und begründet war, durch ein Ereignis unzulässig oder unbegründet geworden ist.¹¹

II. Das Erledigungsereignis

Das Erledigungsereignis bezieht sich grundsätzlich auf einen materiell-rechtlichen Anspruch¹² und kann nach herrschendem Verständnis erst eintreten, wenn die Klage rechtshängig geworden ist, weil es davor an einem Prozessrechtsverhältnis zwischen den Parteien mangle.¹³

III. Die Erledigungserklärung

Die Erledigungserklärung ist eine Prozesshandlung, durch die der Kläger zum Ausdruck bringt, dass er den Rechtsstreit aufgrund der mit dem Ereignis einhergehenden veränderten Sachlage für erledigt ansieht.¹⁴

1. Die übereinstimmende Erledigungserklärung

Die rechtliche Behandlung dieser Erklärung hängt wesentlich von dem Verhalten des Beklagten ab.¹⁵ Letzterer hat die Möglichkeit, sich anzuschließen.¹⁶ Diesem Anschluss folgt dann eine Kostenentscheidung¹⁷ unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen gem. § 91a Abs. 1 S. 1 ZPO. Die Hauptsache ist infolge der konsensualen Parteidisposition unabhängig davon, ob eine Erledigung im

¹ Grunsky, in: FS Schwab, S. 165 (170).

² Vgl. *Becker-Eberhard*, in: FS Gerhardt, S. 25 (26); *ders.*, in: FS BGH, S. 273.

³ RGZ 10, S. 309 ff.; *Becker-Eberhard*, in: FS BGH, S. 273 (274).

⁴ *Hoffmann*, ZZP 125 (2012), S. 345 (371).

⁵ *Ulrich*, NJW 1994, S. 2793 (2796).

⁶ *Blomeyer*, JuS 1962, S. 212; *Ulrich*, NJW 1994, S. 2793 (2796).

⁷ *Jost/Sundermann*, ZZP 105 (1992), S. 261.

⁸ *Ulrich*, NJW 1994, S. 2793 (2797).

⁹ *Erbacher*, Klagerücknahme, S. 29.

¹⁰ BGH, NJW 1962, S. 1723.

¹¹ BGH, NJW 1965, S. 537; *Becker-Eberhard*, in: FS BGH, S. 273 (279) m.w.N.; *Pfeffer*, d. eins. Erled., S. 27 f; *Schumann*, in: FS Richardi, S. 403 (406); *Ulrich*, NJW 1994, S. 2793 (2797); a.A. BVerwG, NJW 1965, 1035; krit. zur Terminologie *Prütting/Wesser*, ZZP 116, S. 267 (277 ff.).

¹² *Kannengießer*, Antrag, S. 12 f.; vgl. *Knöringer*, JuS 2010, S. 569 (574); *Pape/Notthoff*, JuS 1995, S. 912 (913); *Pfeffer*, d. eins. Erled., S. 27 f.

¹³ BGH, NJW 1982, S. 1598; *Bergerfurth*, NJW 1992, S. 1655 (1656); *Pape/Notthoff*, JuS 1995, S. 912 (915).

¹⁴ *Baerwald*, d. Erl., S. 19; *Heiß/Heiß*, JA 2019, S. 15; *Schilken*, ZPR, Rn. 626.

¹⁵ *Pape/Notthoff*, JuS 1996, S. 341; dies kritisiert *Bredemeyer*, JA 2010, S. 535 f. unter Berufung auf den Bedarf einer nicht anschlussfähigen Erledigungsfeststellungserklärung; ähnlich *Müther*, MDR 1997, S. 528 ff., der § 91a ZPO in Ausnahmefällen ohne Zustimmung des Beklagten anwenden will.

¹⁶ Zu den Voraussetzungen der Abgabe s. *Pape/Notthoff*, JuS 1995, S. 912 (914); *Schreiber*, JURA 2012, S. 782 (783).

¹⁷ Die Kostenentscheidung ergeht nach h.M. (anders als bei § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO) ohne Antrag, BGH, NJW-RR 1997, S. 510; vgl. *Althammer*, in: Zöller, ZPO, § 91a, Rn. 22; a.A. *Brox*, JA 1983, S. 289 (290).

Sinne der obigen Ausführungen eingetreten ist, nicht mehr rechtshängig.¹⁸

2. Die einseitige Erledigungserklärung

Schließt sich der Beklagte der Erklärung nicht an, etwa weil er der Auffassung ist, dass die Klage von Anfang an unzulässig oder unbegründet war, bleibt die Erledigungserklärung einseitig.¹⁹ So dann ist zu fragen, nach welcher Norm eine solche einseitige Erledigungserklärung zu behandeln ist.

In § 91a ZPO wurde nur eine Regelung hinsichtlich der Rechtsfolgen einer übereinstimmenden Erledigungserklärung²⁰ getroffen. Auch § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO bezieht sich nur auf den Wegfall des Klageanlasses vor Rechtshängigkeit.

a) Fehlen einer ausdrücklichen Grundvorschrift

Es fehlt damit an einer ausdrücklichen Grundvorschrift für den Fall der einseitigen Erledigungserklärung.²¹ Daher stellt sich die Frage, ob diese Regelungslücke einer Lückenschließung durch Rechtsfortbildung bedarf.²²

b) Gewohnheitsrechtliche Anerkennung

Das Bestehen einer Regelungslücke kann jedenfalls nicht aufgrund der gewohnheitsrechtlichen Anerkennung²³ der einseitigen Erledigungserklärung abgelehnt werden, weil sich diese auf die Existenz der diesbezüglichen prozessualen Situation, nicht jedoch die Vorgehensweise, bezieht.²⁴

c) Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke

Eine Lückenschließung wäre dann notwendig, wenn es sich um eine planwidrige Regelungslücke, folglich nicht um eine nur bewusste Offenlassung im Sinne einer negativen Gesetzgebung handelt.²⁵ Hierfür bedarf es einer Untersuchung der historischen Entwicklung des Instituts der Erledigung.

Das diese betreffende, bis heute bestehende legislatorische Defizit²⁶ beruht insbesondere darauf, dass sich die CPO für das Deutsche Reich von 1877 der Materie nicht annahm.²⁷ Obwohl diese seit Inkrafttreten immer wieder novelliert wurde,²⁸ griff trotz anhaltender Rufe nach einer gesetzlichen Regelung der Erledigung keine der weiteren Reformnovellen die Vorschläge der

Literatur auf.²⁹ Die erste Bestimmung zur einseitigen Erledigungserklärung enthielt § 3 Abs. 3 des Mieterschutzgesetzes³⁰ aus dem Jahre 1926.³¹ Entgegen der allgemeinen Erwartung nutzte der Reformentwurf von 1931 nicht die Gelegenheit, diesen in die ZPO zu übernehmen.³²

Nachdem ein Jahrzehnt vergangen war, wurde eine Regelung zur beiderseitigen Erledigungserklärung in § 4 Abs. 1 der 3. Vereinfachungsverordnung vom 16.5.1942³³ aufgenommen.³⁴ Mit der Reformnovelle 1959 fand der neue § 91a ZPO schließlich Eingang in die ZPO.³⁵ Seither ist die beiderseitige Erledigungserklärung bundeseinheitlich geregelt.³⁶

Eine Regelung zur einseitig gebliebenen Erledigungserklärung unterblieb jedoch; die Vorschrift des § 3 Abs. 3 MSchG ging mit der Aufhebung des Mieterschutzgesetzes unter.³⁷

d) Zwischenergebnis

Nun könnte man aus der bisherigen Untätigkeit des Gesetzgebers folgern, dass eine Regelung unterlassen wurde, um das Institut der einseitigen Erledigung aus der ZPO zu „verbannen“. Vielmehr ist jedoch davon auszugehen, dass dieser bisher von einer Regelung Abstand nahm, weil er sich nicht in der Lage sah, eine angemessene Lösung zu finden.³⁸ Daher liegt eine gewollte und damit keine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes vor.³⁹

C. Rechtliche Behandlung der einseitigen Erledigungserklärung

I. Problem: Kostentragungspflicht des Klägers

Somit erscheint es erforderlich, auf die allgemeinen Regeln der ZPO zurückzugreifen. Welche Möglichkeiten stehen dem Kläger also offen, wenn seine Erledigungserklärung einseitig bleibt?

Zunächst könnte der Kläger seine Klage gem. § 269 Abs. 1 ZPO zurücknehmen. Ungeachtet des Umstandes, dass er dafür in der Regel die Zustimmung des Beklagten braucht, würde eine Klagerücknahme dazu führen, dass ihn die in § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO verortete Kostenfolge trifft.

¹⁸ BGHZ 83, 12 (14); BGH, NJW 1989, S. 2885 (2886); *Becker-Eberhard*, in: FS BGH, S. 273 (280); *Förschler/Steinle*, ZP, Rn. 1043; *Gürten*, d. Erl., S. 25 f.; *Habscheid*, in: FS Lent, S. 153 (162); *Schilken*, ZPR, Rn. 629.

¹⁹ *Förschler/Steinle*, ZP, Rn. 1031; *Pape/Notthoff*, JuS 1995, S. 912 (913).

²⁰ Zur defizitären Umsetzung des § 91a ZPO siehe *Hausherr*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, § 91a, Rn. 2; *Schumann*, in: FG Vollkommer, S. 155 (165 f.).

²¹ *El-Gayar*, die eins. Erled., S. 218; *Knöringer*, JuS 2010, S. 569; *Pape/Notthoff*, JuS 1996, S. 341; *Schumann*, JuS 1966, S. 26 (27).

²² *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 473; *Mann*, Einführung, Rn. 274; vgl. *Krüger*, JuS 2012, S. 873 f.

²³ Str., ob die gewohnheitsrechtliche Anerkennung grds. zu einer Verneinung der Lücke führt; dafür vgl. *Canaris*, Lücken, S. 29; dem folgend *El-Gayar*, d. eins. Erled., S. 195; *Lüke*, in: FS Weber, S. 323.

²⁴ *Ansorge*, d. eins. Erled., S. 39; *Pfeffer*, d. eins. Erled., S. 12.

²⁵ BGHZ 149, S. 165 (174); *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 473; vgl. *Köhler*, BGB AT, Rn. 23; so für die einseitige Erledigung *Pfeffer*, d. eins. Erled., S. 8.

²⁶ *Brucker*, d. Erl., S. 11; vgl. *Assmann*, in: Erlanger FS Schwab, S. 179; *Vogeno*, d. eins. Erl., S. 69 ff.

²⁷ Deutsches Reichsgesetzblatt Band 1877, Nr. 6, S. 83 f., im Folgenden RGBl. genannt; *Schumann*, in: FG Vollkommer, S. 155 (156).

²⁸ *Ulrich*, NJW 1994, S. 2793 (2793).

²⁹ Gesetz betreffend Änderungen der Civilprozeßordnung, RGBl. Band 1898, Nr. 21, S. 256 ff.; Bekanntmachung der Civilprozeßordnung, RGBl. Band 1898, Nr. 21, S. 410 ff.; *Vogeno*, d. eins. Erl., S. 69.

³⁰ Im Folgenden MSchG genannt.

³¹ *Schumann*, in: FG Vollkommer, S. 155 (157 f.); *Shen*, d. Erled., S. 13, Fn. 24.

³² *Schumann*, in: FG Vollkommer, S. 155 (160); vgl. Entwurf einer Zivilprozessordnung, veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium, 1931, S. 23.

³³ 3. Vereinf., RGBl. Band 1942 I, Nr. 131, S. 333 (334).

³⁴ *Schumann*, in: FG Vollkommer, S. 155 (161).

³⁵ Neubekanntmachung der ZPO, Bundesgesetzblatt Band 1950, Nr. 40, S. 533 (541 f.); *Schumann*, in: FG Vollkommer, S. 155 (162).

³⁶ *Knöringer*, JuS 2010, S. 569; *Pfeffer*, d. eins. Erled., S. 14; *Schumann*, in: FG Vollkommer, S. 155 (163).

³⁷ *Schumann*, in: FG Vollkommer, S. 155 (164); vgl. *Bettermann*, in: Kommentar zum MSchG, § 3 Rz. 308 ff.

³⁸ *Göppinger*, d. Erled., S. 18; *Vogeno*, d. eins. Erl., S. 69.

³⁹ *Ansorge*, d. eins. Erled., S. 37.

Auch ein Verzicht gem. § 306 ZPO hilft ihm nicht weiter, denn hier trifft ihn als unterlegene Partei die Kostenfolge des § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO.

Bleibt der Kläger untätig, müsste er nach Abweisung der Klage ebenfalls die Kosten gem. § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO tragen. Somit würde er – egal welchen prozessualen Weg er beschreitet – seine Prozesskosten selbst zu tragen haben.

Weil dieses Ergebnis allgemein als unbillig empfunden wurde, haben sich mit dem Ziel der Vermeidung einer Kostenlast des Klägers unzählige Theorien herausgebildet. Im Folgenden soll die Vorgehensweise des BGH untersucht werden.

II. Die Lückenschließung des BGH: Klageänderung

1. Die einseitige Erledigungserklärung als Feststellungsantrag

Um eine für den Kläger gem. § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO nachteilige Kostenentscheidung zu vermeiden, wird diesem nach der Rechtsprechung des BGH die Befugnis eingeräumt, seine Klage in eine Erledigungsfeststellungsklage zu ändern. Die einseitige Erledigungserklärung⁴⁰ wird demnach als Sachantrag verstanden, der sowohl auf die Feststellung gerichtet ist, dass die Klage ursprünglich zulässig und begründet war, wie auch auf die Feststellung, dass sie durch ein nach Rechtshängigkeit eingetretenes Ereignis unzulässig oder unbegründet geworden ist.⁴¹

Stattgegeben wird dem Feststellungsantrag dann, wenn sich die zunächst aussichtsreiche Klage erledigt hat.⁴² Hat sie sich indes nicht erledigt, ist sie abzuweisen, so dass sich eine hilfsweise Aufrechterhaltung des ursprünglichen Klageantrags empfiehlt.⁴³ Die Entscheidung des Gerichts über diesen Antrag erwächst in materieller Rechtskraft.⁴⁴

2. Unstimmigkeiten innerhalb der Klageänderungstheorie

Innerhalb dieser Theorie haben sich viele systematische Unterschiede zur Zulässigkeit der Klageänderung herausgebildet.⁴⁵ Umstritten ist etwa, aus welcher Norm sich die Zulässigkeit der Klageänderung ergibt. Während zum Teil vertreten wird, dass

diese aus § 264 Nr. 2⁴⁶ folge, plädieren andere hingegen für § 264 Nr. 3⁴⁷ oder § 263 ZPO⁴⁸. Indirekt wird mit der Beantwortung dieser Frage bestimmt, welche Auswirkungen die Klageänderung auf den nach § 3 ZPO festzusetzenden Streitwert hat. Auch hier werden wiederum unterschiedliche Auffassungen vertreten.⁴⁹ In Betracht kommen eine Halbierung des Streitwerts⁵⁰, dessen Gleichbleiben⁵¹ oder eine Ausrichtung des Streitwerts am Kosteninteresse, wie sie der BGH befürwortet^{52,53}.

Ebenfalls existieren unterschiedliche Ansichten darüber, wie der rechtskraftfähige Inhalt des Erledigungsurteils bestimmt wird.⁵⁴

3. Die Kostenentscheidung nach der Klageänderungstheorie

Über die Kostenverteilung entscheidet das Gericht bei seiner Sachentscheidung von Amts wegen mit, § 308 Abs. 2 ZPO.⁵⁵ Ausgangspunkt dieser Kostenentscheidung ist § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO, wonach die in einem Rechtsstreit entstandenen Kosten der in der Hauptsache unterliegenden Partei zur Last fallen⁵⁶ (Unterliegensprinzip).⁵⁷ Weil bei der Kostenentscheidung somit an das Ergebnis der Hauptsacheentscheidung angeknüpft wird, kommt es zu deren Gleichlauf.⁵⁸

Der aus dieser Kostenentscheidung erwachsende sog. prozessuale Kostenerstattungsanspruch⁵⁹ stellt einen verschuldensunabhängigen⁶⁰ Schadensersatzanspruch⁶¹ dar und beschränkt sich auf die Prozesskosten.⁶²

Entgegen des § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO beruhen nicht alle Kostentatbestände auf dem Prinzip der Unterliegenshaftung. Beispielsweise liegt § 93 ZPO eine *Verschuldenshaftung* zugrunde.⁶³ Hierbei ist festzustellen, dass das Verschuldensprinzip die Erfolgsrisikohaftung verdrängt, da eine verschuldensbasierte Haftung schwerer wiegt.⁶⁴

Von dem aus § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO folgenden prozessualen Kostenerstattungsanspruch grenzt die herrschende Meinung den

⁴⁰ Sie wird als Erwirkungshandlung angesehen, *Mössner*, NJW 1970, S. 175 (176); *Schulz*, in: MüKo-ZPO, § 91a Rn. 3.

⁴¹ BGH, NJW 2002, S. 442; *Gehle*, in: Baumbach/Lauterbach, ZPO, § 91a Rn. 168; *Habscheid*, in: FS Lent, S. 153 (169); *Lüke*, in: FS Weber, S. 323 (334 f.); *Lüke*, ZPR, § 21 Rn. 7; *Oberheim*, ZPR, S. 417; *Pantle/Kreissl*, Praxis, S. 207 ff.; *Timme*, JA 2000, S. 224 (226).

⁴² *Heiß/Heiß*, JA 2019, S. 15 (18).

⁴³ *Althammer*, in: Zöllner, ZPO, § 91a Rn. 35; *Barczak*, JA 2014, S. 778 (780).

⁴⁴ *Förschler/Steinle*, ZP, Rn. 1036; *Habscheid*, JZ 1963, S. 624 (625); *Knöringer*, JuS 2010, S. 569 (575).

⁴⁵ *Vogeno*, d. eins. Erl., S. 43.

⁴⁶ BGH, NJW 2008, S. 2580; *Walther*, NJW 1994, S. 423 (424); z.T. auch unter analoger Anwendung s. *Habscheid*, JZ 1963, S. 624 (625); *Kannengießner*, Antrag, S. 58; *Knöringer*, JuS 2010, S. 569 (570).

⁴⁷ Hierzu *Huber*, JuS 2013, S. 977; *Lüke*, in: FS Weber, S. 323 (331 f.); *Ulmer*, MDR 1963, S. 974 (977); z.T. auch unter analoger Anwendung s. *Stahnecker*, d. eins. Erl. S. 129.

⁴⁸ *Lüke*, in: FS Weber, S. 323 (332).

⁴⁹ Vgl. *Anders/Gehle*, Streitwert, S. 117; *Becker-Eberhard*, Grundlagen, S. 220; *Deppert*, in: FS Wenzel, S. 23 (24 f.); *Temming*, Einfluss, S. 104.

⁵⁰ OLG Frankfurt, MDR 1995, S. 207.

⁵¹ OLG München, NJW-RR 1996, S. 956.

⁵² BGHZ 106, S. 359 (366); BGH, NJW 1986, S. 588 (589).

⁵³ *Heiß/Heiß*, JA 2019, S. 15 (19).

⁵⁴ Nach h.M. erwachsen die Gründe der Erledigung der Rechtskraft, s. BGH, NJW 1991, S. 2280 (2281) m.w.N.; *Ebner*, JA 1998, S. 784 (791); *Foerste*, in: FS Stürner, S. 273 (283); *Temming*, Einfluss, S. 92.

⁵⁵ *Anders/Gehle*, Antrag, S. 154; *Olivet*, Kostenverteilung, Rn. 22.

⁵⁶ *Muthorst*, in: Stein/Jonas, ZPO, vor § 91, Rn. 6; *Schulz*, in: MüKo-ZPO, vor § 91, Rn. 26; *Sonnen*, Kostenentscheidung, S. 4.

⁵⁷ *Hoffmann*, ZZZ 125 (2012), S. 345 (348); *Schneider*, MDR 1981, S. 353 (354); *Siebert*, Prinzipien, S. 179; die Gesichtspunkte, die die Pflicht zum Kostenersatz begründen, sind sehr verschieden, s. *Wilburg*, d. Elemente, S. 265 ff.

⁵⁸ *Hoffmann*, ZZZ 125 (2012), S. 345 (349); *Grunsky*, in: FS Schwab, S. 165; *Sonnen*, Kostenentscheidung, S. 4.

⁵⁹ *Keller*, JURA 2011, S. 448.

⁶⁰ *Schulz*, in: MüKo-ZPO, vor § 91, Rn. 26; *Grunsky/Jacoby*, ZPR, Rn. 826; *Hoffmann*, ZZZ 125 (2012), S. 345 (353); zur Rechtfertigung des Haftungsmaßstabs s. *Wolf*, in: FS Henckel, S. 911 (912).

⁶¹ BGH, NJW 1976, S. 1256 (1257); *Gerland*, ZZZ 47 (1918), S. 299 (305); *Hoffmann*, ZZZ 125 (2012), S. 345 (349); a.A. *Zeiss/Schreiber*, ZPR, Rn. 804.

⁶² *Hoffmann*, ZZZ 125 (2012), S. 345 (354); *Zeiss/Schreiber*, ZPR, Rn. 805.

⁶³ *Gierl*, in: Saenger, ZPO, § 95, Rn. 1; *Jaspersen*, in: BeckOK-ZPO, § 93 Rn. 1.

⁶⁴ *Hoffmann*, ZZZ 125 (2012), S. 345 (360); *Larenz/Canaris*, SchuldR, S. 608.

sog. materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch ab, welcher sich unabhängig von der Kostengrundentscheidung⁶⁵ beispielsweise aus Auslagen, die ohne Rücksicht auf ein Prozessverfahren zur Durchsetzung eines Anspruches gemacht werden, ergibt.⁶⁶ Ein solcher erfordert sowohl ein schuldhaftes Verhalten wie auch eine sachlich-rechtliche Anspruchsgrundlage.⁶⁷

4. Kritik an der Kostenentscheidung nach der Klageänderungstheorie

Nachdem das kostenrechtliche System der ZPO aufgezeigt wurde, soll nun auf die Bedenken, die sich durch die Klageänderungstheorie hinsichtlich der Kostenentscheidung ergeben, aufmerksam gemacht werden.

a) Reduktion des Streitwerts

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Klageänderung zu einer Reduktion des Streitwerts führt. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn man den Streitwert – wie der BGH – am Kosteninteresse des Klägers ausrichtet. Somit muss der Kläger sogar in den Fällen, in denen er obsiegt, einen Teil der Prozesskosten tragen.⁶⁸ Folglich wird das Ziel, diesen von der Kostentragungspflicht vollständig zu befreien, nicht erreicht.

b) Erfordernis eines weiteren Prozesses

Ferner ist der Kläger infolge des Umstands, dass ein materiell-rechtlicher Kostenerstattungsanspruch innerhalb der Kostenentscheidung des § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO keine Berücksichtigung findet,⁶⁹ dazu angehalten, diesen mittels einer weiteren Klage geltend zu machen.⁷⁰ Selbst wenn man von diesem Umstand absieht, ist fraglich, auf welche Anspruchsgrundlage sich dessen Geltendmachung stützen soll. In den Fällen nämlich, in denen die §§ 280 ff., 823 f. BGB nicht einschlägig sind, muss der Kläger einen Teil der Kosten selbst tragen.⁷¹

Zudem ist ein zweiter Prozess nicht ohne Weiteres zulässig: Zwar ist eine prozessuale Kostenentscheidung nicht erschöpfend.⁷² Bleibt jedoch der Sachverhalt, der zu einer abschließenden Kostenentscheidung geführt hat, unverändert, könnte es dem Kläger verwehrt sein, den gleichen Sachverhalt erneut zur Sachprüfung zu stellen.⁷³

⁶⁵ Lüke, ZPR, Rn. 496.

⁶⁶ BGH, NJW 2007, S. 1458; Gottwald, in: Rosenberg/Schwab, ZPR, § 91a, Rn. 10; Hopt, Schadenersatz, S. 198; Pohlmann, ZPR, Rn. 862; Schneider, MDR 1981, S. 353.

⁶⁷ Vgl. BGHZ 52, S. 393 (396); BGH, NJW 1988, S. 2032; Anders/Gehle, Antrag, S. 190; Schneider, MDR 1981, S. 353 (354); Schulz, in: MüKo-ZPO, vor § 91, Rn. 18.

⁶⁸ Becker-Eberhard, Grundlagen, S. 220; Hoffmann, ZJP 125 (2012), S. 345 (368); vgl. Muthorst, in: Stein/Jonas, ZPO, § 91a, Rn. 56.

⁶⁹ So ausdrücklich BGHZ 83, S. 12 (15).

⁷⁰ Becker-Eberhard, Grundlagen, S. 267.

⁷¹ Hoffmann, ZJP 125 (2012), S. 345 (369).

⁷² Hopt, Schadenersatz, S. 199; Sannwald, NJW 1985, S. 989; Schneider, MDR 1981, S. 354.

c) Zwischenergebnis

Somit führt die herrschende Klageänderungstheorie zu unbefriedigenden Ergebnissen. Insbesondere wird deren Hauptziel, eine Kostenbelastung des Klägers zu vermeiden, nicht erreicht.

III. Anderweitige Lösungsansätze

Im Folgenden sollen einige anderweitige Lösungsvorschläge vorgestellt werden.

1. Analoge Anwendung des § 91a ZPO

Um eine gerechte Kostenentscheidung herbeizuführen, könnte eine analoge Anwendung des § 91a ZPO in Betracht gezogen werden.⁷⁴ Dafür spricht zunächst, dass die Kostenentscheidung bei einseitiger und übereinstimmender Erledigungserklärung nach gleichartigen Gesichtspunkten getroffen werden könnte.⁷⁵ Außerdem kann die analoge Anwendung nicht unter Berufung auf den Ausnahmecharakter der §§ 91 ff. ZPO abgelehnt werden.⁷⁶ Denn auch Ausnahmenvorschriften sind analogiefähig, wenn ihnen ein gegenüber dem allgemeinen Grundsatz engeres Prinzip zugrunde liegt, und innerhalb dieses engeren Prinzips die Voraussetzungen einer Analogie gegeben sind.⁷⁷

Allerdings spricht, abgesehen von dem Fehlen einer planwidrigen Regelungslücke (vgl. o.), der eindeutige Wortlaut des § 91a ZPO gegen dessen analoge Anwendung.⁷⁸ Überdies wird eine Solche der um den einseitigen Erledigungsantrag rankenden Problematik nicht gerecht. Führen die Parteien ein verkürztes Verfahren nach § 91a ZPO durch ihre übereinstimmenden Erledigungserklärungen herbei, unterwerfen sie sich diesem freiwillig.⁷⁹ Bei der einseitigen Erledigungserklärung wird jedoch über die verfahrensrechtliche Lage gestritten; der Beklagte hat ein berechtigtes Interesse daran, dass ohne seine Einwilligung über die Prozesskosten nicht nur aufgrund einer noch gar nicht abgeschlossenen Sachprüfung entschieden wird.⁸⁰ Eine analoge Anwendung des § 91a ZPO scheidet folglich aus.

2. Analoge Anwendung des § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO

Auch eine analoge Anwendung des § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO⁸¹ scheidet ausweislich seines eindeutigen Wortlauts aus.⁸²

⁷³ BGHZ 45, S. 251 (257); BGH, NJW 1966, S. 1513 (1515); vgl. Zeiss/Schreiber, ZPR, Rn. 806.

⁷⁴ Gamm, MDR 1956, S. 715 (717); Müller-Tochtermann, NJW 1958, S. 1761 (1764); krit. Pape/Nothoff, JuS 1996, S. 538.

⁷⁵ El-Gayar, d. eins. Erled., S. 220; Göppinger, d. Erled., S. 139; Shen, d. Erled., S. 161.

⁷⁶ So aber BGH, NJW 1988, S. 2032 (2034); Fischer, JuS 2013, S. 694 (695); Gehle, in: Baumbach/Lauterbach, ZPO, Grdz. vor § 91 Rn. 43.

⁷⁷ Pühmeyer, d. mat. KEA, S. 28.

⁷⁸ Becker-Eberhard, Grundlagen, S. 262.

⁷⁹ Kannengießer, Antrag, S. 35, 65.

⁸⁰ Habscheid, JZ 1963, S. 624 (630).

⁸¹ Bonifacio, MDR 2002, S. 499 (500).

⁸² Deckenbrock/Dötsch, JA 2005, S. 447; Musielak, JuS 2002, S. 1203 (1205); Tegeder, NJW 2003, S. 3327.

3. Sonstige Einordnungsversuche der einseitigen Erledigungserklärung

a) Die Theorie der Klagerücknahme

Nach der *Theorie der privilegierten Klagerücknahme* wird der Rechtsstreit bei einer einseitigen Erledigungserklärung ohne Sachentscheidung beendet und die Kostentragungspflicht dem Beklagten, zum Teil nach § 93 ZPO analog, aufgebürdet.⁸³ Dagegen spricht jedoch insbesondere, dass der Beklagte nicht vor einer erneuten Klage geschützt ist.⁸⁴

b) Die Verzichtstheorie

Zum Teil wird die einseitige Erledigungserklärung als *Verzicht* gem. § 306 ZPO gedeutet. Mit seiner Erledigungserklärung verdeutliche der Kläger, dass er auf seinen Hauptanspruch verzichte, die Kosten aber dem Beklagten aufzuerlegen seien.⁸⁵ Gegen diese Interpretation spricht nicht, dass er sich mit Abgabe des Verzichts in die prozessuale Rolle des Unterlegenen begeben muss.⁸⁶ Grundsätzlich kommt dem Zivilprozess nämlich keine Genugtuungsfunktion zu.⁸⁷ Zwar wird der Prozess infolge eines Verzichts im Unterschied zur Klagerücknahme durch ein abweisendes Sachurteil beendet.⁸⁸ Allerdings ergeht dieses Urteil ohne weitere Prüfung der tatsächlichen oder rechtlichen Voraussetzungen des Klageanspruchs des Klägers,⁸⁹ so dass den Interessen des Beklagten an einem streitigen Sachurteil nicht genüge getan würde.

c) Zwischenergebnis

Somit vermögen diese Einordnungsversuche nicht zu überzeugen.

IV. Erfordernis einer Modifikation im Kostenrecht

Um bei Erledigungskonstellationen sachgerechte Ergebnisse zu erzielen, bedarf es vielmehr einer Modifikation des Kostenrechts.

1. Mangelhafte Durchsetzung des Erfolgsrisikoprinzips

Dies wird deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, dass der eigentliche Ausgangspunkt der gesamten Problematik um die Erledigung in erster Linie auf der defizitären Umsetzung des Erfolgsrisikoprinzips im Kostenrecht beruht.

Mit dem Eintritt eines Erledigungsereignisses geht eine Veränderung der rechtlich relevanten Tatsachenlage einher.⁹⁰ Jedoch wird die Möglichkeit, dass sich die Sachlage nach Erhebung der Klage verändern kann, bei der Erfolgsrisikohaftung

nur unzureichend berücksichtigt,⁹¹ wenn der für die Kostenentscheidung maßgebliche Zeitpunkt in Übereinstimmung mit demjenigen der Hauptsacheentscheidung in dem Schluss der letzten mündlichen Verhandlung⁹² gesehen wird.⁹³

2. Erfordernis einer kostenrechtlichen Lösung

Um dem Erfolgsrisikoprinzip auch in Erledigungskonstellationen zum Erfolg zu verhelfen, bedarf es daher eines für die Kostenentscheidung modifizierten Entscheidungszeitpunkts: Wie dargelegt, bestimmt sich die Kostentragungspflicht nach § 91 ZPO unabhängig davon, ob mit oder ohne Recht prozessiert wird. Dadurch ergibt sich, dass der für die Kostenentscheidung relevante Anknüpfungspunkt entgegen dem Gleichlauf der Hauptsache- und Kostenentscheidung nicht derjenige des Schlusses der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung, sondern derjenige der *Anhängigkeit* sein muss, weil die Ursache für den Eintritt des Schadens mit dem Einleiten des Prozesses gesetzt wird. Die Partei also, die sich in diesem Zeitpunkt im Unrecht befindet und wegen welcher es einer Klageerhebung bedarf, verursacht die Prozesskosten als Schaden. Dieser Schaden bleibt unabhängig von einer späteren Veränderung der Sachlage bestehen; für die Kostenentscheidung kann es daher keine Rolle spielen, dass sich der Schädiger nachträglich im Recht befindet.⁹⁴

Im Ergebnis würde der Beklagte dann die Kosten tragen, wenn die Klage in diesem Zeitpunkt aussichtsreich war und sich nachträglich erledigt hat. Wäre sie demgegenüber von vornherein aussichtslos gewesen, würden die Kosten umgekehrt dem Kläger aufgebürdet. Sollte die Klage aussichtsreich gewesen sein und sich nicht erledigt haben, müsste der Beklagte regulär für die Kosten nach § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO aufkommen.⁹⁵

Demgegenüber würden im Hauptsacheverfahren weiterhin die Erfolgsaussichten der Klage überprüft und aufgrund der Veränderung der Sachlage die Klage abgewiesen. Die Erledigungserklärung wäre also ein reiner Kostenantrag.⁹⁶

Vergleichbar forderte *Grunsky*, dass der Kläger zusätzlich, um den Prüfungsaufwand des Gerichts herabzusetzen, unter entsprechender Anwendung des § 93 ZPO den sofortigen Klageverzicht erklären müsse, wenn ihm gegenüber dem Beklagten kein materiell-rechtlicher Kostenerstattungsanspruch zustünde.⁹⁷ Ein solcher Klageverzicht führt jedoch in Erledigungskonstellationen nicht zu einer Schadensminderung: Während eine Kostenentscheidung bei § 93 ZPO unabhängig vom Erfolgsrisiko ergeht, es folglich nicht auf eine Überprüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache ankommt, ist eine solche bei der Erledigung jedoch erforderlich, um nachzuweisen, wer im

⁸³ *Blomeyer*, NJW 1982, S. 2750 (2752 f.); *Haubelt*, ZJP 89 (1976), S. 192 (195); *Mössner*, NJW 1970, S. 175; *Habscheid*, JZ 1963, S. 624 (625).

⁸⁴ Vgl. *Assmann*, in: Erlanger FS Schwab, S. 179 (184).

⁸⁵ *Foerste*, in: FS Stürmer, S. 273 (280 ff.); *Hellwig*, System, S. 630; *Temming*, Einfluss, S. 207 f.

⁸⁶ *Mössner*, NJW 1970, S. 175; vgl. *Schulz*, in: MüKo-ZPO, § 91a Rn. 79.

⁸⁷ *Hoffmann*, ZJP 125 (2012), S. 345 (380); a.A. *Jost/Sundermann*, ZJP 105 (1992), S. 261 (282).

⁸⁸ *Pohlmann*, ZPR, Rn. 459.

⁸⁹ BGH, NJW 1980, S. 838; *Blomeyer*, ZPR, S. 324; *Saenger*, in: Saenger, ZPO, § 306, Rn. 7.

⁹⁰ *Kannengießler*, Antrag, S. 12 f.; *Knöringer*, JuS 2010, S. 569 (570); *Pfeffer*, d. eins. Erled., S. 27 f.

⁹¹ *Hoffmann*, ZJP 125 (2012), S. 345 (362).

⁹² Vgl. *Ebner*, JA 1998, S. 784; *Leipold*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 300 Rn. 19 ff.

⁹³ *Hoffmann*, ZJP 125 (2012), S. 345 (362).

⁹⁴ *Hoffmann*, ZJP 125 (2012), S. 345 (372).

⁹⁵ *Hoffmann*, ZJP 125 (2012), S. 345 (380); *Heiß/Heiß*, JA 2019, S. 15 (17).

⁹⁶ *Hoffmann*, ZJP 125 (2012), S. 345 (377); *Heiß/Heiß*, JA 2019, S. 15 (16).

⁹⁷ *Grunsky*, in: FS Schwab, S. 165 (171 f.).

für die Kostenentscheidung maßgebenden Zeitpunkt der Anhängigkeit im Unrecht war. Somit kann von einer vollumfänglichen Überprüfung der Erfolgsaussichten nicht abgesehen werden, so dass auch keine Kosten gespart würden.⁹⁸

Entgegen der herrschenden Meinung muss zudem auch dem Beklagten die Möglichkeit zur Stellung eines Kostenantrags infolge der Erledigung eröffnet sein. Im Gegensatz zu den Stimmen, die ein diesbezügliches praktisches Bedürfnis verneinen,⁹⁹ besteht ein solches nämlich sehr wohl.¹⁰⁰

3. Stellungnahme

Mit dem Institut der Erledigung in der Hauptsache wird seit jeher darauf abgezielt, eine Sachentscheidung gegen den Kläger zu vermeiden.¹⁰¹ Der obige Vorschlag hingegen, der die Erledigungserklärung als reinen Kostenantrag definiert, führt infolge der nach der Anhängigkeit der Klage eintretenden Änderung der Sachlage zu einer Klageabweisung.

Wie bereits festgestellt, ist mit dem Verlust eines Zivilprozesses kein Unwerturteil verbunden. Es lässt sich somit nicht begründen, dem Kläger aufgrund von Gerechtigkeitserwägungen die Möglichkeit zu eröffnen, sich ohne abweisende Entscheidung vom Rechtsstreit zu lösen.¹⁰² Selbst wenn man dies indes befürwortet, erfolgt durch das Vorgehen der Rechtsprechung zwar kein abweisendes Urteil zulasten des Klägers. Es wird jedoch, was sich im Vergleich zu dem Erlass eines klageabweisenden Urteils als folgenschwer erweist, keine Abwendung der Kostenlast des Klägers erzielt.

Dieses Hauptziel, mehr noch, das einzig relevante Anliegen des Klägers der Herbeiführung einer für ihn günstigen Kostenentscheidung, ließe sich mit der oben beschriebenen kostenrechtlichen Modifikation erreichen. Der Kläger könnte auf diese Weise eine vollständige Kostenerstattung bewirken.

Zusätzlich würde dem Interesse des Beklagten insofern genüge getan, dass unabhängig von der Stellung des Kostenantrags in der Sache weiter prozessiert würde. Ferner bestünde auch für ihn die Möglichkeit der Abgabe einer Erledigungserklärung.

Dieser moderne Ansatz zeigt, dass sich ein Ausgleich der Parteiinteressen in Erledigungskonstellationen ohne ein umständliches Klageänderungsverfahren erreichen ließe. Insbesondere drängt sich damit auf, wie sehr sich die Rechtsprechung der Erkenntnis des Bedürfnisses einer kostenrechtlichen Lösung verwehrt. Der jahrelange Streit um die einseitige Erledigungserklärung klärte das Problem nicht, sondern verschleierte dieses vielmehr. Die verfahrensrechtlichen Gebilde der Rechtsprechung vermeiden eine Kostentragungspflicht des Klägers jedenfalls nur sehr oberflächlich und führen zu schwerwiegenden Folgeproblemen.¹⁰³

Im Ergebnis können die Erledigungskonstellationen daher nur durch eine solche Modifikation des Kostenrechts bewältigt werden.

D. Fazit

Die obige Untersuchung hat gezeigt, dass die gesamte Problematik der Erledigung der Hauptsache trotz der diese betreffenden vielfältigen Diskussionen bislang nur unzureichend gelöst wurde.

Insbesondere der (Um-)Weg des BGH im Hinblick auf die einseitige Erledigungserklärung führt zu erheblichen Folgeproblemen. Diese Rechtsprechung vermag das Ziel, den Kläger vollständig von seiner Kostenlast zu befreien, nicht zu erreichen.

Um die Kostentragungspflicht des Klägers abzuwenden, bedarf es einer Befreiung des Instituts der einseitigen Erledigungserklärung von dem „Wust“ an Lösungsansätzen, der sich im Laufe der Zeit angesammelt hat. Sofern eine Partei einen entsprechenden Kostenantrag stellt, muss im Rahmen der Kostenentscheidung an den materiell-kostenrechtlich maßgeblichen Zeitpunkt der *Anhängigkeit* angeknüpft werden, weil in diesem die Ursache für den Eintritt des Schadens gesetzt wird. Mit diesem modifizierten Entscheidungszeitpunkt kann, losgelöst vom Prozessausgang, eine für beide Parteien gerechte Kostenentscheidung im Ausgangsverfahren gefällt werden.

Es bedarf einer kostenrechtlichen Modifikation, weil sich bereits die Differenzierung zwischen prozessualen und materiellrechtlichen Kostenerstattungsansprüchen als äußerst fragwürdig erweist und Letztere nur auf Umwegen zu einer Vermeidung der Kostenlast des Klägers verhelfen. Um ein etwaiges Verschulden bereits im Ausgangsprozess berücksichtigen zu können, und eine zweite Klage entbehrlich zu machen, muss dem insbesondere in § 93 ZPO verwurzelten Verschuldensprinzip Geltung verschafft werden.

Mit Blick auf die Zukunft lässt sich festhalten, dass sich die unendliche Geschichte¹⁰⁴ der Erledigung fortsetzen wird, solange man sich der Erkenntnis verwehrt, dass es einer Korrektur des Kostenrechts bedarf, um die Erledigungsproblematik an Ort und Stelle zu lösen.

**Die Autorin studierte bis 2022 an der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg und ist Mitglied der Redaktion. Zudem ist sie Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Wirtschafts-, Arbeits-, und Sozialrecht, Abt. II: Arbeitsrecht. Der Aufsatz basiert auf ihrer Seminararbeit.*

⁹⁸ Hoffmann, ZZP 125 (2012), S. 345 (373).

⁹⁹ Habscheid, in: FS Lent, S. 153 (171).

¹⁰⁰ Hoffmann, ZZP 125 (2012), S. 345 (372); Göppinger, d. Erled., S. 78.

¹⁰¹ Lazarus, GruchB 52 (1908), S. 593 (598); Smid, ZZP 97 (1984), S. 245 (258).

¹⁰² Temming, Einfluss, S. 208.

¹⁰³ Hoffmann, ZZP 125 (2012), S. 345 (371).

¹⁰⁴ Jost/Sundermann, ZZP 105 (1992), S. 261 (262).

Über die Strafbarkeit der Aufstellung von Geschwindigkeitsrekorden auf der Autobahn – zugleich ein Überblick über die Delikte des Straßenverkehrs

Jan Ludwig*

A. Abstract

Im Sommer 2021 fuhr ein tschechischer Millionär bis zu 417 km/h auf der Autobahn und stellte ein Video¹ von dieser Fahrt ins Internet.² In der Folge erstatteten zehn Menschen Anzeige gegen den Fahrer, jedoch stellte die Staatsanwaltschaft mangels eines hinreichenden Tatverdachts ein daraufhin eingeleitetes Ermittlungsverfahren ein.³ Auf den ersten Blick mag es unverständlich erscheinen, dass eine solch rasante Fahrt nicht bestraft wird, was sich vor allem in den Kommentarspalten des Internets widerspiegelte, wo viele Empörte ihrem Unmut Luft machten,⁴ weshalb im Folgenden beleuchtet werden soll, unter welchen Voraussetzungen eine Strafbarkeit in Betracht kommt und weshalb in besagtem Fall das Verfahren eingestellt wurde.

B. Hinreichender Tatverdacht

Gem. § 170 Abs. 1 StPO ist für die Anklageerhebung ein hinreichender Tatverdacht erforderlich. Ansonsten wird das Verfahren gem. § 170 Abs. 2 S. 1 StPO eingestellt. Der Tatverdacht ist hinreichend, wenn nach der praktischen Erfahrung die Verurteilung wahrscheinlicher ist als der Freispruch.⁵ Die Staatsanwaltschaft klagt demnach an, wenn sie in einer Prognoseentscheidung zu dem Ergebnis gelangt, dass der Beschuldigte überführt werden wird.⁶ Im Falle des Millionärs auf der Autobahn gelangte die Staatsanwaltschaft folglich zu dem Ergebnis, dass eine Verurteilung wegen einer Straftat nicht wahrscheinlich ist.

C. Keine Strafbarkeit gem. § 315d Abs. 1 Nr. 1, 2 StGB

Vor wenigen Jahren wurde das Veranstalten von Kraftfahrzeugrennen unter Strafe gestellt, um die Verkehrssicherheit zu erhöhen.⁷ § 315d Abs. 1 Nrn. 1, 2 StGB stellen die Ausrichtung, Durchführung und Teilnahme an Kraftfahrzeugrennen unter

Strafe. Fraglich ist, ob ein solches Rennen in der Fahrt des Millionärs zu sehen ist. Darunter versteht man einen Wettbewerb zwischen mindestens zwei Teilnehmern zur Erzielung von Höchstgeschwindigkeiten im Straßenverkehr.⁸ Mangels eines Kontrahenten des Millionärs, dem es lediglich um die Aufstellung eines eigenen Geschwindigkeitsrekordes ging, liegt somit schon kein Kraftfahrzeugrennen vor, weshalb er sich nicht gem. § 315d Abs. 1 Nr. 1, 2 StGB strafbar machte.

D. Keine Strafbarkeit gem. § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB

Um Strafbarkeitslücken zu vermeiden, wurde zudem § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB geschaffen, der Fälle mit nur einem Fahrzeug erfassen soll.⁹ Gewissermaßen handelt es sich somit um einen Auffangtatbestand zu den beiden vorhergehenden Nummern.¹⁰ Allerdings soll die Norm nicht bereits nur erhebliche Geschwindigkeitsübertretungen bestrafen.¹¹ Der Tatbestand verlangt das Führen eines Kraftfahrzeugs mit unangepasster Geschwindigkeit, wobei der Fahrer grob verkehrswidrig und rücksichtslos zur Erzielung einer höchstmöglichen Geschwindigkeit handeln muss.¹²

E. Führen eines Kraftfahrzeugs im Straßenverkehr

Das Fahren auf der Autobahn müsste das Führen eines KFZ im Straßenverkehr gewesen sein. Hier kann auf die gleichen Definitionen wie bei den übrigen Straßenverkehrsdelikten zurückgegriffen werden.¹³ Ein Kraftfahrzeug ist ein nicht an Bahngleise gebundenes Landfahrzeug, das mit Maschinenkraft bewegt wird.¹⁴ Fahrzeugführer ist derjenige, der das Fahrzeug unmittelbar in Bewegung setzt oder hält, dabei die Antriebskräfte bestimmungsgemäß benutzt und die technischen Steuervorrichtungen zur Lenkung verwendet.¹⁵ Straßenverkehr meint den öffentlichen Verkehr, der von einer allgemein bestimmten Gruppe von Verkehrsteilnehmern genutzt werden kann.¹⁶ Der Sportwagen des Millionärs ist ein solches Kraftfahrzeug, die Autobahn ein Bereich des öffentlichen Verkehrs und während der Fahrt führte

¹ Bugatti Chiron on Autobahn – 417 kph (GPS) On-Board CAM | POV GoPro, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=7pg1hhW5qhM> (Stand: 27.04.2022).

² Vgl. *Hirschelmann*, Staatsanwalt in Stendal ermittelt gegen rasenden Millionär, MDR vom 7. Februar 2022, [https://www.mdr.de/nachrichten/sachsen-anhalt/stendal/stendal/raser-a-zwei-bugatti-verfahren-eingestellt-104.html](https://www.mdr.de/nachrichten/sachsen-anhalt/stendal/stendal/raser-a-zwei-bugatti-staatsanwaltschaft-ermittlungen-100.html), MDR vom 22. April 2022 (zuletzt abgerufen am 27.04.2022).

³ Vgl. *Brahms/Hirschelmann*, Verfahren gegen rasenden Millionär wird eingestellt, <https://www.mdr.de/nachrichten/sachsen-anhalt/stendal/stendal/raser-a-zwei-bugatti-verfahren-eingestellt-104.html>, MDR vom 22. April 2022 (zuletzt abgerufen am 27.04.2022).

⁴ Etwa unter dieser Meldung, <https://www.rbb24.de/panorama/bei-trag/2022/04/bugatti-chiron-417-km-h-autobahn-a2-verfahren-eingestellt.html>, RBB vom 22. April 2022 (zuletzt abgerufen am 1.5.2022).

⁵ Vgl. BGH NJW 2000, 2672, 2673.

⁶ Vgl. *Moldenhauer*, in: Hannich, Karlsruher Kommentar zur StPO, § 170 Rn. 3.

⁷ Vgl. BT-Drs. 18/10145, S.1.

⁸ Vgl. *Heger*, in: Lackner/ Kühl, 29. Auflage 2018, §315d Rn. 3.

⁹ Vgl. BT-Drs. 18/12936, S. 2.

¹⁰ Vgl. *Gerhold/ Meglalu*, ZJS 2018, 321, 330.

¹¹ Vgl. *Dahlke/ Hoffmann-Holland*, KriPoZ 2017, 306, 309.

¹² Vgl. BT-Drs. 18/12964, S. 5.

¹³ Vgl. *Ruhs*, SVR 2018, 286, 287.

¹⁴ Vgl. *Hecker*, in: Schönke/ Schröder, 30. Auflage 2019, StGB, § 315d Rn. 3.

¹⁵ Vgl. *Heger*, in: Lackner/ Kühl, StGB, § 315c Rn. 3.

¹⁶ Vgl. ebd., Rn. 2.

der Millionär das Fahrzeug. Er führte ein KFZ im Straßenverkehr.

I. Unangepasste Geschwindigkeit

Die Geschwindigkeit von über 400 km/h müsste unangemessen sein. Hierbei kann auf § 3 Abs. 1 StVO zurückgegriffen werden. Demnach muss der Fahrer bei der gefahrenen Geschwindigkeit dazu in der Lage sein, das Fahrzeug angesichts der Straßen-, Verkehrs-, Sicht- und Wetterverhältnisse sowie Fahrzeugeigenschaften und persönlichen Fähigkeiten zu beherrschen.¹⁷ Die Geschwindigkeit ist auch unangemessen, wenn Geschwindigkeitsbegrenzungen überschritten werden. Eine solche existierte auf dem gefahrenen Abschnitt nicht, sodass der Tatbestand nur unter der Verletzung des § 3 Abs. 1 StVO verwirklicht sein kann.¹⁸ Der Fahrer fuhr laut Staatsanwaltschaft früh am Morgen bei guten Straßen- und Sichtverhältnissen.¹⁹ Die Straße war trocken und konnte aufgrund der Witterung weit eingesehen werden. Es blendete keine Sonne und auf der dreispurigen Strecke war aufgrund der Tageszeit wenig Verkehr. Laut dem Kommentar des Fahrers unter dem Video fuhr er an einem Sonntagmorgen um 4:50 Uhr. Bei einer Geschwindigkeit von über 200 km/h überholte er nur zehn Fahrzeuge, wobei laut dem Kommentar die Strecke 10 km lang war und eines der Fahrzeuge die Vorhut zur Überwachung des Verkehrs war. Das geringe Verkehrsaufkommen von nur einem Fahrzeug pro Kilometer spricht dafür, dass das Verkehrsaufkommen kaum geringer sein könnte. Zudem verfügte das Auto über eine besonders starke Bremsanlage, sodass bei einem Bremsweg von 490 Metern innerhalb von neun Sekunden gebremst werden kann. Die Sicht wird vom Fahrer auf der geraden Strecke mit drei bis vier Kilometern angegeben, sodass unter Zugrundelegung der Angaben ein rechtzeitiges Bremsen möglich wäre. Ferner befindet sich ein Zaun entlang der Strecke, um das Kreuzen von Tieren zu verhindern. Bessere Verkehrs-, Straßen-, Sicht- und Wetterverhältnisse waren somit quasi nicht möglich. Der erfahrene Fahrer, der bereits vor einigen Jahren mit über 400 km/h auf der Autobahn fuhr,²⁰ konnte das für solch hohe Geschwindigkeiten ausgelegte Fahrzeug aufgrund der idealen Verhältnisse beherrschen, weshalb die Geschwindigkeit im konkreten Fall noch angemessen ist (was zu meist bei üblichen Verhältnissen nicht gelten dürfte).

II. Grobe Verkehrswidrigkeit und Rücksichtslosigkeit

Die Autobahnfahrt müsste ferner grob verkehrswidrig und rücksichtslos gewesen sein. Die Begriffe mögen zwar zunächst vage erscheinen, sind aber von der Rechtsprechung hinreichend definiert.²¹ Rücksichtslos handelt, wer sich aus eigensüchtigen Motiven bewusst über die Belange übriger Verkehrsteilnehmer hinwegsetzt.²² Die bloße Absicht, eine möglichst hohe Geschwindigkeit zu erreichen, ist nicht per se rücksichtslos, sondern muss von der Motivation differenziert werden.²³ Grob verkehrswidrig

ist ein besonders schwerer Regelverstoß wie die doppelte Überschreitung der Höchstgeschwindigkeit.²⁴ Es handelt sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt, sodass keine konkrete Gefährdung eintreten musste. Beim Fehlen einer solchen kann im Einzelfall aber eine teleologische Reduktion erfolgen, wenn das Verhalten gänzlich ungefährlich war.²⁵ Laut dem Kommentar des Fahrers unter seinem Video fand im Vorfeld eine Testfahrt statt, um die Strecke zu überprüfen. Es wurde bewusst ein Tag mit hervorragenden Sicht-, Wetter- und Straßenverhältnissen sowie ein gerades Streckenstück mit gutem Fahrbahnbelag gewählt. Weiterhin gab es eine Vorhut sowie drei Auffasser auf verschiedenen Brücken entlang der Strecke, um weitere Gefahren zu minimieren. Zudem ist der gewählte Autobahnabschnitt dreispurig ausgebaut und der Fahrer ließ beim Überholen immer die mittlere Spur frei, um eine Kollision bei plötzlichem Ausscheren des spärlichen Verkehrs zu vermeiden. Angesichts der getroffenen Vorsichtsmaßnahmen hat der Fahrer die Belange der anderen Verkehrsteilnehmer durchaus berücksichtigt, um diese nicht zu gefährden. Er handelte nicht rücksichtslos. Für eine mögliche grobe Verkehrswidrigkeit kommt mangels einer Geschwindigkeitsbegrenzung kein Verstoß gegen eine solche in Betracht. Für PKW bis 3,5 Tonnen gilt nur eine Richtgeschwindigkeit, §§ 18 Abs. 5 StVO, 1 Autobahn-Richtgeschwindigkeits-V. Ein Verstoß gegen diese wird nicht sanktioniert.²⁶ In Betracht kommt aber ein Verstoß gegen das Rechtsfahrgebot, indem der Fahrer beim Überholen immer ganz links fuhr, obwohl die mittlere Spur frei war. Nach § 2 Abs. 2 StVO muss so weit wie möglich rechts gefahren werden. Dieses Gebot ist aber flexibel, sodass Umstände wie die Fahrgeschwindigkeit einen Beurteilungsspielraum verschaffen, sodass der Fahrer nur so weit rechts fahren muss, wie es im Einzelfall vernünftig ist.²⁷ Nach § 5 Abs. 4 S. 2 StVO muss beim Überholen ein ausreichender Abstand zu anderen Verkehrsteilnehmern eingehalten werden. Angesichts der hohen Geschwindigkeit ist es vernünftig, die zusätzliche Spur als „Sicherheitszone“ zu nutzen, weshalb auch kein Verstoß gegen das Rechtsfahrgebot vorliegt. Der Fahrer fuhr auch nicht grob verkehrswidrig.

III. Absicht, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen

Der Fahrer müsste eine höchstmögliche Geschwindigkeit angestrebt haben. Bloße Geschwindigkeitsüberschreitungen genügen nicht für die Verwirklichung des Tatbestands, sondern es ist ein zielgerichteter Wille nötig.²⁸ Es ist nicht die Maximalgeschwindigkeit des genutzten Fahrzeugs maßgeblich, sondern auch Faktoren wie subjektives Empfinden, Verkehrslage etc., sodass es sich gewissermaßen um die höchste Geschwindigkeit handelt, die unter den konkreten Umständen erreichbar ist.²⁹ Abzustellen ist nicht auf die tatsächlich erreichte Geschwindigkeit, sondern wegen der überschießenden Innentendenz des Delikts ist nur die Absicht erforderlich.³⁰ Absicht meint *dolus directus* ersten Grades.³¹ Der Fahrer des Sportwagens fuhr bis zu 417 km/h. Der

¹⁷ Vgl. Ruhs, SVR 2018, 286, 288.

¹⁸ Vgl. Dahlke/Hoffmann-Holland, KriPoZ 2017, 306, 307.

¹⁹ Vgl. Brahms/Hirschelmann (Fn. 3).

²⁰ Vgl. Tiefgläubig und steinreich: Das ist der Tscheche, der mit 417 km/h über die A2 raste, https://www.focus.de/panorama/welt/radim-passer-tiefglaeubig-und-steinreich-das-ist-der-tscheche-der-mit-417-km-h-ueber-die-a2-raste_id_41109076.html, zuletzt abgerufen am 27.04.2022.

²¹ Vgl. BVerfG NJW 2022, 1160, 1163 Rn. 107.

²² Vgl. BGH NJW 2021, 1173, 1175 Rn. 19.

²³ Vgl. BVerfG NJW 2022, 1160, 1165 Rn. 121.

²⁴ Vgl. Dahlke/Hoffmann-Holland, KriPoZ 2017, 306, 307.

²⁵ Vgl. Gerhold/Meglalu, ZJS 2018, 321.

²⁶ Vgl. BGH NJW 1992, 1684, 1685.

²⁷ Vgl. BGH NVZ 1996, 444.

²⁸ Vgl. Preuß, NVZ 2018, 537, 539.

²⁹ Vgl. Zehetgruber, NJ 2018, 360, 364.

³⁰ Vgl. Preuß, NVZ 2018, 537, 540.

³¹ Vgl. Ruhs, SVR 2018, 286, 289.

Fahrer wollte bewusst so schnell wie nur möglich fahren, sodass die angesprochene Absicht vorlag.

IV. Ergebnis

Der Fahrer hatte zwar die Absicht, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erzielen. Obwohl er aber über 400 km/h fuhr, was im Volksmund wohl als unangepasst und rücksichtslos gilt, war die Geschwindigkeit wegen der getroffenen Vorsichtsmaßnahmen und des gewählten Ortes und Zeitpunkts nicht unangemessen und die Fahrt nicht rücksichtslos und grob verkehrswidrig. Demnach kommt keine Strafbarkeit gem. § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB in Betracht.

F. Keine Strafbarkeit gem. § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB

Für eine Strafbarkeit wegen Gefährdung des Straßenverkehrs nach § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB müsste eine der sog. „Sieben Todsünden“ verwirklicht sein sowie der Fahrzeugführer durch den grob verkehrswidrigen und rücksichtslosen Verstoß eine konkrete Gefahr für Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert geschaffen haben, wobei sich das tatspezifische Risiko in der Gefahr niederschlagen muss.³² Zu schnelles Fahren kann von § 315c Abs. 1 Nr. 2d StGB erfasst sein. Dafür müsste der Fahrer an einer unübersichtlichen Stelle, an der mangels Übersichtlichkeit der Umgebung Gefahren und Hindernisse nicht rechtzeitig bemerkt werden können, die Beherrschung über sein Fahrzeug verloren haben.³³ Die gerade und leere Autobahn war nicht unübersichtlich und der Fahrer beherrschte aufgrund der getroffenen Vorkehrungen und Bedingungen sein Fahrzeug (s. o.). Auch eine Strafbarkeit wegen Missachtung des Rechtsfahrgebots gem. § 315c Abs. 1 Nr. 2e StGB kommt nicht in Betracht mangels dieser Unübersichtlichkeit. Zudem verlangt das Einhalten der rechten Fahrbahnseite, dass ansonsten der Gegenverkehr beeinträchtigt wird, sodass Linksfahren auf der Autobahn nicht tatbestandsmäßig ist.³⁴ Der Fahrer beging keine der verbotenen Tathandlungen. Zudem hätte der Fahrer eine konkrete Gefahr in Form eines Beinahe-Unfalls verursachen müssen, bei dem die Verletzung von Leib oder Leben eines anderen oder fremder Sachen von bedeutendem Wert nur noch vom Zufall abhängt.³⁵ Ein Vorliegen dessen ist nicht ersichtlich. Der Tatbestand des § 315c Abs. 1 Nr. 2d, e StGB ist nicht erfüllt.

G. Keine Strafbarkeit gem. § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB

Auch wenn gefährliche Eingriffe in den Straßenverkehr gem. § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB grundsätzlich nur von außen und nicht von Verkehrsteilnehmern begangen werden können, könnte der Tatbestand über einen verkehrsfremden Inneneingriff verwirklicht sein. Dafür ist eine Pervertierung des Verkehrsvorgangs mit Schädigungswille nötig.³⁶ Bei der bloßen rasanten Fahrt auf der Autobahn ist kein solcher Inneneingriff gegeben. Insbesondere wollte der Fahrer niemandem schaden, sondern traf Sicherheitsvorkehrungen zur Vermeidung von Schäden. Weiterhin verlangt die Norm den Eintritt einer konkreten Gefahr wie bei §

315c StGB (s. o.).³⁷ Der Fahrer machte sich nicht gem. § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB strafbar.

H. Zusammenfassung

Auch wenn es verschiedene Delikte gibt, die Verhalten im Straßenverkehr bestrafen, verwirklichte die Fahrt auf dem Autobahnabschnitt ohne Geschwindigkeitsbegrenzung keinen Straftatbestand. Für § 315b StGB fehlt es an einem verkehrsfremden Inneneingriff und einer konkreten Gefahr, für § 315c StGB fehlt es an einer tauglichen Tathandlung und konkreten Gefährdung und für § 315d Abs. 1 Nrn. 1, 2 StGB fehlt es an einem weiteren Beteiligten für ein Rennen. Im dargestellten Sachverhalt ist grundsätzlich eine Strafbarkeit wegen eines Einzelrennens gem. § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB am naheliegendsten. Der Fahrer bereitete jedoch seine Fahrt gewissenhaft vor, traf Sicherheitsvorkehrungen und wählte Ort, Uhrzeit und Witterungsverhältnisse mit Vernunft, sodass die Fahrt trotz der hohen Geschwindigkeit nicht mit unangepasster Geschwindigkeit, rücksichtslos oder grob verkehrswidrig erfolgte. Der Fahrer verwirklichte daher keinen Straftatbestand, weshalb die Staatsanwaltschaft richtigerweise befand, dass das Verfahren mangels eines hinreichenden Tatverdachts einzustellen sei.

** Der Autor studierte Rechtswissenschaften an der Universität Passau und ist Referendar im OLG-Bezirk Nürnberg.*

³² Vgl. Heß/ Burmann, NJW 2018, 3067, 3071.

³³ Vgl. Pegel, in: Hefendehl/ Hohmann, Münchener Kommentar zum StGB Band 5, 3. Auflage 2019, § 315c Rn. 61 f.

³⁴ Vgl. ebd., Rn. 69.

³⁵ Vgl. Soiné/ Ternig, NJOZ 2019, 913, 915.

³⁶ Vgl. König, NStZ 2004, 175.

³⁷ Vgl. Hecker, in: Schönke/ Schröder, StGB, § 315b Rn. 14.

Rezension zu Tobias Lettl - Kartellrecht

Milan Walbaum*

A. Abstract

Das Kartellrecht ist ein Rechtsgebiet, bei dem die enge Verzahnung des europäischen und deutschen nationalen Rechts sehr deutlich wird. Die Beschäftigung mit dieser Materie erfolgt daher in der Regel erst in einem fortgeschrittenen Semester im Rahmen des juristischen Schwerpunktbereichs, wenn bereits einige Vorkenntnisse im Europarecht erlangt werden konnten. Das Lehrbuch „Kartellrecht“ von Tobias Lettl gibt einen ersten Einstieg in die Materie und verspricht dabei die verschiedenen Rechtsquellen einprägsam zu veranschaulichen. Die Reihe „Grundrisse des Rechts“, in der auch dieses Lehrbuch erscheint, ist dem Jura Studierenden eingänglich bekannt, weshalb meine Entscheidung nach Sichtung der recht übersichtlichen Auswahl an Kartellrechtslehrbüchern auf dieses Werk fiel. Rezensiert wird im Folgenden die 2021 erschienene 5. Auflage des Lehrbuchs.

B. Aufbau und Struktur

Das Buch hat einen übersichtlichen Aufbau und untergliedert sich in elf Paragraphen bzw. Kapitel. Es wird dabei dem Prüfungsaufbau in der Klausur gefolgt und zunächst in den §§ 1 bis 6 die Regelungen auf europäischer Ebene dargestellt. Die weiteren §§ 7 bis 11 befassen sich dann mit dem subsidiären deutschen Recht. Mit einem Umfang von knapp 507 Seiten handelt es sich um ein recht umfangreicheres Lehrbuch, welches sich durchaus auch Platz für detailliertere Darstellungen nimmt. Jedoch ist der Umfang mit anderen Büchern in dieser Materie vergleichbar.

Das Buch folgt einer klaren Gliederung und sorgt dank übersichtlicher Unterüberschriften dafür, dass man den Überblick behält. Auch die Schriftgröße variiert wie in der Reihe gewohnt und spezifisches Fachwissen ist kleiner gedruckt. Somit kann man selbst entscheiden wie detailliert man die Materie durchdringen möchte. Mir hat dieser Aufbau schon häufig bei der Priorisierung geholfen, wenn ich in ein Rechtsgebiet zunächst einmal lediglich überblickartig einsteigen wollte. Auch sind wichtige Schlagworte fett gedruckt, wodurch die Aufmerksamkeit beim Lesen auf die wichtigsten Punkte eines Abschnitts gelenkt wird.

Das Lehrbuch beinhaltet darüber hinaus zahlreiche Grafiken zur Veranschaulichung, was ich an einem Lehrbuch sehr schätze. Diese sind auch eingänglich und helfen beim Verständnis der Materie, jedoch hätte ich mir manchmal noch klarere Prüfungsschemata gewünscht. Diese sind häufig in Grafiken eingebaut oder dem Aufbau des Buches zu entnehmen. Positiv ist das häufige Einstreuen von Fällen und Beispielen, die für das Verständnis der abstrakten Regelungen hilfreich sind.

C. Darstellung des europäischen Kartellrechts

Der Einstieg in das europäische Kartellrecht wird dem Studierenden durch ein einführendes Kapitel erleichtert. Der § 1 erläutert zunächst die Zuständigkeit der Europäischen Union und gibt anschließend einen Überblick über die Rechtsquellen und verschiedenen Felder des Kartellrechts in der EU. Somit wird man anschaulich an die Materie herangeführt, zumal es zur Arbeit mit dem Buch keines Vorwissens aus der Vorlesung bedarf.

In den §§ 2 bis 6 wird sodann näher auf die einzelnen Teilbereiche des Kartellrechts eingegangen. Dieses gliedert sich in drei Säulen: das Verbot wettbewerbsbeschränkender Maßnahmen (§ 2), das Verbot einer Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung (§ 3) und die Fusionskontrolle (§ 6). Der*Die Studierende muss hier zunächst nachvollziehen, dass die ersten beiden Säulen durch gemeinsame Verfahren überprüft werden und die dritte Säule gesonderte Regelungen bereithält. Dies wird durch das Kapitel über Verfahren bei Verstößen im § 4 des Lehrbuchs erreicht. Insgesamt finde ich die Darstellung sehr gelungen, wenn auch die Fusionskontrolle im Vergleich zu den anderen Säulen etwas knapper behandelt wird.

D. Darstellung des deutschen Kartellrechts

Im Gegensatz zum europäischen ist das deutsche Kartellrecht nicht auf verschiedene Gesetze und Verordnungen zersplittert, sondern findet sich vollständig im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung (GWB). Dieses wird in der Einführung ins deutsche Kartellrecht in § 7 zunächst von den EU-Wettbewerbsregeln und vom Lauterkeitsrecht abgegrenzt. Diese Abgrenzung gelingt anschaulich. Anschließend werden die drei Säulen des Kartellrechts auf deutscher Ebene dargestellt, denen auch in diesem Teil wieder jeweils ein Kapitel gewidmet wird (§§ 8 bis 10). Hier erreicht das Buch durch anschauliche Art und Weise, dass beim Lesen sofort die Gemeinsamkeiten des europäischen und deutschen Kartellrechts ins Auge springen. Es wird an vielen Stellen darauf eingegangen, dass das deutsche Recht das europäische Schutzniveau nicht unterschreiten darf, was einen der zentralen Grundsätze des Kartell- und auch des Europarechts darstellt. Etwas anschaulicher als im Kapitel zum europäischen Kartellrecht werden die Sanktionen und Verfahren gebündelt im letzten § 11 dargestellt.

E. Fazit

Das Buch bietet nicht nur einen guten Einstieg ins Kartellrecht, sondern vermittelt auf anschauliche Art und Weise detailliertes Fachwissen. Die eingefügten Fälle und Beispiele ermöglichen eine gute Rekapitulation des Stoffes während des Lesens und lassen das Buch sehr praxisnah daherkommen. Auch die vielen Grafiken helfen beim Verständnis des Stoffes, gerade beim ersten Lesen. Durch einen strukturierten Aufbau schafft es der Autor die Gemeinsamkeiten und Unterschiede des

europäischen und deutschen Kartellrechts hervorzuheben. Die anschauliche Sprache und Gestaltung des Buches ermöglicht es die Materie zu durchdringen und zu verinnerlichen. Mir hat das Lehrbuch sehr gut gefallen und ich kann es guten Gewissens weiterempfehlen.

**Der Autor studiert im neunten Fachsemester Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.*



Wer sind wir?

FREILAW ist die studentisch-juristische Zeitschrift der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und besteht als Projekt Freiburger Studierender bereits seit 2006. Die Zeitschrift erscheint in drei bis vier Ausgaben jährlich online und teilweise auch gedruckt. Neben wissenschaftlichen Artikeln veröffentlichen wir auch solche, die über das Fachliche hinausgehen und für Jurastudierende lesenswert sind. In unseren Ausgaben veröffentlichen wir darüber hinaus regelmäßig Erfahrungsberichte über Auslandsaufenthalte sowie Interviews im Rahmen der Berufsperspektive für Juristen.

Warum gerade Ihr?

Egal ob Ihr im ersten oder letzten Semester seid: Ihr könnt euch bei uns jederzeit in die Redaktionsarbeit einbringen oder sogar eigene Artikel veröffentlichen.

Was erwartet Euch?

Wir haben Aufgaben in vielen Bereichen, von der Redaktionsmitarbeit, der Pflege unseres Internetauftritts bis hin zur Öffentlichkeitsarbeit u.v.m. Euch erwartet eine angenehme Arbeitsatmosphäre in einem netten und motivierten Team.

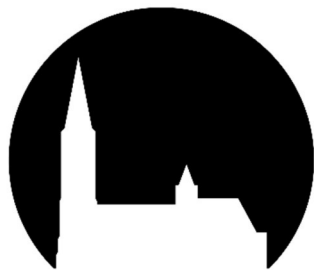
Was erwarten wir?

Kreative und motivierte Mitarbeiter, die Interesse an der Weiterentwicklung des Journals haben.

Worauf wartet Ihr?

Kommt einfach zur nächsten Redaktionssitzung vorbei!
Die Termine der Redaktionssitzung werden auf unserer Homepage (www.freilaw.de) und auf unserer Facebook-Seite (www.facebook.com/freilaw) bekanntgegeben.





FREILAW

Freiburg Law Students Journal